

Lei Nº 13.019: Avanço ou Retrocesso?

Rita Tourinho*

Sumário

1. O Terceiro Setor no Cenário Administrativo Brasileiro. 2. Regime Jurídico das Parcerias Anterior à Vigência da Lei nº 13.019/2014. 2.1. Dos Convênios. 2.2. Do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria. 3. Da Lei nº 13.019/2014: a Expectativa de Avanços. 4. Do Chamamento Público na Lei nº 13.019/2014 e Ajustes Diretos. 4.1. A Interpretação Sistemática dos Arts. 30, 31 e 32 da Lei nº 13.019/2014. 5. Do Controle de Contas Constante da Lei nº 13.019/2014: Priorização de Resultados. Avanço ou Retrocesso? 6. Conclusão. Referências.

1. O Terceiro Setor no Cenário Administrativo Brasileiro

Denomina-se terceiro setor as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público. Assim, o Estado seria o primeiro setor, a iniciativa privada, voltada à exploração de atividade econômica, o segundo setor e o terceiro setor seria composto por organizações privadas que se comprometem à realização de interesses coletivos.

Boaventura de Souza Santos define o terceiro setor como “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”¹. Já para José Eduardo Sabo Paes o terceiro setor seria “o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente na sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento”².

A terminologia “terceiro setor” é de origem sociológica, não se encontrando positivada no nosso ordenamento, razão pela qual são utilizadas outras expressões, entre as quais “entes de cooperação”, “organizações não governamentais” e “entidades de caridade”. Segundo Andres Pablo Falconer³, o terceiro setor é o termo que vem encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas privadas, voltadas à produção de bens e serviços de interesse público.

* Promotora de Justiça do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Perreira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p.13.

² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.56.

³ FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. In: www.rits.org.br. Acesso em 02.01.2010.

Nos países centrais surge em virtude da crise do Estado-Providência⁴, capaz de cumprir melhor que o Estado a dimensão social, com a promessa de eficiência gerencial semelhante à do setor privado. Por outro lado, a ausência de fins lucrativos o aproxima do Estado, voltado a satisfazer interesses gerais de forma igualitária, assente em valores humanos e não em valores de capital.

A Reforma Administrativa no nosso país, iniciada nos anos 90 do século passado com a alienação de empresas estatais e a transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, através do regime de concessão, foi o marco da adoção de um novo modelo de Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso⁵, é possível vislumbrar-se três transformações estruturais na reforma do Estado brasileiro. A primeira transformação substancial teria sido a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida a partir das Emendas Constitucionais nºs. 6 e 7, ambas de 15.08.95, seguidas pela Emenda Constitucional de nº 36, esta de 28.05.2002. A segunda transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais, quando foram abertas possibilidades de transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada⁶, ocorrendo, também, o rompimento com o monopólio estatal em matéria de petróleo (Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.1995). A terceira linha de transformação, que contribuiu para modificar a feição do Estado brasileiro, deu-se com a instituição do Programa Nacional de Privatização, decorrente da edição da Lei nº 8.031, de 12.04.1990, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491, de 09.09.1997.

Entre os objetivos principais do referido programa incluiu-se a alteração da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Houve a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, passando o Estado a exercer função de regulação e de fiscalização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada e das atividades econômicas sensíveis à sociedade.

Neste novo contexto estatal, verifica-se um movimento em direção ao setor público não estatal. Assim, a execução de serviços que não possuem conteúdo econômico e que não envolvem exercício de poder de Estado é transferida aos entes do terceiro setor, subsidiados pelo Estado. Implementa-se, então, o Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória nº 1.591/1997, convertida na Lei Federal nº 9.637/1998, que instituiu no nosso ordenamento as Organizações Sociais. O aludido programa teve por finalidade transferir serviços públicos não exclusivos ao setor público não estatal, financiados pelo Estado. Como vantagens, apresenta-se a atuação com maior autonomia e flexibilidade, garantindo uma maior eficiência na prestação de tais serviços, com ênfase nos resultados.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p.16.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.65.

⁶ Vide as Emendas Constitucionais nºs 5 e 8, ambas de 15.08.1995.

No ano de 1999, edita-se a Lei nº 9.790 com o propósito de fomentar atividade particular de interesse público, criando as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público. Viabiliza-se, através deste instituto legal, a cooperação pública às iniciativas particulares que satisfaçam demandas sociais, sem qualquer renúncia estatal ao dever de prestar serviços públicos.

Intensifica-se, assim, a atividade de fomento do Estado, cujo principal destinatário é o terceiro setor.

Com o incremento do terceiro setor, passando a exercer diversos serviços públicos sociais em parcerias firmadas com diversos setores da Administração Pública envolvendo repasse de recursos públicos, surgem diversas preocupações, tais como: critérios de seleção das entidades beneficiadas, objetividade nas atividades repassadas, transparência e controle dos gastos efetivados com os recursos repassados, eficiência e eficácia da parceria, entre tantas outras.

Infelizmente, o crescimento de atividades públicas não exclusivas desempenhadas por entes do terceiro setor no Estado brasileiro ocorreu proporcionalmente ao aumento de atos de corrupção envolvendo tais entidades.

Questionamentos são levantados quanto aos motivos que vêm gerando o desvirtuamento nas parcerias mantidas com os entes privados sem fins lucrativos. Detecta-se, com frequência, desvios de recursos repassados, ausência de prestação de contas, utilização de vínculos como burla ao regime jurídico administrativo, não cumprimento do resultado, entre outras impropriedades.

Apesar da lei nº 9.637/1998, que trata das Organizações Sociais, e da Lei nº 9.790/1999, que aborda as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, o ordenamento jurídico brasileiro ressentia-se da ausência de um diploma legal, de aplicação nacional, estabelecendo normas gerais voltadas a regulamentar as parcerias estabelecidas entre a Administração Pública e os entes qualificados como pertencentes ao Terceiro Setor.

