

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO (ESMAPE)
FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU
ESPECIALIZAÇÃO EM LICITAÇÕES, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E
RESPONSABILIDADE FISCAL

**INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO
PARA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO
TERCEIRO SETOR E SEUS PREJUÍZOS.**

Antônio Duarte de Lima Júnior

Monografia Final de Especialização em Licitações, Contratos Administrativos e
Responsabilidade Fiscal. Turma 2

Recife – 2010

Antônio Duarte de Lima Júnior

**INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO
PARA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO
TERCEIRO SETOR E SEUS PREJUÍZOS.**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola Superior da Magistratura (ESMAPE) em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal. Turma 2.

Recife - 2010

ANTONIO DUARTE DE LIMA JÚNIOR
INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PARA
TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO TERCEIRO SETOR E SEUS
PREJUÍZOS.

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola Superior da Magistratura (ESMAPE) em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Especialização e a julgou nos seguintes termos:

Prof.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL:

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. João Maurício Adeodato

DEDICATÓRIA

A todos os voluntários de boa-fé que existem no “Terceiro Setor”. Que nunca abandonem as suas mais nobres funções sociais, de vigilância e de contraponto à atuação ineficiente do Estado. E que sempre demonstrem que é possível praticar a genuína solidariedade, livre de vícios e de interesses econômicos, políticos e partidários. Assim como o fizeram a médica Zilda Arns e o maestro Cussy de Almeida.

AGRADECIMENTOS

À Controladoria Geral da União, pela oportunidade que me foi concedida para estudar e produzir o presente trabalho. E sobretudo por me servir de inspiração ao exercício conjunto da cidadania aliada ao meu labor.

Aos meus colegas e professores da ESMAPE, pois a convivência com cada um durante o curso decerto tornou a minha jornada mais rica.

À minha esposa Ana Paula e meus filhos Júlia, Ana Carolina e Antônio Neto. A família é a minha principal razão de existir. E sei que cada novo projeto profissional representa privações no convívio familiar. Obrigado pela paciência e carinho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA TRANSFERIR RECURSOS AO TERCEIRO SETOR CONSTITUI AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E É PREJUDICIAL AO INTERESSE COLETIVO?.....	1
ARGUMENTOS E PRÁTICAS FAVORÁVEIS À DISPENSA DE LICITAÇÃO E À FLEXIBILIZAÇÃO NA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO TERCEIRO SETOR.....	4
ENCARNAR O ESPÍRITO DAS ONGS E DO TERCEIRO SETOR PARA SEPARAR O JOIO DO TRIGO.....	16
AS NOCIVAS PRÁTICAS DECORRENTES DA DISPENSA DE LICITAÇÃO E DA LIBERALIDADE NA TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR.....	22
5CONCLUSÃO: A TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO TERCEIRO SETOR COM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, FAVORECE O DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E CAUSA PREJUÍZO SOCIAL.....	54

INTRODUÇÃO: A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA TRANSFERIR RECURSOS AO TERCEIRO SETOR CONSTITUI AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E É PREJUDICIAL AO INTERESSE COLETIVO?

A regra constitucional é a obrigatoriedade de licitação para a administração pública contratar obras, serviços, compras e alienações, e como qualquer regra, pressupõe a existência de circunstâncias que poderão requerer exceções (ACUNHA, 2008).

Entretanto, atualmente existem práticas na gestão de recursos públicos, amparadas ou não em leis, que tendem a favorecer a transferência direta de recursos a alguns tipos de entidades privadas, podendo favorecer pessoas ou entidades em particular, bem como o desvio de recursos públicos e o seu uso em detrimento do interesse coletivo, e gerando prejuízo social. É o que parecem indicar certas ocorrências da atualidade.

Um dos episódios mais recentes de possível desvio de recursos públicos foi noticiado no Diário de Pernambuco em janeiro de 2010 (DA PAZ, 2010, p. A10): a Polícia Federal apreendeu, em Recife, documentos do Instituto de Desenvolvimento Socioeconômico, Científico, Ambiental e Tecnológico (Interset), devido à existência de indícios de participação da OSCIP (Organização Social de Interesse Público) num esquema de desvio de R\$ 9 milhões do Programa de Saúde da Família (PSF) da Prefeitura de Porto Alegre, entre agosto de 2007 e agosto de 2009. Trata-se da Operação Pathos, que investiga outras OSCIP, além do Instituto Sollus, pivô da operação, o qual firmou termo de parceria com o Governo de Porto Alegre, **sem licitação** (o grifo é nosso).

Essa é uma temática que merece aprofundamento. Afinal, segundo Oliveira (2008, p. 35), as transferências de recursos públicos para as organizações privadas sem fins lucrativos “vêm crescendo em soma e em importância no Brasil”.

Seabra (2004) menciona que o Governo Federal teria transferido diretamente e sem licitação, para entidades privadas sem fins lucrativos, quase R\$ 1,3 bilhão, só em 2003. Em termos comparativos, este valor equivaleria a 44,8% das transferências voluntárias aos estados ou 41,4% destas verbas enviadas aos municípios, no mesmo período.

A temática será então analisada à luz da legislação vigente, da doutrina e também da jurisprudência relacionada ao assunto. Objetiva-se conhecer, ainda, constatações dos órgãos de controle e registros correspondentes em documentos do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário, mediante pesquisa não exaustiva em seus Acórdãos e Decisões.

Ressalta-se, em particular, a ofensa à isonomia entre segmentos da sociedade que mereceriam se beneficiar com os recursos públicos, assim como entre as entidades capazes de efetuar parcerias com a Administração Pública, para a realização de ações de interesse público, ou até mesmo para fornecer bens e serviços para este. E também, a burla à obrigatoriedade de concurso público para a contratação de pessoal, a burla às boas práticas de responsabilidade fiscal, além dos potenciais prejuízos em decorrência da inobservância da legislação fiscal, trabalhista e previdenciária, dentre outros. Confirmadas as hipóteses, deverão ser sugeridas medidas para enfrentar o problema.

No capítulo correspondente à primeira parte do presente trabalho, que em diferentes tópicos trata dos argumentos concordantes com o favorecimento na contratação de certas entidades privadas que realizam ações de interesse público, serão relacionadas as hipóteses em que a licitação é dispensável e suas razões; será apresentado um breve histórico da evolução da Lei de Licitações, onde se constata que dobrou o número de hipóteses de

dispensa de licitação desde a edição original da referida lei, demonstrando uma clara opção do legislador pela liberalidade; será ilustrada a prática de gestores da administração pública tendentes à simplificação dos procedimentos administrativos destinados às contratações, o que caracteriza a existência de uma cultura neste sentido e, finalmente, serão apresentadas posições doutrinárias sobre o assunto.

Foi incluído um capítulo intermediário no qual é apresentada a visão do autor sobre o “espírito” do Terceiro Setor, termo que será usado como referência a todas as instituições objeto do tema do trabalho. O objetivo é demonstrar que ao contrário de se tentar fazer uma apologia anti-ONGs, o presente trabalho pretende ressaltar a necessidade de se “separar o joio do trigo” e combater de forma intransigente o mau uso dos recursos públicos, para que os recursos cheguem aos que mais necessitam.

No capítulo correspondente à segunda parte do trabalho os tópicos apresentados objetivam apresentar posições antagônicas à dispensa de licitação, assim como caracterizar a multiplicidade de irregularidades relacionadas à transferência de recursos públicos ao Terceiro Setor sem licitação e os prejuízos ao interesse público daí decorrentes.

Deste modo, pretende-se demonstrar que a permissividade na transferência de recursos públicos ao Terceiro Setor é comumente utilizada para burlar as leis, favorecem o desvio e mau uso de recursos públicos, caracterizam inobservância de princípios constitucionais, em detrimento do interesse público e causam prejuízos para este. Ou seja, defende-se a idéia de que tais práticas constituem afronta ao Estado Democrático de Direito.

E uma última observação: embora a dispensa de licitação seja o tópico central do presente trabalho, defendemos posições que vão além desta. Acreditamos que os mesmos preceitos advogados devem ser regra geral para transferência e aplicação de recursos públicos

para entidades privadas, quer seja em pagamento, para gestão com finalidade pública ou em benefício de entidades ou pessoas. É preciso garantir a justiça social.

ARGUMENTOS E PRÁTICAS FAVORÁVEIS À DISPENSA DE LICITAÇÃO E À FLEXIBILIZAÇÃO NA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO TERCEIRO SETOR

2.1. As circunstâncias em que a licitação é dispensável e as suas razões

Conforme ensina Fernandes (2009, p. 193), a licitação é a regra, mas “o princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico”.

Entretanto, enquanto os particulares têm ampla liberdade para contratar, da Administração Pública são exigidas diversas formalidades legais para que a contratação não seja passível de anulação, exigências essas decorrentes da própria Constituição. Se por um lado a regra é licitar, as exceções são a dispensa e a inexigibilidade de licitação (DI PIETRO e al., 1998).

Madeira e Madeira (2008) ressaltam a importância de diferenciar as hipóteses de dispensa de licitação daquelas em que há inexigibilidade de licitação. Um dos pressupostos básicos da licitação é a possibilidade de competição, mediante pluralidade de bens ou de ofertantes. Inexistindo um destes, haverá inexigibilidade de licitação.

Nas dispensas de licitação, embora seja viável a competição, o gestor público pode deixar de licitar, de forma discricionária, segundo critérios de conveniência e oportunidade (ACUNHA, 2008).

A Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) enumera as hipóteses de dispensa de licitação em seu artigo 24. Na versão original desta Lei, estavam previstas 15 hipóteses de dispensa de licitação. De uma maneira geral, tais incisos permitiam dispensar a licitação, mas apenas atendidas certas condições, sob circunstâncias especiais e impessoais. Tais circunstâncias são, de um modo ou de outro, conflitantes com os requisitos ou trâmites que o processo licitatório exige.

Há circunstâncias em que os interesses públicos podem ser frustrados pela licitação, além de nestes casos a licitação não garantir a contratação mais vantajosa (JUSTEN FILHO, 2009). Por este motivo, apesar da possibilidade de realizar licitação nestes casos, a Lei facultou a sua dispensa, permitindo a realização de procedimentos administrativos simplificados, embora persista o objetivo de buscar a melhor contratação possível.

A dispensa de licitação por valor é uma dessas circunstâncias. Prevaecem as razões de ordem econômica, onde os pequenos valores envolvidos não justificam o custo da licitação (JUSTEN FILHO, 2009; FERNANDES, 2009). É o caso dos incisos I e II do art. 24 da Lei e, em parte, o caso dos incisos V e VII. Neste, os preços propostos pelos licitantes são manifestamente superiores aos valores de mercado, autorizando a compra direta pelo menor preço encontrado. No caso do inciso V, a inexistência de interessados, em licitação que não pode ser repetida, justifica a celeridade no processo de aquisição, para evitar que prejuízos econômicos decorram do atraso na compra.

Por motivos óbvios, os incisos III e IV da lei excetuam a licitação nas circunstâncias envolvendo guerra, grave perturbação da ordem, situações emergenciais ou calamidade pública. A diligência é exigida em tais casos, até para evitar dano potencial e frustração do interesse público (JUSTEN FILHO, 2009; FERNANDES, 2009). Razão semelhante torna dispensável a licitação nas hipóteses do inciso V, já citado anteriormente, quando a repetição

de uma licitação que foi deserta ou fracassada traria maior atraso na contratação e, em decorrência, prejuízos ao interesse público.

Razões diversas de interesse público também fundamentam as dispensas de licitação em outras hipóteses previstas no artigo 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993): nos incisos VI (intervenção no domínio econômico), VIII (pessoas jurídicas de direito público), IX (segurança nacional), X (compra ou locação de imóveis condicionadas por necessidades de instalação e localização), XI (contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento), XII (compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis) e XV (aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos), bem como nos demais aqui não comentados (JUSTEN FILHO, 2009; FERNANDES, 2009). Mas todas essas hipóteses são condicionadas. E também tratam de circunstâncias gerais, sem prever o favorecimento de um determinado tipo de entidade a ser contratada em tais situações.

Quando a Lei entrou em vigor em 2003, existiam apenas duas hipóteses de dispensa de licitação que autorizavam a contratação direta de um determinado tipo de entidade ou organização, além daquelas do inciso VIII, independentemente da circunstância a ser atendida: abrangem aquelas entidades que no jargão da administração pública são denominadas “fundações de apoio” (inciso XIII) e a contratação de organização internacional em condições vantajosas para o Poder Público.

2.2. Uma notável preferência do legislador pela liberalidade nas contratações: o aumento das permissões para dispensar a licitação.

Segundo Acunha (2008), tendo em vista a repercussão financeira e social das contratações realizadas pelo Poder Público, o constituinte de 1988 teve preocupação especial quanto a estas. Procurou afastar, na medida do possível, a discricionariedade administrativa. Tão grande era este cuidado que nem mesmo entidades privadas com a participação de capital

público ficaram de fora da aplicação da regra constitucional, de modo a garantir a lisura na aplicação dos recursos públicos.

Mas no país em que a própria Constituição já sofreu 62 emendas até o final do ano de 2009, ou seja, com pouco mais de 20 anos de existência, não é de estranhar que ocorra o mesmo com as leis.

Desde 1993 e até o mês de janeiro de 2010 a Lei de licitações e contratos foi sucessivamente alterada. Aqui serão mencionadas apenas algumas dessas alterações de maior interesse para o trabalho, por serem permissões não apenas circunstanciais, mas que beneficiam certos tipos de entidades de natureza jurídica privada e que não compõem a Administração Pública, quer seja direta ou indireta.

Serão excluídos do contexto da discussão os casos que envolvem entidades privadas cujo favorecimento parece estar ligado a evidentes interesses sociais, além de outros de natureza pública, como é o caso dos incisos XX e XXVII do artigo 24, respectivamente: “Na contratação de associação de portadores de deficiência física” e “na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos [...], efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda [...]”.

A primeira alteração em destaque decorreu da conversão da Medida Provisória nº 472, de 1994 na Lei nº 8.883, de 08 de Junho de 1994. As alterações incluem o inciso XIII do artigo 24, que permite a dispensa de licitação “na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”. Tratam das denominadas “Fundações de Apoio” das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES).

Em 1998 a Medida Provisória nº 1.531-18, de 1998 foi convertida na Lei nº 9.648, de 27 de Maio de 1998. Dentre as alterações foi incluída a permissão para dispensa de licitação no inciso XXIV do artigo 24: “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

No total, foram 11 leis ou medidas provisórias convertidas em lei que promoveram alterações ou acréscimos ao artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos, dentre outros.

A última alteração foi promovida pela lei 12.188/2010, publicada no D.O.U de 11/01/2010. Com esta, duplicaram as previsões de dispensa de licitação em relação à Lei original. Acrescentou-se o inciso XXX ao artigo 24. Neste caso, foi permitida a dispensa de licitação na “contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.”. Trata-se de uma circunstância específica, objeto de decisão política, mas que não prevê uma permissão especial para contratar certo tipo de entidade ou organização em particular, embora isso se torne possível, pelas mesmas razões já expostas, dependendo da atitude dos gestores.

Passo a passo, emenda após emenda, foram adicionadas permissões para contratar diretamente, ou seja, sem licitação. Em alguns casos, as permissões acrescentadas não contemplam circunstâncias excepcionais ou justificadas pelo interesse público, mas beneficiam determinados tipos de entidades ou organizações privadas.