Assim, em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Lei nº 13.204/2015, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as *organizações da sociedade civil*, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em *termos de colaboração*, em *termos de fomento* ou em *acordos de cooperação*; definindo diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e alterando as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Diante dos diversos questionamentos surgidos na análise da nova legislação, este trabalho concentra-se em dois pontos: o chamamento público e a prestação de contas, neste novo cenário. No entanto, convém traçar o quadro existente antes da vigência da Lei nº 13.019/2014.

2. Regime Jurídico das Parcerias Anterior à Vigência da Lei nº 13.019/2014

Conforme já comentado, desde a década de 90 do século passado que no Brasil foram incrementadas as parcerias com os entes privados criados por particulares, sem fins lucrativos, com atuação na área social. Tais vínculos, em regra, até então eram formalizados através de convênios, sem existência de lei específica regulamentando o instituto.

Em 1998 foi instituído o Programa Nacional de Publicização, através da Lei nº 9.637, dispendo também sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, com possibilidade de formalização de Contrato de Gestão com o Poder Público. Já em 1999, a Lei nº 9.790 regulamentou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, instituindo o Termo de Parceria a ser firmado com a Administração Pública.

2.1. Dos Convênios

O convênio aparece definido como “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”⁷. Quando estabelecido com ente privado, funciona como mecanismo de implementação do fomento, viabilizando o exercício de atividades sociais relevantes. Entre as características atribuídas a tal ajuste, tem-se:

- a) o recurso repassado à entidade privada não perde a natureza de recurso público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio;
- b) não é precedido de licitação;
- c) pode ser estabelecido sem prazo certo;
- d) inadmissibilidade de cláusula de permanência.

No que concerne à não exigência de processo licitatório para formalização do vínculo, Jessé Torres Pereira Júnior⁸ sustenta que a Lei nº 8.666/93 não rege convênios, que contratos não são. Tanto que, no art. 116, traça regime especial para celebração de tais ajustes, excluía menção ao processo licitatório. Conforme salientado pelo autor, a Lei de Licitações limitou-se, no seu art. 116, a estabelecer algumas diretrizes para a formalização dos convênios. O §1º, após determinar que a celebração do ajuste depende de prévia aprovação do plano de trabalho, estabelece quais as informações mínimas que devem constar do mesmo. Já o §3º trata da liberação das parcelas do convênio, que deverá ocorrer em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado. Do mesmo dispositivo constam também hipóteses cuja incidência permite a retenção das mencionadas parcelas, até o saneamento das impropriedades, quais sejam:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável,

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.347.

⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.55.

inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

Assim, além da necessidade de controle das parcelas repassadas aos entes privados, há também preocupação com os critérios de escolha das entidades beneficiárias e com as normas a serem aplicadas para as contratações efetivadas com recursos públicos transferidos.

Quanto à escolha do ente conveniado, firma-se no ordenamento jurídico posição quanto à necessidade de critérios objetivos, sob pena de comprometimento dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Já a necessidade de fixação de normas para regulamentar as contratações realizadas com recursos públicos no âmbito do ajuste, surge em atenção aos princípios da eficiência e economicidade, bem como da percepção que muitos convênios passaram a ser firmados como instrumentos de fuga do regime jurídico administrativo, já que tais entes não estão sujeitos à observância das regras contidas na Lei nº 8.666/1993 nas suas contratações, nem tampouco à instauração de processo seletivo na admissão de pessoal.

No âmbito federal, o Decreto nº 6.170/2007, estabelece no seu art. 4º que “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”. O art. 5º, por sua vez, aborda a necessidade de previsão de critérios objetivos para a escolha, atentando à capacitação técnica e operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Neste sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União recomendou, no Acórdão nº 1331/2008, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avaliasse a oportunidade e a conveniência de que a União editasse normativos próprios, visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações que se apresentassem viáveis e adequados à natureza dos programas a serem descentralizados.

Já o art. 11, do mencionado Decreto nº 6.170/2007, determina que:

para efeito do disposto no art. 116, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Cabe razão a Lucas Rocha Furtado quando afirma que começa a se firmar o entendimento que as entidades do terceiro setor devam estabelecer regulamentos para os seus contratos firmados com recursos públicos repassados, compatíveis com os princípios da administração pública e os parâmetros definidos na Lei Geral de Licitações⁹.

No acordão do TCU nº 1331/2008, que se refere ao regime jurídico das compras das entidades do terceiro setor, o Min. Benjamim Zimler conclui que:

No caso das entidades privadas sem fins lucrativos que celebram convênios com a união, não de ser observados os requisitos mínimos em seus procedimentos licitatórios na aplicação desses recursos públicos federais, tais como os princípios da impessoalidade, moralidade, a realização de cotação dos preços a serem contratados, a fim de se evitar sobrepreço. (...) Ainda que se verifique hipóteses de contratação direta, seja por meio de dispensa, seja por meio de inexigibilidade de licitação, deve haver fundamentação, justificativa de preço, razão da escolha do fornecedor ou executante, nos termos do art. 26, parágrafo único combinado com o art. 116, tudo da Lei nº 8.666/1993.

O referido Decreto Federal trouxe também o Contrato de Repasse que difere do Convênio em razão da transferência de recursos, no primeiro caso, processar-se-á por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União.

Diversos Estados da Federação decidiram regulamentar os convênios firmados com entes do terceiro setor. Assim, o Estado da Bahia, por exemplo, estabeleceu regras concernentes aos convênios nos arts. 170 a 183, da Lei Estadual de Licitações e Contratos – Lei nº 9.433/2005.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Entidades do Terceiros Setor e Dever de Licitar*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte. Nº 65. p.11, maio 2007.