Dentre as entidades ou organizações acrescentadas na lei ao longo dos anos merecem destaque as OSCIP e as Organizações Sociais, em razão de receberem expressivos e

crescentes valores do orçamento da União para gestão, além dos inúmeros episódios de irregularidades envolvendo esses tipos de organizações.

2.3. Não se pode olvidar a cultura de gestores públicos que buscam soluções para os problemas de gestão nas parcerias e nas dispensas de licitação.

Segundo Fernandes (2009), os gastos do Governo Federal classificados como dispensa de licitação variaram entre R\$2,42 e 5,79 bilhões entre 2003 e 2008. A análise dos dados apresentados pelo autor permite inferir uma tendência crescente no período, notadamente entre 2002 (R\$2,4 bilhões) e 2007 (R\$5,79 bilhões), embora o valor total tenha sofrido redução para R\$3,78 bilhões em 2008, valor que ainda é 56% maior que os gastos com dispensa de licitação registrados em 2003. O percentual de gastos classificados como dispensa de licitação superam, individualmente, aqueles observados nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite e concurso, mas são menores que aqueles das modalidades pregão eletrônico e presencial.

É notável o aumento do volume de recursos públicos repassados às entidades do Terceiro Setor. Citamos como exemplo, a notícia de que em 2008 as ONGs chegaram a gerir até quase 50% do orçamento da saúde em alguns municípios do Paraná. Segundo os gestores entrevistados na reportagem, o baixo orçamento municipal, em conjunção com as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, limitam a contratação de pessoal, cuja despesa corresponde a cerca de 75% dos gastos com saúde. E a contratação de pessoal, por intermédio de ONGs, não é computada no limite de 60% em despesas com pessoal da LRF. Também, a contratação de pessoal por intermédio de ONGs ajudaria a enfrentar a elevada rotatividade de profissionais de saúde, uma vez que a realização de concurso público para substituição de médicos, por exemplo, seria muito demorada. Finalmente, os gestores alegam incerteza quanto à continuidade dos programas de saúde pública federais, mais um motivo para não

realizarem concurso público nem se comprometerem com despesas continuadas (GAZETA DO POVO, 2009).

Este último relato ilustra bem o que ocorre em inúmeros municípios do Brasil, bem como as principais alegações dos gestores para adotarem estas práticas. É mais fácil, é mais rápido, é mais prático. E os serviços públicos não podem sofrer descontinuidade.

Dentre as razões que levam o administrador público a fugir do procedimento licitatório estão o trabalho, a complexidade, o tempo despendido, a carência de pessoal qualificado e a própria descrença no instituto da licitação, além da impunidade que beneficia os transgressores (FERNANDES, 2009).

2.4. Visão doutrinária sobre a legalidade da dispensa de licitação para contratação e para a transferência de recursos públicos ao Terceiro Setor.

Cabe, inicialmente, mencionar que não há pretensão de se discutir neste trabalho a importância das parcerias entre a Administração Pública e o “Terceiro Setor”, pois são reconhecidos os possíveis benefícios para o interesse público daí advindos. Em decorrência destes, há opiniões que advogam a legalidade da contratação direta dessas entidades privadas.

Também, parte-se da presunção de constitucionalidade da lei que regulamenta as Organizações Sociais, conforme argumenta Valle (2008), tendo em vista decisões liminares contrárias à ADI nº 1923, aforada pelo PT e pelo PDT, embora a autora ressalve estar cogitando essencialmente a legitimidade, fundada no princípio da eficiência, e não a constitucionalidade, no tocante às parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, que constituem uma nova arquitetura institucional, hoje fato. Isto posto, prossigamos.

Martins (2008, p. 12) opina que o Estado sozinho não é capaz de atender às inúmeras demandas sociais, tornando necessárias as parcerias com a Sociedade Civil. E faz uma crítica ao alarmismo relativo às relações entre o Estado e a Sociedade Civil Organizada:

“As manchetes da imprensa dominante construíram certo ‘clima’ que dá aos cidadãos a convicção de que vivemos sob completa desordem e falta de lei. Falar em ONGs hoje é quase como falar em criminosos e isso por conta de alguns poucos casos de denúncias de desvios, já assumidos como verdadeiros.”

Este autor invoca a filosofia habermasiana para opinar que a licitação é “imprópria para a atividade partilhada”, embora seja regra para a atividade direta (MARTINS, 2008, p. 14). As circunstâncias legais necessárias à licitação, quais sejam, concorrência, igualdade entre as pessoas e aquisição vantajosa para a administração, não subsistem num convênio regular. Seriam aberrantes, pois, para estes casos, o concurso de projetos e a própria licitação.

Justen Filho (2009) aborda a questão das contratações diretas fundadas em critérios de confiança e discricionariedade: por vezes o único critério de seleção disponível seria a confiança e isto não ofenderia o princípio da isonomia, não sendo essa fundada apenas em elementos arbitrários ou desprovidos de fundamentos objetivos. Diz o autor que não se trata de juízo subjetivo, objeto de conveniência política ou ingenuidade. E que a tutela do princípio da isonomia não pode inviabilizar a atividade administrativa.

Teixeira (2007, p. 05) considera que seria um retrocesso remeter as entidades do Terceiro Setor à mesma burocracia da lei de licitações, inclusive por já existir toda uma “parafernália legal” de prestação de contas, considerando que a intenção do legislador foi justamente a de “criar mecanismos de aproximação do Terceiro Setor com o Poder Público”.

Fernandes (2009) considera uma inovação o dispositivo da Lei de Licitações e Contratos que favorece as fundações de apoio. Comentando outros autores e jurisprudência do TCU, observa que a desigualdade jurídica estabelecida pela lei seria em benefício de outros

valores jurídicos, como o desenvolvimento pela valorização do trabalho. Com o benefício as instituições seriam auxiliadas na promoção do seu auto custeio.

No caso destas instituições, “o legislador permitiu que se contrate o particular diretamente tendo em vista os atributos intrínsecos e subjetivos da pessoa jurídica” (ACUNHA, 2008, p. 14). Este autor cita que, sendo uma atividade administrativa discricionária, mesmo a possibilidade de licitar existindo, esta não pode ser invocada de modo a inquinar o procedimento administrativo. Enfatiza-se a necessidade de **que as instituições não tenham fins lucrativos** (o grifo é nosso), além da inquestionável reputação ético-profissional (MADEIRA; MADEIRA, 2009). Segundo Justen Filho (2009), a dispensa de licitação em favor das Fundações de Apoio ganhou grande importância prática ao longo do tempo, com relevante aplicação de recursos mediante contratação direta, bem maior do que se pretendia originalmente.

Para Fernandes (2002, p. 06), a permissão de contratar diretamente é uma solução “concreta e eficaz à sobrevivência de instituições que desenvolvem trabalhos de relevante importância ao progresso do País”. Como tal, deve ser aproveitada, não obstante a necessidade de fiel observância à legalidade e aos requisitos exigidos por diversos diplomas legais correlatos.

Na opinião de Acunha (2008, p. 05) o legislador procurou, deste modo, “dotar de concretude e efetividade mandamentos constitucionais”, citando como exemplo os arts. 203 e 218 da Carta Magna, relativos à assistência social e à promoção e incentivo do desenvolvimento científico.

Com o advento da lei que estabeleceu a existência e atuação das Organizações Sociais – OS, surgiu também uma nova hipótese de dispensa de licitação na Lei 8.666/93, inciso XXIV (BRASIL, 1993): “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as

organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Rocha (2006, p. 139) menciona que a qualidade de Organização Social implica em efeitos jurídicos imediatos e mediatos. O primeiro consiste no reconhecimento da utilidade pública. O segundo dependerá da celebração de contrato de gestão entre a entidade e o Poder Público, “razão de existir” da organização social. A partir deste, o Estado transferirá para a entidade recursos orçamentários, bens públicos e também será possível a cessão de servidores públicos.

França (2005, p. 07) ressalta que, no tocante ao financiamento público das atividades de saúde e ensino, as entidades do Terceiro Setor devem ter preferência. Este autor lembra que, a despeito do requerimento de processo administrativo concorrencial na destinação de recursos públicos, quando este se dá para entidades do Terceiro Setor “a celebração de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria [...] não necessita de prévia licitação, haja vista a ausência de competição entre os administrados nesse campo”. Este autor fala em inexigibilidade de licitação.

Segundo Fernandes (2009, p. 515), esta permissão “vem merecendo ferrenhas críticas”, mas comenta que as “mudanças institucionais foram colocadas como alicerce indispensável à concretização da reforma do aparelho do Estado [...]”. Ele ressalta a crescente absorção de atividades sociais pelas entidades de natureza jurídica privada.

Emerge a questão da seleção dos parceiros com a Administração pública. Para Fernandes (2009) a inviabilidade de competição não é condição necessária às dispensas de licitação previstas no artigo 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993). E no tocante às OSCIP, este autor argumenta que se o Estado pode firmar convênios, não haveria razões aparentes para se

impedir a contratação direta sem licitação dessas entidades. Comenta o autor (FERNANDES, 2009, p. 519):

“Essa lógica de o Estado escolher a qual organização social deverá aliar-se estrategicamente, até o momento, tem resistido sem grandes problemas jurídicos”.

Posteriormente acrescenta:

“Com a OS é firmado contrato de gestão, que pode ser sem licitação, como autoriza o inciso. A OSCIP é selecionada por escolha de projeto e firma com o poder público termo de parceria”.

Sobre a impertinência de exigir licitação para a OS firmar contrato de gestão com a Administração Pública Madeira e Madeira (2008, p. 03) comentam:

“[...] a doutrina tende a comparar este vínculo jurídico a um regime de parceria, e daí a explicação para isentá-lo do processo licitatório, pois que é flagrantemente incompatível exigir licitação em contratos com regime de parceria com o Estado”.

No tocante às OSCIP, os autores supracitados ponderam que, embora estas entidades não sejam contempladas pela exceção do artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), mas devido à sua finalidade não lucrativa e a sua destinação aos fins sociais, não deve ser questionada a dispensa de licitação em seu favor (MADEIRA; MADEIRA, 2008).

Justen Filho (2009) considera que há dúvidas quanto à aplicação do inciso XXIV da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) no tocante à extensão da dispensa de licitação. A autorização seria para o próprio contrato de gestão ou apenas para os contratos decorrentes deste? Opina pela obrigatoriedade da licitação para o contrato de gestão, salvo na inexistência de múltiplos interessados, e pela dispensa de licitação para os futuros contratos derivados, sendo que considera esta última questão pacífica. Este autor entende que o inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) também é aplicável às Organizações Sociais de Interesse Público - OSCIP, além das OS, tendo em vista a similaridade e as relações análogas entre

contrato de gestão e termo de parceria. Isto no que se refere às obrigações derivadas e acessórias da relação jurídica entre o Estado e a entidade do Terceiro Setor, que fora selecionada mediante licitação. Observe-se que o inciso anteriormente comentado foi inserido na Lei de licitações pela Lei 9.637/98, Lei das OS (BRASIL, 1998), que é anterior à Lei nº 9.790/99, Lei das OSCIP (BRASIL, 1999).

O termo de parceria que é celebrado entre o Poder Público e as OSCIP se assemelham aos convênios e têm natureza facultativa e de fomento a projetos de interesse público. O Decreto nº 3.100/1999 (BRASIL, 1999) faculta a realização de concurso de projetos para escolha da OSCIP com a qual será celebrado o termo de parceria, o que é feito mediante publicação de edital (ROCHA, 2006; FERNANDES, 2009).

Também há autores que defendem a dispensa de licitação em circunstâncias mais amplas. É o caso de Ferraz (2009), que advoga a flexibilização das exigências de licitação em situações diversas, empregando-a com função regulatória. Propõe, por exemplo, o reconhecimento da desnecessidade de competições em situações como a de contratação de uma empresa em dificuldades, a qual seria responsável pela empregabilidade em certo local. Objetivaria o saneamento da entidade privada, a prevenção de sua insolvência e traria benefícios sociais conseqüentes.

Este mesmo autor, em trabalho anterior, faz um alerta, dirigido especialmente aos órgãos de controle (FERRAZ, 2006, p. 07):

“A legalidade é princípio jurídico, mas não é o único, tampouco se afigura superprincípio, que aniquila todos os demais princípios”. E continua: “O administrador tem de agir ex officio, agir imediatamente, chegar junto das demandas urgentes e, não raro, ao fazê-lo não consegue atingir o ponto ótimo. Questiono-me até que ponto o administrador está jungido e tem o dever de atingir o ponto ótimo. Até que ponto o administrador, quando age, tem que alcançar a melhor solução possível.”

ENCARNAR O ESPÍRITO DAS ONGS E DO TERCEIRO SETOR PARA SEPARAR O JOIO DO TRIGO

O termo ONG surgiu após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) (CICONELLO, 2008). Este autor cita a Cruz Vermelha, como exemplo de entidade não governamental, à época participante de debates no âmbito da ONU. No Brasil a expressão só teria sido utilizada a partir da década de 80.

Na opinião de Oliveira (2008, p. 35) “é possível afirmar que o recente interesse pelo Terceiro Setor é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado”. Valle (2008) argumenta que a reforma do Estado seria uma resposta às insuficiências do welfare, então prioridade transnacional. Surge o conceito de propriedade pública não estatal, introduzido no Plano Diretor de Reforma do Estado, à época da Emenda Constitucional nº 19. As respectivas entidades, não integrantes do aparato estatal, seriam presididas por interesses reconhecidamente públicos e seriam merecedoras de apoio e de recursos do estado.

Existem diferenças entre Terceiro Setor, Organizações Não Governamentais – ONGs, Organizações Sociais – OS e Organizações Sociais de Interesse Público – OSCIP. Assim como é preciso ter em mente que existem entidades sem fins lucrativos e filantrópicas, na acepção da palavra, bem como aquelas que, apesar de por vezes ostentarem o reconhecimento oficial de interesse público e o título de organizações sociais sem fins lucrativos, o seu *modus operandi* em colaboração com maus gestores públicos levou o senso comum a apelidá-las de “pilantrópicas”. Encontramos este termo, por exemplo, em Resende (2008).

Segundo Pereira Júnior e Dotti (2009a), compõem o processo de desenvolvimento econômico e social o Estado (primeiro setor), o empresário privado que almeja lucro (segundo setor) e a entidade privada sem fins lucrativos (terceiro setor). O Estado possui competência própria e exclusiva, ainda que seus encargos sejam executados indiretamente ou mediante

concessão ou permissão. Às entidades que visam lucro, cabe ao Estado assegurar a segurança jurídica e o exercício da concorrência, segundo as regras de mercado. Quanto ao terceiro setor, deve possuir ação pública apenas complementar ou supletiva. Atuam em benefício daqueles que não são satisfatoriamente alcançados pela ação estatal nem possuem meios suficientes. Este terceiro setor constitui-se sob a forma de associações, fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos.

As entidades do terceiro setor podem receber qualificação enquanto OS (BRASIL, 1998a) ou OSCIP (BRASIL, 1999). Deste modo, se habilitam a receber recursos públicos para implementação de projetos, por meio de contratos de gestão ou termos de parceria, respectivamente, de forma complementar ou suplementar à ação estatal. Podem, inclusive, receber bens públicos e a cessão de servidores públicos (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2009a). O fomento às entidades não lucrativas objetivaria estimular essas entidades a realizarem atividades de interesse público (OLIVEIRA, 2008).