2.2. Do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria

A *Organização Social (OS)*, criada pela Lei nº 9.637/1998, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de Contrato de Gestão. Em verdade, trata-se de titulação conferida a entes privados sem fins lucrativos, que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º, da Lei nº 9.736/1998¹⁰ e preenchem os demais requisitos legais. Após a aquisição da qualificação, via decreto, a entidade poderá firmar Contrato de Gestão com órgão da Administração Pública direta, sujeitando-se a um conjunto de normas que lhe assegura certos benefícios, como, por exemplo, a possibilidade de utilização precária de bens públicos, a cessão de pessoal com ônus para origem e o recebimento de recursos públicos. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições, como a sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública¹¹. Não se trata de exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público. Ressalte-se que a Lei Federal nº 9.637/1998 regulamenta a qualificação de entes privados como Organizações Sociais pela União, razão pela qual diversos estados e municípios já possuem legislações próprias sobre a matéria.

Fala-se que o real objetivo da criação das Organizações Sociais foi a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos públicos que atuam na mesma área de exercício da OS, ou seja, seria a transferência de competências do Estado para o setor privado, o que se depreende com a leitura do art. 20 da Lei nº 9.736/1998. Em diversos estados brasileiros, hospitais públicos são hoje gerenciados por Organizações Sociais.

Acrescente-se que a expectativa de maior eficiência na prestação do serviço, quando realizado por OS, não foi alcançada a contento. Analisando-se as situações fáticas, percebe-se grande deficiência no controle das obrigações assumidas pelo ente privado constantes do Contrato de Gestão, bem como brechas presentes no referido ajuste que acabam por impedir maior presteza no alcance dos objetivos.

Diferente dos convênios, que tradicionalmente contam com prestação de contas, analisadas a partir da apresentação de notas fiscais e demonstrativos que comprovem a utilização do recurso público repassado na execução do objeto constante do Plano de Trabalho, o Contrato de Gestão tem seu controle realizado através da verificação do alcance das metas estipuladas, nos prazos estabelecidos, utilizando-se critérios previamente fixados, o que requer metas claras e uma fiscalização comprometida.

Em sessão plenária do julgamento da ADI nº 1923 que questionou pontos controversos na Lei nº 9.637/1998, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da transferência, para as Organizações Sociais, das atividades

¹⁰ As atividades devem ser dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

¹¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009. p.929.

relacionadas com o art. 1º da Lei, desde que a formalização do Contrato de Gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios administrativos, constantes do *caput* do art. 37, da Constituição Federal, apesar da não incidência do inciso XXI, do mencionado dispositivo constitucional. O voto condutor do julgamento, proferido pelo ministro Luiz Fux, foi no sentido de afastar qualquer interpretação que restrinja o controle da aplicação de verbas públicas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Ele também salientou que tanto a contratação com terceiros como a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

A *Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)*, criada pela Lei nº 9.790/1999, é também uma qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa privada, para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por Termo de Parceria. Diferente da OS, a qualificação da entidade como OSCIP é ato vinculado. Assim, preenchidos os requisitos legais constantes dos artigos 3º e 4º, do referido diploma legal, a entidade requerente terá direito subjetivo à qualificação, que no âmbito federal é solicitada ao Ministro da Justiça, dispondo este de 30 (trinta) dias para se manifestar quanto ao pedido, que, uma vez deferido, gera a emissão de um certificado de qualificação. Saliente-se que o relator da ADI nº 1923, Carlos Ayres Brito, ressaltou que o indeferimento de qualificação como Organização Social deve ser pautado pela transparência e motivação, observando critérios objetivos constantes de ato regulamentar.

Difere-se, ainda, da OS pela finalidade de sua instituição. Em verdade, o objetivo buscado com a introdução da OSCIP no ordenamento jurídico brasileiro foi viabilizar o fomento da atividade particular de interesse público. Assim, a intenção do legislador foi apenas viabilizar a cooperação pública às iniciativas particulares voltadas ao atendimento de demandas sociais, sem a renúncia do dever estatal de prestar o serviço público, diferentemente do objetivo de instituição da OS, qual seja, a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos. O Termo de Parceria firmado entre a OSCIP e a Administração Pública não difere do Contrato de Gestão, quanto ao seu conteúdo. Assim, também é instrumento destinado a estabelecer metas e programas a serem desenvolvidos pela entidade, fixar prazos para cumprimento dos objetivos traçados, definir critérios objetivos de avaliação de desempenho e apresentar as vantagens outorgadas. Apesar de a lei não tratar expressamente da possibilidade de cessão de servidor com ônus para origem, esta é admitida por parte da doutrina¹². Para qualificação de entidade privada como OSCIP no âmbito estadual ou municipal, necessário se faz a criação de leis disciplinadoras da instituição desses entes.

Antes da celebração de Termo de Parceria deve ser consultado o Conselho de Políticas Públicas (art. 10), que provavelmente deve contar com representantes

¹² Neste sentido manifesta-se Raquel Melo Urbano de Carvalho (*Curso de Direito Administrativo*). Salvador: Podium, 2009. p.966).

da comunidade, garantindo o princípio da participação popular. A eficiência é estabelecida no art. 10, §2º, que exige a utilização de critérios objetivos de avaliação de desempenho da OSCIP.

No âmbito federal, o Decreto nº 3.100/1999 determina que a escolha da Organização de Sociedade Civil de Interesse Público, para formalização do Termo de Parceria, deverá ser precedida de concurso de projetos a ser realizado pelo órgão estatal parceiro.

Também se percebe na prática o desvirtuamento da utilização das OSCIPS pelos entes federados. Assim, os Termos de Parceria muitas vezes são firmados com o claro propósito de fuga ao regime jurídico de direito público, estabelecendo finalidades abstratas, amplas, sem qualquer critério de avaliação, com transferência de recursos públicos que acabam sendo utilizados para fins diversos do quanto estabelecido legalmente. Como exemplo, pode-se apresentar a utilização do Termo de Parceria com o simples propósito de contratar mão de obra com fuga à regra do concurso público e burla ao limite de gasto de pessoal, constante da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3. Da Lei nº 13.019/2014: a Expectativa de Avanços

Conforme já mencionado, em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, transformada na Lei nº 13.204/2015, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

O regime estabelecido pela Lei não se aplica às parcerias já regidas por leis específicas. Desta forma, destaca-se a sua inaplicabilidade aos Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais, aos Termos de Parceria estabelecidos com Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, aos Convênios firmados com as entidades filantrópicas, nos termos do art. 199, parágrafo 2º da CF e às parcerias entre a Administração e os Serviços Sociais Autônomos.

De logo, critica-se a precoce alteração da Lei nº 13.019/2014, pela Lei nº 13.204/2015, que acabou por dificultar o controle das parcerias e facilitar a violação dos princípios acolhidos pela própria legislação no seu art. 5º.

Inegáveis os avanços trazidos pela norma legal em comento, entre os quais se tem: a uniformização da qualificação das entidades sujeitas à lei como *Organização de Sociedade Civil* (art. 1º, I, a), a uniformização dos instrumentos para a efetivação dos ajustes, tendo-se, então, o *Termo de Colaboração* (art.1º, VII), o *Termo de Fomento* (art. 1º, VIII) e o *Acordo de Cooperação* (art. 1º, VIII-A), o regime jurídico das parcerias sujeitos aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º), a implementação da gestão pública democrática e da participação popular, a partir da instituição do Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 18 a art. 21) e a previsão do chamamento público, antecedendo as parcerias estabelecidas com as Organizações da Sociedade Civil, com fixação de cláusulas de observância obrigatória nos editais (art. 23).

Por outro lado, alguns aspectos constantes da Lei nº 13.019/2014 comprometem a implementação do princípio da impessoalidade e trazem questionamentos quanto à forma de controle adotada, com possível prejuízo aos princípios da transparência e economicidade.

Assim, conforme já aventado, este trabalho limita-se a abordar alguns dos aspectos que frustram as expectativas positivas frente à nova norma. Primeiro, abordar-se-á o chamamento público, instrumento implementador do princípio da impessoalidade, seriamente comprometido pelas hipóteses de ajustes diretos trazidos na lei. Posteriormente, tratar-se-á do controle da economicidade no novo modelo, que prestigia o alcance de metas, em detrimento da prestação de contas nos moldes tradicionais.

4. Do Chamamento Público na Lei nº 13.019/2014 e Ajustes Diretos

A utilização do chamamento público foi trazida como regra no art. 23, da Lei nº 13.019/2014, segundo o qual:

a administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

O chamamento público espelha um procedimento seletivo, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (art. 2º, XII). Por outro lado, o chamamento deve adotar procedimento claro, objetivo e simplificado, para orientação dos interessados e maior facilidade de acesso às instâncias administrativas (art. 23, *caput*).

Diante de tal regra, causa, de imediato, perplexidade a introdução do art. 29 à Lei nº 13.204/2015, de acordo com o qual:

os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

Assim, sem qualquer justificativa plausível, o chamamento público deixa de incidir em ajustes firmados com recursos públicos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais.

Parece um verdadeiro paradoxo que uma lei supostamente fundamentada em princípios administrativos, entre os quais o da impessoalidade e o da moralidade, exclua a incidência do instrumento voltado à efetivação de tais princípios aos ajustes firmados com recursos decorrentes de emendas parlamentares, cujas denúncias de desvios e prática de crimes, infelizmente, já fazem parte do cotidiano, gerando questionamentos quanto a real destinação de tais verbas. Somente a título de exemplo, tem-se o suposto esquema de corrupção no Ministério do Turismo, no ano de 2011, originado por desvios de verbas de convênios com o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável (Ibrasi), para atuação no estado do Amapá, relacionados com duas emendas parlamentares. Este é apenas um dos milhares de casos facilmente encontrados em pesquisas realizadas em sites de notícias. A exceção trazida pela Lei garantirá que os autores das emendas parlamentares continuem a indicar os entes que pretendem ter como gestores dos recursos repassados, prestigiando interesses pessoais em prejuízo à concretização de direitos fundamentais.

Acrescente-se que, segundo o art. 29, somente ocorrerá o chamamento público nas hipóteses de acordos de cooperação, ou seja, aqueles ajustes que não envolvam transferência de recursos financeiros, quando estabelecerem a celebração de comodato, doação ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial.

A lei, coerente com os princípios administrativos acolhidos, trouxe algumas hipóteses de dispensa do chamamento público. Quando o diploma legal se reporta a tais hipóteses está se referindo às situações nas quais, embora viável a competição entre os interessados, o chamamento afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.

O texto original da Lei nº 13.019/2014, ou seja, antes da alteração lançada pela Lei nº 13.204/2015, trazia como hipóteses de dispensa de chamamento público apenas:

Art. 30. (...) I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame;

II – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – (VETADO);

V – (VETADO).

Note-se que o texto original trouxe poucas hipóteses de dispensa do chamamento público. A primeira situação, constante do inciso I, é facilmente justificável, uma vez que ocorrendo um caso de urgência, não será razoável a realização de processo seletivo, já que a demora na sua efetivação poderá gerar danos irreparáveis. Observe-se que visando resguardar o princípio da impessoalidade, trata de objeto de parceria já celebrada anteriormente, cuja escolha da Organização de Sociedade Civil obedecerá à ordem de classificação do anterior chamamento público, aceitas as mesmas condições da entidade vencedora do certame. Perceba-se que tal dispositivo parece conciliar a redação do inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, que trata da dispensa emergencial, com o disposto no inciso XI, do mesmo artigo, que aborda a dispensa para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento.