Pereira Júnior e Dotti (2009a) entendem que é incorreto associar o terceiro setor às “Organizações não Governamentais” – ONGs e que não se deve considerar as OS e OSCIP enquanto ONGs em sentido estrito, embora essas também sejam organizações não governamentais. As OS e OSCIPS nascem na iniciativa privada, para colaborar operacionalmente com o Estado. As demais ONGs não mantêm qualquer vínculo operacional com o Estado e, por vezes, possuem suas próprias leituras de princípios e normas constitucionais, não raro divergentes das leituras governamentais.

As ONGs são vistas como antagonistas do Estado (OLIVEIRA, 2008; PEREIRA JÚNIOR E DOTTI, 2009a), por demandarem deste atuação mais efetiva ou diferente da empreendida, o que não impede a eventual associação entre ONG e Estado.

Pereira (2008, p. 18-19), argumenta que, dos milhares de instituições sem fins lucrativos existentes no país, “nem todas são ‘Terceiro Setor’ e, certamente, poucas são ONGs”. As práticas inovadoras são uma qualidade freqüente nestas. Buscam “fortalecer movimentos sociais e de contribuir para formação de lideranças e mesmo da população difusa, no que se chama de educação para cidadania ou educação não formal”.

De qualquer forma, atualmente há mais de cinco mil OS ou OSCIPs no Brasil (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI; 2009b). O país possui hoje uma Associação Brasileira de ONGs (ABONG), que “se atribuem um papel político e estratégico delimitado: são atores a serviço da transformação social, da emancipação e da construção de uma sociedade justa e sustentável” (CICONELLO, 2008, p. 06).

Um bom exemplo de trabalho que encarna genuinamente o espírito das ONGs é aquele que foi desenvolvido por Zilda Arns Neumann: médica pediatra e sanitarista, fundou e coordenou a Pastoral da Criança, assim como fundou e coordenou a Pastoral da Pessoa Idosa, ambos organismos de ação social da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB (PASTORAL DA CRIANÇA, 2010).

Apesar de ter vindo poucas vezes a Pernambuco, a Dra. Zilda Arns deixou inestimável contribuição para redução da mortalidade infantil no Estado, por meio da Pastoral da Criança. Usando a metodologia comunitária de multiplicação do conhecimento e da solidariedade entre as famílias mais pobres, reproduziu o milagre da multiplicação dos peixes e dos pães. Diz-se que, ao meditar a respeito de trecho do evangelho sobre a multiplicação dos peixes, chegou à conclusão que, “ [...] **em vez de ficar dependendo do governo, nossas famílias deviam se organizar para cuidar de seus filhos**” (ALGO MAIS, 2010a, p. 41, grifo nosso). Adotou como linha de trabalho a saúde da gestante, o aleitamento materno, a vacinação, o soro caseiro e o controle do peso. Sondou as comunidades e descobriu lideranças capazes de serem motivadas e preparadas para o trabalho de ações básicas. Fortalecendo as suas auto-estimas,

essas pessoas faziam o bem aos vizinhos, sem gastar dinheiro. Multiplicados, tornaram-se um exército de voluntários. E o assistencialismo não estava em questão neste voluntariado. A transformação da comunidade vem pelos próprios integrantes, pela prática da fraternidade e não por interesses políticos ou partidários. Ressalte-se que “[...] **a pastoral da criança gasta em torno de R\$ 1,30 por infante para o acompanhamento mensal. Enquanto o Governo está gastando mais de um salário para recuperar as crianças**”. Zilda Arns alertava: se o trabalho não é feito de fé, irá se acabar (ALGO MAIS, 2010a, p. 41-42, grifo nosso).

Um outro bom exemplo é a Associação Beneficente Criança Cidadã - ABCC, que desenvolveu o exitoso projeto “Orquestra Criança Cidadã Meninos do Coque”, com o objetivo de profissionalizar para o ofício musical 100 crianças e adolescentes com idades entre 8 a 15 anos. Baseia-se no método Suzuki de ensino, participação ativa dos pais, ensino integral, garante inclusive as três refeições diárias, além de atividades esportivas e arte-educativas aos finais de semana. As crianças do projeto foram selecionadas em escolas públicas, levando em conta critérios como desempenho escolar, assiduidade e avaliação vocacional. A ABCC é uma instituição sem fins lucrativos, tem apoio do Poder Público e Sociedade Civil Organizada, e a sua missão é fazer cumprir o que prega o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua iniciativa partiu do Poder Judiciário local, em 2002 (ALGO MAIS, 2010b).

Diversos públicos já se emocionaram com os resultados excepcionais deste projeto dos meninos do Coque. E o autor do presente trabalho teve a oportunidade de assistir a uma destas apresentações. As crianças tocam como verdadeiros profissionais. E é visível a elevada auto-estima destas, rivalizando esta, apenas, com a admiração e reconhecimento do público com a sua performance musical e social. No início do show os ouvintes são apresentados ao trabalho cidadão. E são alertados que **cada criança do projeto, estudando, se profissionalizando, se alimentando e se integrando socialmente, custa em torno de R\$ 1.000,00 por mês, ao**

passo que a manutenção de um preso no sistema carcerário custaria em torno de R\$ 2.600,00, sem nenhum resultado visível quanto à ressocialização (o grifo é nosso). Caberia a nós escolhermos um destes dois caminhos, diz o apresentador.

O que estas duas ONGs têm em comum? Creio que lideranças representativas, capazes e verdadeiramente solidárias, seriamente comprometidas com as suas missões, que realizam um trabalho desprendido de interesses econômicos, políticos ou partidários, aptas a mobilizarem a sociedade e os seus recursos, de modo a que beneficiadores e beneficiários possam, por meio de esforços conjuntos, desenvolverem e expressarem os seus melhores esforços, qualidades e conquistas, em benefício de toda a sociedade.

Mas, infelizmente, nem todas as ONGs parecem agir assim, ainda que qualificadas como de interesse ou de utilidade pública, ou beneficentes de assistência social. E nem sempre as boas ONGs são aquelas escolhidas pelos gestores públicos para se tornarem parceiras, ao contrário do que parece ser muito comum entre as “pilantrópicas”. E há um filme que ilustra, com precisão, o que pretendemos discutir nos tópicos adiante. Dizem as resenhas do filme **“Quanto vale ou é por quilo?”**:

O filme faz uma analogia entre o antigo comércio de escravos e a atual exploração da miséria pelo marketing social, que formam uma solidariedade de fachada. O filme faz uma grande crítica às ONGs e suas captações de recursos junto ao governo e empresas privadas (WIKIPEDIA, 2010).

Adaptação livre do diretor Sérgio Bianchi para o conto "Pai contra Mãe", de Machado de Assis, Quanto Vale ou É Por Quilo? desenha um painel de duas épocas aparentemente distintas, mas, no fundo, semelhantes na manutenção de uma perversa dinâmica socioeconômica, embalada pela corrupção impune, pela violência e pelas enormes diferenças sociais. No século XVIII, época da escravidão explícita, os capitães do mato caçavam negros para vendê-los aos senhores de terra com um único objetivo: o lucro. Nos dias atuais, o chamado Terceiro Setor explora a miséria,

preenchendo a ausência do Estado em atividades assistenciais, que na verdade também são fontes de muito lucro. Com humor afinado e um elenco poucas vezes reunido pelo cinema nacional, Quanto Vale ou É Por Quilo? mostra que o tempo passa e nada muda. O Brasil é um país em permanente crise de valores (Interfilmes, 2010).