No que concerne à segunda hipótese, além de difícil ocorrência, também parece justificada diante da situação de caos que pode levar à imediata formalização do vínculo, sendo hipótese de provável incidência no âmbito federal, já que contratações derivadas de situação de guerra ou grave perturbação da ordem pública estão mais afeitas àquela esfera de governo. Também sem maiores problemas à terceira situação, que visa resguardar a vida de pessoas que se encontram em programa de proteção.

Com a alteração do referido diploma legal pela Lei nº 13.204/2015, o art. 30 sofreu modificações, passando a admitir a dispensa de chamamento nas seguintes situações:

I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;

II – nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – (VETADO);

V – (VETADO);

VI – no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Manteve-se no inciso I a dispensa de chamamento em virtude de situação de urgência, no entanto não mais é necessário que seja no âmbito de parceria anteriormente realizada, deixando, em consequência, de estabelecer critério de escolha do parceiro. Deve-se ressaltar que para adoção da via rápida não basta a preocupação do administrador público em solucionar problemas com os quais se depara cotidianamente, sendo necessária a constatação do risco de dano às pessoas ou coisas.

O inciso II foi também ampliado, passando a contemplar a dispensa por situação de calamidade pública. Entende-se por calamidade pública a situação de anormalidade causada normalmente por eventos da natureza que colocam em risco, de modo efetivo ou potencial, a segurança ou a integridade de pessoas ou bens. A anormalidade deve ser formalmente declarada pelo chefe do Poder Executivo a cargo do qual estiver a situação, através de decreto. A partir desse ato, as parcerias relacionadas à situação e que sejam necessárias para resolver ou controlar a anormalidade, sem a observância do chamamento, poderão ser consideradas válidas.

O inciso III não sofreu alteração. Porém, certamente a introdução do inciso VI, ao art. 30, pela Lei nº 13.204/2015, é a mais questionável, pois permite a formalização de ajuste direto para realização de atividades voltadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

A lei não especificou o sentido conferido ao termo “credenciadas”. Por certo que o credenciamento constante do dispositivo se distancia do sentido conferido pela doutrina e jurisprudência, que o definem como hipótese de inexigibilidade de licitação, ocorrendo quando a Administração pretende contratar, de forma igualitária, todos os interessados que atendam às condições previamente estabelecidas para a satisfatória prestação do serviço de que necessita o Poder Público. Na hipótese do art. 30, parece que o credenciamento se aproxima do sentido de cadastramento, trazido no art. 34, da Lei nº 8.666/1993 e replicado, com algumas alterações, pela Lei nº 12.462/2011, art. 31.

Ora, sabendo-se que a grande maioria dos vínculos formalizados com entidades do Terceiro Setor está vinculada à saúde, à educação e à assistência social e que, existindo organizações previamente credenciadas a Administração Pública poderá dispensar o chamamento público, questiona-se: *como será efetivado o princípio da impessoalidade na hipótese de existirem diversas entidades credenciadas aptas à formalização do ajuste?*

Tentando responder a tal questionamento, pode-se afirmar que o chamamento público em tal caso somente poderá ser dispensado quando a Administração Pública dispuser de recursos suficientes para fomentar a atuação de todas as Organizações de Sociedade Civil previamente credenciadas, que possuam interesse em formalizar determinada parceria. Isso porque a escolha da entidade beneficiária deverá ser pautada em critérios objetivos, garantidores dos princípios expressamente elencados no art. 5º como fundamentos do regime jurídico da lei, entre os quais o da impessoalidade e o da moralidade. Assim, existindo mais de uma entidade credenciada perante a Administração Pública, impõe-se a fixação de critérios transparentes e objetivos para a escolha.

Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/1998, que dispõe sobre as parcerias com Organizações Sociais (ADI 1923/DF), deixou assente que a celebração de Contrato de Gestão não se submete à exigência de prévio procedimento licitatório, ante a sua natureza jurídica de convênio em sentido amplo. Entretanto, o STF consignou que:

Diante de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da *incidência direta dos princípios constitucionais* da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

Embora tal decisão se refira a Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais, a *ratio decidendi* extraída do acórdão do STF, qual seja, a impossibilidade de a Administração Pública, por motivo de escassez de bens e recursos públicos, formalizar parceria com todas as entidades privadas interessadas, a sua escolha deverá ser realizada a partir de procedimento público impessoal pautado em critérios objetivos, aplica-se a todos os ajustes negociais de natureza similar, a exemplo dos Termos de Colaboração e Termos de Fomento instituídos pela Lei Federal nº. 13.019/2014, eis que submetidos ao influxo do princípio constitucional da impessoalidade e da moralidade administrativa, conforme já salientado. Tal conclusão reforça-se com a leitura do art. 32 da Lei nº 13.019/2014, que exige justificativa em caso de ausência do chamamento público, tanto na hipótese de dispensa como em situação de inexigibilidade.

No que se reporta à inexigibilidade do processo de chamamento público, determina a lei que:

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

I – o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;

II – a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada

expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I, do §3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 200.

De logo, deve-se ressaltar que o *caput* do art. 31 apresenta função normativa autônoma, uma vez que um ajuste direto poderá nele se fundar, ou seja, não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido artigo, os quais apresentam natureza exemplificativa. Desta forma, havendo ausência de pluralidade de alternativas caberá o ajuste direto, com fundamento no *caput* do art. 31.

A primeira hipótese de inexigibilidade, constante do inciso I, não gera maiores debates, uma vez que decorre de compromisso internacional e necessariamente deverá conter a motivação da escolha, em razão do que determina o art. 32 da Lei.

O inciso II, por sua vez, trata do ajuste direto em virtude de autorização legislativa específica, com indicação expressa da entidade beneficiária. O dispositivo destaca as parcerias voltadas ao repasse de subvenções sociais para Organização de Sociedade Civil.

As subvenções sociais estão previstas no art. 12, parágrafo 3º, I, da Lei nº 4320/1964, segundo o qual:

Art. 12. [...] §3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa.

Verifica-se que as subvenções sociais se prestam exclusivamente à realização de despesas de custeio da entidade, ou seja, com sua manutenção, vedada, portanto, a utilização para despesas de capital (investimentos).

A Lei nº 4.320/1964 estabeleceu diretrizes a serem seguidas quando da realização de transferência de recursos pelo Poder Público a entidades privadas. No artigo 16 da citada Lei, determinou-se que as subvenções sociais, que devam atender despesas de manutenção de entidades sem fins lucrativos, visem à prestação de serviços nas áreas de assistência social, médica e educacional e, ainda, mostrem-se mais econômicas do que a atuação direta do ente federado. Portanto, este procedimento não deve ser regra e sim complementar à atividade estatal. O parágrafo único do citado artigo, trata da base de cálculo dos valores a serem transferidos, qual seja, unidade de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

Em sintonia com a Lei nº 4.320/1964, a Lei Complementar nº 101/2000 também abordou a transferência de recursos públicos ao setor privado, determinando que a destinação pode se dar quando devidamente autorizada por lei específica, atender condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e se consignada na lei orçamentária ou em créditos adicionais, de acordo com o artigo 26 e parágrafos.

Vê-se, então, que a incidência da referida hipótese de inexigibilidade de chamamento público perpassa pelo preenchimento de diversos requisitos, inclusive com a necessidade de previsão legal não só da transferência, como também da indicação expressa da entidade beneficiária, que deverá ser justificada.

4.1. A Interpretação Sistemática dos Arts. 30, 31 e 32 da Lei nº 13.019/2014

Por certo que interpretação individual dos artigos que tratam da dispensa e inexigibilidade do chamamento público na Lei nº 13.019/2014 gera questionamentos quanto à efetivação dos princípios acolhidos no art. 5º da Lei. No entanto, a interpretação da lei pressupõe a análise dos seus dispositivos em conjunto.

No que se refere à utilização das situações de dispensa e inexigibilidade de chamamento público, constantes dos arts. 30 e 31, antes referidos, necessário se faz a análise da regra contida no art. 32, segundo a qual “nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de chamamento público será justificada pelo administrador público”. Tal dispositivo exige ainda a publicação do extrato da justificativa que poderá ser impugnada, no prazo de cinco dias, com possibilidade de revogação do ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e conseqüente instauração de processo de chamamento.

Na justificativa apresentada não basta a mera indicação do dispositivo legal utilizado, afirmando que a situação fática corresponde àquele abstratamente previsto em lei. Em verdade, necessário se faz que a autoridade administrativa utilize argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e conseqüentemente sustentáveis, capazes de resistir a um debate aberto, próprio do Estado Democrático de Direito. A utilização de expressões genéricas na justificativa, como “altos fins”, “considerável interesse”, “elevado padrão”, devem ser utilizadas com cuidado para que não configurem “mera logomaquia”.

Saliente-se que lei se reporta à “revogação”, quando o correto seria a utilização do termo “invalidação”, uma vez que a impugnação deverá ater-se a vícios que comprometam a legalidade do ajuste direto, que, caso presentes, leva à invalidação do processo. Quanto à revogação, a mesma se refere à extinção de atos administrativos por motivos de conveniência ou oportunidade, ou seja, aborda controle de mérito.

Visando uma melhor implementação da regra em comento, poder-se-ia fazer um paralelo com o art. 26, da Lei nº 8.666/1993, exigindo-se que a justificativa apresentada seja acompanhada de elementos que evidenciem não apenas a caracterização da situação de fato ensejadora da formalização direta da parceria e seu enquadramento em qualquer das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, como também, e especialmente, a razão de escolha da Organização de Sociedade Civil, que deve ser amparada em

critérios transparentes e impessoais, em homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, previstos no art. 5º da Lei nº 13.019/2014, e a justificativa do valor previsto para a consecução do objeto ajustado.

Por certo que tal paralelo excluirá qualquer dúvida quanto a um dos objetivos da lei, qual seja, garantir a escolha da Organização de Sociedade Civil pautada em critérios objetivos e em harmonia com o interesse público.

5. Do Controle de Contas Constante da Lei nº 13.019/2014: Priorização de Resultados. Avanço ou Retrocesso?

A Constituição Federal estabelece dois sistemas de controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados: um sistema interno e um sistema externo. O sistema interno é exercido por cada Poder, por meio de seus próprios órgãos, visando aferir a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. O controle externo, por sua vez, é exercido pelo Poder Legislativo, como uma de suas funções constitucionais típicas, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Segundo determina o parágrafo único, do art. 71 da Constituição Federal “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Logo, as Organizações de Sociedade Civil ao firmarem ajustes com a Administração Pública, envolvendo repasse de recursos públicos, submetem-se ao controle interno e externo, o que envolve o dever de prestar contas.

Segundo já explicitado neste trabalho, o §3º, do art. 116, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que as parcelas do convênio poderão ser retidas:

quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública.

Por certo que a conclusão pela regular aplicação da parcela recebida perpassa pela análise da prestação de contas concernente à mesma.

Assim, o controle exercido sobre os ajustes firmados por entes administrativos com entes do Terceiro Setor, poderia ser visto sobre dois aspectos: o controle de resultado e o controle de conformidade. No controle de resultado analisa-se o alcance das metas estabelecidas. Já o controle de conformidade estaria voltado à verificação da conformação das receitas repassadas com as despesas realizadas.