Resende (2008, p. 15) lembra que as organizações de interesse coletivo são instituídas e mantidas por pessoas físicas ou jurídicas de diferentes religiões, ideologias e partidos políticos, motivo pelo qual existem diversos interesses em jogo, inclusive da própria sociedade, o que “desvirtuar a benemerência dessas instituições”. Num cenário como este, defende que o Ministério Público, por deter um caráter “ecumênico, apartidário, e transideológico”, e que tem como um de “seus objetivos institucionais a defesa do interesse coletivo”, seja responsável pelo velamento dessas instituições. E explica velamento: “além de estar de sentinela (exercer vigilância), é também patrocinar e proteger. Uma função mais pedagógica e de parceria, do que policialesca ou punitiva.”.

Porém é bom não esquecer que há sempre os que ignoram ou mesmo tripudiam dos valores da democracia e do Estado Democrático de Direito, e deste modo, da própria coletividade nacional. Assim como também há malfeitores à espreita, na espera de oportunidades para pilhar o patrimônio coletivo. Clamam pela legalidade e recorrem à tutela do Estado, quando em seu benefício, embora excrem estas mesmas leis e instituições, quando para ganhos próprios. Suas condutas contribuem para o esgarçamento da delicada teia social. Os mesmos que abominaram a dispensa de licitação em certo momento são aqueles que num outro pretendem se beneficiar dela. E é tendo em vista tais indivíduos e instituições que serão dirigidas as discussões a seguir.

AS NOCIVAS PRÁTICAS DECORRENTES DA DISPENSA DE LICITAÇÃO E DA LIBERALIDADE NA TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR

4.1. Posições doutrinárias antagônicas à dispensa de licitação para contratação, para transferência de recursos ao Terceiro Setor ou ressalvas a essas práticas.

Considerando o que foi exposto até agora, com tantas hipóteses de dispensa de licitação, as exceções vão se tornando regra, além do que as entidades ou organizações favorecidas pela dispensa de licitação passam a gozar de privilégios que ensejam, dentre outras coisas, a preferência pessoal de escolha pelo gestor da vez, afrontando os princípios da impessoalidade, da isonomia e por vezes o princípio da moralidade, requeridos pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Se há possibilidade de competição, a dispensa de licitação também se opõe à busca da eficiência, da eficácia e da economicidade.

Todas essas alterações anteriormente citadas afrontam o desejo do constituinte originário e desvirtuaram uma característica original da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) que, em relação à dispensa de licitação, era orientada por princípios que predominantemente favoreciam a prevalência do interesse público nas decisões de contratação. O legislador infraconstitucional criou, assim, um campo fértil para os casuísmos, favorecimentos indevidos e desvio ou mau uso de recursos públicos. São passos largos em sentido contrário ao da busca da proposta mais vantajosa para a administração pública, da impessoalidade, da eficiência e da satisfação do interesse público.

Motta (1999, p. 31), ao tratar das patologias do procedimento licitatório, menciona que “a licitação representa um termômetro da Administração, porque, bem formalizada e, sobretudo ocorrendo a verdadeira disputa, é um instituto limitador da discricção administrativa”. Obrigatoriamente a licitação deve ser eficaz, opina, embora reconheça que,

na nossa realidade, isso nem sempre é alcançado, pois processos improvisados, viciosos ou editais dirigidos ocorrem em “proporções desanimadoras”.

Arruda (2008, p. 10) fala sobre uma constatação inicial da Comissão Parlamentar de Inquérito que foi criada objetivando apurar os mecanismos de liberação de recursos públicos federais para ONGs e OSCIPs: “um quadro de controles fracos a respeito da atuação dessas entidades em cooperação com o Poder Público”. Isto gerou uma percepção unânime, não só entre parlamentares, da necessidade de um marco regulatório para o Terceiro Setor. Este teria como eixo central a transparência, a eficiência e a eficácia, nas relações entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor. Cita um anteprojeto que prevê a obrigatoriedade de concurso público para seleção dos projetos apresentados pelas ONGs.

Fernandes (2002, p. 01) diz que se tornou comum no Brasil a idéia de que basta a entidade não ter fins lucrativos para que possa ser contratada sem licitação, o que inclusive levou muitas empresas a mudarem a sua personalidade jurídica, almejando este propósito, caracterizando um embuste. Um grave ofensa ao princípio da isonomia, fundamental nas licitações. Assevera que “essa interpretação só pode ser sustentada por intérpretes negligentes, ou por aqueles que pretendam obter vantagem indevida”, além de que o nosso ordenamento jurídico foi estruturado de modo a impedir que o Estado seja um promotor da concorrência desleal. A exceção à regra da licitação deve ter interpretação restritiva: “é uma regra de hermenêutica secular que norma que abre exceção interpreta-se estritamente”. A mesma ressalva é feita por Acunha (2008).

Além disso, cabe lembrar um outro aspecto importante no tocante às parcerias entre Administração Pública e entidades privadas. Conforme ensina Aguiar (2008, p. 21), o particular que firma qualquer instrumento com a Administração Pública, a exemplo do Termo de Parceria, implicando na transferência de recursos públicos para o mesmo, “assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público”.

Considerando que a Lei federal nº 9.790/99 e o Decreto nº 3.100/99 apenas recomendam, sem exigir, a realização de concurso de projetos para a “seleção da entidade mais apta a colaborar com o ente estatal na prestação de determinado serviço de interesse público”, Oliveria e Mânica (2005, p. 10-11) consideram recomendável a regulamentação da escolha das OSCIPs parceiras por meio do concurso de projetos, mediante edição de lei específica. Zen (2008) inclusive menciona uma recomendação do TCU no sentido de tornar obrigatória a aplicação do critério de seleção das OSCIPs previsto no Decreto nº 3.100/99, ressaltando que a escolha se dê pelo melhor projeto e não pela menor taxa de administração.

Na opinião de Rocha (2006), ao se submeterem aos princípios gerais da administração pública, para fins de qualificação, as OSCIPs também deveriam se submeter à obrigatoriedade do procedimento licitatório para celebrar o termo de parceria. Lembra ainda que uma consulta aos Conselhos de Políticas Públicas precederá a celebração (ROCHA, 2006).

Este mesmo autor também considera que a realização de licitação é considerada um procedimento prévio necessário ao contrato de gestão, pois assegura à administração a busca do negócio mais vantajoso e aos particulares a possibilidade de participar da disputa pelo contrato (ROCHA, 2006).

Rizotti e al. (2002, p. 08), não obstante admitirem que as ONGs podem contribuir para a publicização e transparência na aplicação de recursos públicos, criticam o orçamento de Londrina, no período de 1994 a 1999, quando houve um expressivo aumento da transferência de recursos governamentais da assistência social para ONGS, que seria contraditório à primazia do Estado na responsabilidade pela condução das políticas públicas neste setor. Em 1999, os valores repassados às ONGs teriam sido superiores aos valores destinados à execução direta dos serviços públicos de assistência social. Tal tendência à “refilantropização” preocupava as autoras, motivo pelo qual citam Pereira (1998, p. 64), para atribuir isto à vigência da “ideologia neoliberal / neoconservadora”: “[...] não para enfrentar,

de forma mais eficiente, novas demandas e problemas sociais [...], mas para melhor desincumbir o Estado de responsabilidade perante estas e antigas demandas e necessidades [...]”. Destacam, ainda, que as verbas oriundas de emendas parlamentares, destinadas especificamente a determinadas ONGS, interferiam no processo decisório estabelecido nos conselhos de assistência social e inviabilizavam a descentralização participativa.

Pereira Júnior e Dotti (2009a, p. 952) elogiam a possibilidade de participação de entidades do Terceiro Setor no cenário político-administrativo brasileiro, mas demonstram preocupação quanto à seleção dessas entidades para as parcerias com o Estado. Para eles, estariam atendidos os princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e outros se, no mínimo:

- a) **Fosse realizada licitação para escolha da OS parceira** - a exemplo da modalidade concurso, do §4º, art. 22 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993, o grifo é nosso);
- b) Fosse comprovada a instituição da entidade há tempo suficiente para demonstrar experiência técnico-profissional e outros atributos que comprovem aptidão para concretizar os objetivos a que se propõem;
- c) Fosse exigida demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar os recursos públicos;
- d) Fosse exigida pertinência temática entre o objetivo social da entidade e os projetos que se propõem a realizar;
- e) **Houvesse imposição de limites quando o pagamento de salários aos seus dirigentes e empregados dependesse de repasses orçamentários do Estado** (o grifo é nosso); e

f) Fosse exigida prestação de garantia, à semelhança dos contratos administrativos em geral.