O Decreto nº 6.170/2007, também já abordado, define a prestação de contas como “procedimento de acompanhamento sistemático que conterà elementos que permitam verificar, sob os aspectos técnicos e financeiros, a execução integral do objeto dos convênios e dos contratos de repasse e o alcance dos resultados previstos”. Assim, a prestação de contas envolve, além da observância do cumprimento do objeto do ajuste, a correta utilização dos recursos financeiros repassados.

Sendo os ajustes estabelecidos na Lei nº 13.019/2014 veículos de transferência voluntária de recursos, cujo elemento fundamental é a cooperação, diferem dos contratos administrativos, que possuem como elemento primordial o lucro. De fato, enquanto em um Termo de Colaboração para assistência a idosos, por exemplo, a efetiva assistência tanto é do interesse da Administração Pública como do ente privado, no Contrato de Obras, o interesse da Administração é a realização da obra, e do particular, o recebimento do preço.

Como o “lucro” é um elemento estranho aos ajustes estabelecidos na Lei nº 13.019/2014, faz-se necessário que os recursos repassados sejam aplicados integralmente na realização do objeto pactuado, o que somente poderá ser verificado a partir da análise da prestação de contas. Saliente-se que a Lei em comento permite que sejam pagos com recursos vinculados à parceria “custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria” (art. 46, III). No entanto o art.45, como era de se esperar, veda a utilização do recurso repassado em finalidade alheia ao objeto da parceria, logo, pressupõe-se que as “despesas indiretas” estabelecidas na lei devam ser elencadas na planilha apresentada pela Organização de Sociedade Civil e devidamente comprovadas na prestação de contas.

Percebe-se que a lei teve o claro intento de flexibilizar o controle sobre a regularidade da gestão financeira das parcerias, priorizando o controle de resultados. Assim, o art. 6º traz entre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias “a priorização do controle de resultados”.

Ao tratar do “Monitoramento e Avaliação”, a lei determina no art. 59 que:

a administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil,

acrescentando no inciso V, §1º do referido artigo, que o relatório técnico de monitoramento deverá conter a “análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas, *quando não for comprovado o alcance das metas e resultados estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento*” (grifo nosso). Em outras palavras, alcançados os resultados, dispensa-se a análise da documentação comprobatória das despesas efetivas com a parceria.

O capítulo da lei que trata da prestação de contas, também deixa transparente a intenção de priorizar o alcance de resultados. Desta forma, o art. 64 estabelece que:

a prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas.

Ora, talvez tal posição se justifique no âmbito federal pela existência do SICONV – Sistema de Convênios, criado em 2008, que consolida as informações de todos os passos da execução do ajuste, permitindo o controle de conformidade na utilização do recurso repassado. Ocorre que a mesma situação não se apresenta na maioria dos entes federados, que não dispõem de tal sistema.

O certo é que a priorização do controle dos resultados não exclui o controle sobre a gestão financeira. Tais formas de controles se complementam na verificação da regularidade da aplicação dos recursos públicos transferidos, ainda que haja maior ênfase no controle sobre os resultados alcançados.

Neste sentido, o art. 65 da Lei nº 13.019/2014 determina que “a prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado”. Assim, tal obrigatoriedade permitirá a efetivação do controle de conformidade.

A análise da boa e regular aplicação dos recursos públicos – finalidade do processo de prestação de contas – não se resume à verificação do cumprimento do objeto e das metas pactuadas. É necessário também verificar se o objeto da parceria foi cumprido mediante aplicação dos recursos públicos repassados, ou seja, se há nexos de causalidade entre os recursos repassados e as despesas comprovadas, se as despesas estão devidamente comprovadas e guardam vinculação com o objeto da parceria, e se são regulares as contratações firmadas pela entidade privada durante a execução do ajuste.

Há diversas situações em que, a despeito do atingimento dos resultados previstos, são identificadas irregularidades graves na gestão dos recursos transferidos, que ensejam a emissão de juízo reprovativo sobre as contas prestadas.

A Lei nº 13.019/2014 também se desvincula da prestação de contas parcial, estabelecida na Instrução Normativa STN nº 1/97.

De acordo com o §1º, do art. 67, da Lei nº 13.019/2014 “no caso de prestação de contas única, o gestor emitirá parecer técnico conclusivo para fins de avaliação do cumprimento do objeto”. Já no §2º do mesmo artigo acrescenta que “se a duração da parceria exceder um ano, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas ao fim de cada exercício, para fins de monitoramento do cumprimento

das metas do objeto". Assim, mesmo que o recebimento do recurso ocorra de forma parcelada, a entidade somente apresentará prestação de contas parcial ao final de cada exercício, o que envolve situações de ajustes com prazo superior a um ano.

Já o §2º, art. 21, da IN/STN 01/97 determina que:

quando a liberação dos recursos ocorrer em 3 (três) ou mais parcelas, a terceira ficará condicionada à apresentação de prestação de contas parcial referente à primeira parcela liberada, composta da documentação especificada nos itens III a VII do art. 28, e assim sucessivamente. Após a aplicação da última parcela, será apresentada a prestação de contas do total dos recursos recebidos.

Tal mecanismo permite um maior controle na utilização dos recursos repassados, inclusive no que concerne à sua efetiva destinação na realização do objeto ajustado. Ressalte-se que, conforme já observado, o alcance do resultado por si só não exclui possíveis desvios que possam ocorrer durante a execução do termo.

Apesar das dificuldades externadas pelos órgãos de controle interno quanto à análise de prestações de contas parciais de ajustes estabelecidos com Organizações de Sociedade Civil, muitas vezes devido à escassez de pessoal para o exercício dessa atividade, por certo que tal expediente ajuda em muito a evitar prejuízos ao erário. Segundo a referida Instrução Normativa, pode ser suspensa a liberação das parcelas dos convênios, entre outras razões, quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio.

Certamente que o controle concomitante da execução do ajuste estabelecido com a Organização de Sociedade Civil, inclusive na análise das contas parciais, permite evitar maiores prejuízos ao erário, diante da possibilidade de sustar a transferência de recursos. Deve-se salientar que existem vícios que somente poderão ser detectados com a efetiva análise da documentação concernente às despesas efetivadas. Assim, a emissão de notas fiscais falsas, superfaturamento de contratos realizados no âmbito do ajuste, aquisições sem respaldo no objeto executado, são apenas alguns dos vícios que podem existir independente do alcance dos resultados estabelecidos no termo.

Além de tudo quanto exposto, mesmo que os órgãos de controle interno adotem novas práticas, com a efetiva priorização do alcance dos resultados nos termos da legislação em vigor, certamente não haverá por parte dos órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas, flexibilizações nas suas análises.

Conclui-se, então, que haverá necessidade de conciliação dos termos da nova legislação aos procedimentos adotados pelos órgãos de controle na análise das contas vinculadas aos ajustes estabelecidos com as Organizações de Sociedade Civil. Por

certo que os Tribunais de Contas não poderão se fixar exclusivamente no controle de resultados, porém também é verdade que na análise das contas não podem ser tão rigorosos, diante da ocorrência de meros vícios formais, que não revelam malversação de recursos públicos, decorrentes, muitas vezes, da própria inexperiência do ente beneficiário, considerando, inclusive, que a lei não estabelece prazo mínimo de constituição da entidade para formalização do vínculo.

Por fim, vale salientar que, mesmo tendo a Lei nº 13.204/2015 excluído toda a Seção II, do Capítulo III, da Lei nº 13.019/2014, que abordava regras concernentes às contratações realizadas pelas Organizações de Sociedade Civil no âmbito das parcerias, tais contratações não poderão ocorrer livremente, sendo necessária a observância ao menos dos princípios da economicidade, impessoalidade e transparência, uma vez que realizadas com recursos públicos, que não perdem tal natureza.

6. Conclusão

Diante do modelo adotado pelo Estado Brasileiro, os vínculos firmados com entes privados sem fins lucrativos passaram a ter um certo destaque, pois se tornaram instrumentos de realização de objetivos de interesse público, ou melhor, de concretização de direitos fundamentais.

Por certo que o sistema jurídico se ressentia da ausência de um diploma legal acolhedor de normas gerais aplicadas a tais ajustes. Tinha-se, até então, o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, que de forma superficial passou a tratar dos convênios. Posteriormente, com o Programa Nacional de Desestatização, adotou-se o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, regulamentados, respectivamente, pelas leis nºs 9637/1998 e 9790/1999, a serem estabelecidos com entes privados sem fins lucrativos qualificados como Organizações Sociais ou Organizações de Sociedades Cíveis de Interesse Público. No âmbito federal, os convênios e os contratos de repasse contavam com a normatização expressa no Decreto nº 6.170/2007 (alterado pelo Decreto nº 7.594/2011).

A ausência de uma normatização geral e a adoção de tratativas diferenciadas pelos entes políticos aos ajustes firmados com entes privados sem fins lucrativos permitiram a ocorrência de diversas irregularidades, detectadas pelos órgãos de controle. Entre tais irregularidades tem-se: direcionamento na escolha do ente privado sem fins lucrativos, ausência de regras para as contratações efetivadas com recursos públicos por tais entes, deficiência na prestação de contas.

Assim, grandes foram as expectativas geradas em torno da Lei nº 13.019/2014, que certamente trouxe uma série de avanços que vão desde a padronização dos ajustes a serem estabelecidos com os entes privados sem fins lucrativos, até a regra geral do chamamento público precedendo tais vínculos. Há também uma série de exigências a serem observadas, seja no processo de escolha dos beneficiários, seja na execução do ajuste para alcance do resultado estabelecido.

Por certo que as alterações efetivadas no referido diploma legal pela Lei nº 13.204/2015 passaram a gerar diversos questionamentos, inclusive quanto às exceções

criadas ante a obrigatoriedade de chamamento público ou as que levaram a priorizar os resultados no controle das parcerias, colocando a análise da prestação de contas em segundo plano.

No que se reporta ao chamamento público, apesar de a Lei nº 13.204/2015 ter ampliado as hipóteses de ajustes diretos, por certo que em tais situações deverão ser resguardados os princípios administrativos, sobretudo o da transparência e o da impessoalidade. Após estabelecidas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade do chamamento público, nos arts. 30 e 31 da Lei, o art. 32 determina que o administrador público justifique o ajuste direto, ou seja, exige-se a motivação. Desta forma, deverá não somente ser demonstrada a efetiva ocorrência dos motivos expostos na norma que autorizam o ajuste direto, desprovido de chamamento público, como também deverá restar exposto a observância de todos os princípios elencados no art. 5º, segundo o qual o regime jurídico de que trata a lei tem como fundamento os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

No que se refere à prestação de contas, apesar de a Lei nº 13.019 ter privilegiado o controle de resultados sobre o controle de conformidade, por certo que não se poderá desprezar a prestação de contas, uma vez que tal exigência decorre da própria Constituição Federal, que assim estabelece no parágrafo único do seu art. 70. Pode-se, no entanto, esperar que os órgãos de controle realizem ponderações entre os resultados alcançados e a conformidade da prestação de contas, evitando punições quando diante de meras irregularidades formais, incapazes de comprometer a qualidade do ajuste.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor*. In: www.rits.org.br. Acesso em 02.01.2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Entidades do Terceiros Setor e Dever de Licitar*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte. Nº 65. p.11, maio 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado*. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.