Segundo estes autores, o concurso de projetos previsto no Decreto 3.100/99 (BRASIL, 1999), o qual regulamenta a Lei das OSCIP e que, se aplicado, proporcionaria isonomia entre entidades afins, é interpretado como mera recomendação. Mas ponderam que existem variações nos custos e no padrão de qualidade entre diferentes OS e OSCIPs e que, neste caso, não há discricionariedade em se tratando de eficiência e eficácia na aplicação dos recursos públicos. No caso de mau resultado decorrente de opção por dispensa de licitação, caberia responsabilização do gestor ineficiente. E segundo o princípio da indisponibilidade, “o patrimônio público não se encontra à livre disposição dos agentes que o tutelam”. Concluem que os princípios do sistema jurídico-administrativo em nossa Constituição Federal “não liberam o Estado do dever de licitar para escolher a OS com quem celebrará o contrato de gestão ou a OSCIP com quem firmará o termo de parceria, ainda que inexista comando normativo específico nesse sentido” (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2009a, p. 957).

Como anteriormente foi sugerida a responsabilização do gestor ineficiente, fazemos dois comentários a respeito:

No primeiro, questionamos a viabilidade de avaliar a eficiência na aplicação de recursos públicos por entidades privadas? Ribeiro (2008) apresenta várias sugestões de índices de eficiência de gestão e comenta as suas finalidades, conforme transcrevemos a seguir:

“avaliar o valor unitário gasto por beneficiário (pode se tratar de recuperação de crianças de rua, de gastos por crianças em escola, por idoso em lares de apoio, pacientes em hospital etc); avaliar o valor unitário gasto por área demarcada, quando se tratar de projeto indígena (substituindo-se por área apenas, tem-se o gasto unitário por área de atuação); avaliar a capacidade de previsão e planejamento (é interessante que seja feito por projetos); avaliar a acomodação dos beneficiários por metro

quadro e avaliar os resultados alcançados na aplicação de ativos como medicamentos, vacinas, cestas básicas, material escolar etc.”.

O segundo comentário refere-se a um alerta de Teixeira (2008), quanto à responsabilidade Jurídica do dirigente do terceiro Setor. O autor lembra que, embora exista dicotomia entre a pessoa física e a pessoa jurídica dos dirigentes, os bens pessoais destes podem ser alcançados nos casos de excesso de poder ou de ilegalidade, ressaltando as obrigações tributárias. Porém, se a entidade privada ou seu dirigente podem ser responsabilizados, inclusive com o dever de indenizar o administrado por eventuais perdas e danos decorrentes da prestação de serviços públicos, França (2005) lembra que o Estado terá responsabilidade subsidiária.

Mas Pereira Júnior e Dotti (2009a) vão além do que registramos anteriormente: advogam que a regra do artigo 24, XXIV, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) só se aplica à fase posterior ao estabelecimento do contrato de gestão com as OS. Ou seja, é dispensável a licitação para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, desde que estes sejam relativos às atividades contempladas no contrato de gestão já ajustado com a administração pública. Logo, não se pode inferir que a dispensa de licitação seria aplicável ao contrato de gestão. Para ocorrer a dispensa de licitação para contratação dos serviços da organização social, em tese já houve a necessária licitação para o contrato de gestão com esta, sendo desnecessária nova licitação. Finalmente, como a norma só se refere a serviços, a OS deveria licitar para contratar obras e compras com recursos públicos (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2009a).

Pereira Júnior e Dotti (2009a) também defendem a inaplicabilidade às OSCIP da regra do inciso XXIV, artigo 24, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), ao contrário da posição de Justen Filho (2009), citada em tópico anterior. Este inciso foi acrescentado à lei de licitações

pela Lei nº 9.648/98 (BRASIL, 1998), que é anterior à Lei nº 9.790/99 (BRASIL, 1999) e o rol de dispensas de licitação seria taxativo.

Quanto às dispensas de licitação para contratação de fundações de apoio e correlatas, na opinião de Acunha (2008) uma regra prévia a todas as outras deve ser observada: o gestor público deve demonstrar cabalmente a vantagem da contratação direta. Não basta que os requisitos de qualificação da entidade, enumerados pela lei, estejam presentes. Se a contratação direta não for mais vantajosa que a concorrência, a licitação será então obrigatória.

No tocante ao inciso XIII da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), o que ocorre normalmente é a violação do vínculo de pertinência entre os objetivos legais dessas instituições e o objeto do contrato, caracterizando mero favorecimento pessoal daquele que se vale da contratação direta (MADEIRA; MADEIRA, 2008). Para estes autores, tal tipo de fraude a cada dia se torna mais comum, caracterizando situação vexatória e crítica no tocante à ética do administrador público.

Na opinião de Fernandes (2002), não é razoável pretender firmar um contrato tipo “guarda-chuva”, para que a contratada possa realizar todas as necessidades da contratante, tampouco que a contratada deixe de executar diretamente a maior parte das obrigações assumidas.

Segundo Madeira e Madeira (2008), a flexibilização da obrigatoriedade de licitação facilita a ação de maus gestores, tornando comum a fraude à licitação por administradores ímprobos, que por vezes se unem a organizações criminosas para se beneficiarem financeiramente, utilizando as “brechas” na Lei e causando grandes prejuízos ao erário público. Para as demais entidades, que não se beneficiam da escolha do gestor público, são

causados prejuízos decorrentes da violação dos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidade.

Embora diversas instituições em geral possam ter objetivos generosos declarados, como a filantropia ou o desenvolvimento científico, não é incomum que estes encubram interesses escusos de se sustentarem às custas dos recursos públicos, na qualidade de “amigos do rei”, embora suas administrações sejam ineficientes e anti-econômicas (FERNANDES, 2002, p. 06).

Por fim, concordamos com Violin (2005, p. 198), o qual afirma que muitas vezes certos gestores públicos buscam apenas “fugir do regime jurídico administrativo e das obrigações constitucionais” ao firmar parcerias com o Terceiro Setor, “e não fortalecer a sociedade civil organizada”.

1.2. Estudo de casos: burla aos princípios constitucionais, aos princípios da administração pública e prejuízos decorrentes.

Inicialmente, cabe ressaltar que a temática abordada no presente tópico tem um aspecto central em comum, que é a ausência de licitação ou qualquer procedimento análogo para transferência de recursos públicos a entidades privadas do Terceiro Setor (termo que será usado para fazer menção a OS, OSCIPs, Fundações de Apoio e assemelhadas, com fins de simplificação). Ou seja, refere-se às transferências que freqüentemente são feitas à discricionariedade do gestor público: sem licitação ou na ausência de qualquer mecanismo que implique em seleção objetiva, impessoal e transparente das propostas ou das entidades beneficiárias, sempre que isso é possível, viável e atende ao interesse público.

Enfatiza-se que não é objetivo do presente trabalho adentrar em discussões sobre a natureza jurídica do tipo de transferência de recursos públicos, quer seja contrato de gestão,

termo de parceria, convênio ou contratação direta mediante dispensa de licitação. Por vezes tal discussão apenas desvia a nossa atenção do elemento principal, que é a ausência concorrência, de transparência, de impessoalidade, de publicidade e de critérios objetivos na escolha do beneficiário das transferências financeiras, de bens ou na cessão de servidores públicos.

Repise-se que esta é a questão fundamental, não cabendo distrações. Qualquer que seja o caso, defendemos a necessidade de observância dos critérios citados e dos princípios constitucionais e da Administração Pública em geral, de forma condizente com o Estado Democrático de Direito e com a promoção da justiça social.

Importante ressaltar que existem iniciativas normativas tendentes a limitar ou impedir a ação dos órgãos de controle nas entidades objeto de interesse do presente trabalho, sob pretextos diversos, incluindo o de que os órgãos de controle estão interferindo na iniciativa privada e impedindo a consecução dos seus objetivos sociais. Os exemplos aqui apresentados deixarão uma visão inequívoca da gravidade dos atos praticados, mesmo diante da atuação dos órgãos de controle, sendo fácil imaginar o que poderá acontecer se este controle for restringido.

O exame de relatórios e documentos produzidos pelos órgãos de controle revela muito sobre a prática de irregularidades na gestão de recursos públicos, envolvendo a transferência de recursos públicos sem licitação para entidades privadas sem fins lucrativos. Citamos a análise de documentos obtidos de fontes como o Tribunal de Contas da União (TCU), os Ministérios Públicos e o Poder Judiciário. A Controladoria Geral da União, por sua vez, reiteradamente constata irregularidades envolvendo este tipo de transferência.

Selecionaremos alguns episódios que consideramos suficientemente ilustrativos dos tipos de irregularidades que podem ocorrer. É importante ressaltar que frequentemente os

achados de ações de controle realizadas pelos Tribunais de Contas e pela Controladoria Geral da União subsidiam as Ações Cíveis ajuizadas pelos Ministérios Públicos e julgadas pelo Poder Judiciário. Pelo exposto, não haverá uma preocupação em rastrear a origem e a conclusão dos episódios, pois as referências a estes objetivam tão-somente ilustrar, não exaustivamente, os tipos de irregularidades apontadas pelas instituições de controle.

Num destes casos, relatado nos itens 3.2.6 e 3.3.6 do Relatório de Fiscalização nº 00904 da CGU, de 19/07/2006, uma secretaria municipal de saúde se desincumbiu da contratação de servidores públicos para o desempenho de funções em programas de saúde pública – as quais passaram a ser realizadas por uma OSCIP, contratada mediante dispensa de licitação. Em troca, o pagamento de uma taxa de administração à OSCIP (CGU, 2006).

Os empregados da OSCIP, não obstante realizassem trabalho de natureza pública para o SUS e que de fato era trabalho de natureza assalariada, assinavam um “termo de adesão ao serviço voluntário”, proporcionando a isenção no pagamento de imposto de renda. Não sofriam a retenção do imposto, mas também não tinham seus direitos trabalhistas e previdenciários reconhecidos, pois não havia respaldo de um vínculo empregatício legal e igualmente não havia o recolhimento da contribuição previdenciária. Constava no termo: “não gera vínculo empregatício nem funcional ou quaisquer obrigações trabalhistas, previdenciárias e afins”, o que revela o verdadeiro intento dos seus agentes.

Tendo em vista a real natureza da relação entre as partes, ficou evidenciada a burla à legislação trabalhista, tributária e previdenciária, com claro prejuízo a diversos interesses públicos e para toda a sociedade. E mais, a secretaria municipal de saúde ainda continuava com as mesmas obrigações de gestão de antes, apesar de pagar, mediante contrato, uma entidade privada para gestão descentralizada do SUS.

Também foram constatados prejuízos operacionais decorrentes da gestão pela OSCIP. Para justificar a ausência de médicos em unidades de saúde da família durante a fiscalização, a OSCIP emitiu declaração de gozo de férias pelos médicos ausentes. Mas, para o suposto período de férias, a equipe de fiscalização encontrou evidências de que os médicos não estavam de férias (item 3.3.7 do relatório) pois, embora ausentes, para garantir os seus pagamentos, haviam deixado folhas de frequência assinadas para o respectivo período aquisitivo.

Todo esse arranjo entre Administração Pública e OSCIP, possivelmente, para favorecer contratações de pessoal sem concurso público, mediante terceirização de mão-de-obra, além dos lucros decorrentes dos serviços contratados. Vejam-se as notícias sobre a contratação de OSCIP para os serviços de saúde em municípios do Paraná, anteriormente citadas.

Neste mesmo Relatório foram constatadas outras irregularidades decorrentes da relação entre a Administração Pública e a OSCIP, na gestão de programas de educação, a exemplo do desvio de finalidade na execução do PNATE e do PET por meio de parceria firmada com a OSCIP, respectivamente os itens 1.4.7 e 9.1.9 do relatório, além da ausência de documentação comprobatória de despesas. Também nestes casos estavam presentes prejuízos operacionais decorrentes das deficiências na gestão dos programas, para a qual a entidade privada recebia remuneração.

Mas, além do mencionado, há outras situações prejudiciais que emergem da terceirização do serviço público mediante dispensa de licitação: a possibilidade de demitir ou substituir facilmente os empregados a serviço do SUS, situação que põe em risco a continuidade dos serviços públicos essenciais, além de prejudicar os interesses e direitos dos empregados.

Acompanhamos um destes casos em período eleitoral, conforme fato descrito no item 2.3 do relatório de fiscalização da CGU, referente ao 14º Sorteio dos municípios: ameaça de demissão contra agentes de saúde, tão logo ocorresse a sucessão municipal. Naquele momento, mantinham vínculo temporário e precário com a prefeitura (nos termos do inciso IX, do art. 37 da Constituição Federal, aplicável penas a situações excepcionais), estando mais sujeitos a represálias pelos políticos no poder. Não obstante o citado, havia profissionais assim contratados há mais de cinco anos, o que caracterizava a permanência do vínculo (CGU, 2005). Ressalte-se que o desdobramento de ações judiciais de trabalhadores assim contratados em Pernambuco resultou em negativa às suas pretensões de vínculo com a Administração Pública, já que as contratações foram consideradas ilegais.

Lembremos, ainda, o fato de que, por trás de um recibo, nota fiscal ou fatura emitida pela entidade contratada, aparentemente regulares, os quais são apresentados como prova de fornecimento de serviços ou bens, há toda uma multiplicidade de pagamentos e de despesas de naturezas distintas, freqüentemente realizados sem licitação e muitas vezes ilegíveis ou ilegais. Ou mesmo a ausência dos referidos gastos, servindo o papel tão-somente para dar aparência de legalidade ao desembolso.

Neste sentido, o mesmo relatório citado constata a ausência de atestado de recebimento dos serviços ou produtos nas notas fiscais ou recibos apresentados, bem como a falta de identificação do convênio, o que pode dar azo a estes tipos de irregularidades.

Podemos fazer uma analogia do efeito de contratar uma entidade privada sem licitação, para gestão de recursos públicos, com a existência de um “firewall” em um sistema de informações: podemos até perceber a existência do dispositivo, mas não vemos o que se passa por trás dele, embora muitas operações estejam sendo realizadas.

O controle feito no âmbito do ente público será ineficaz, senão impossível, já que seria necessário auditar a entidade privada contratada, que representaria o “firewall”. Uma maneira engenhosa, conveniente e eficaz de encobrir atividades ilegais e de eliminar rastros, à semelhança do que ocorre com os envios de recursos para inúmeros e sucessivos paraísos fiscais. Um claro atentado ao princípio da transparência.

Um outro episódio diz respeito a uma ação civil pública que tramita no TRF 5ª Região, referente ao processo nº 0016469-04.2005.4.05.8300. Neste caso, uma autarquia federal firmou termo de parceria com uma OSCIP, com o verdadeiro intuito de terceirizar mão-de-obra. De fato, tal relação jurídica tinha natureza contratual e exigiria licitação, o que não ocorreu. Abaixo transcrevemos parte do relatório referente a uma apelação cível no caso em comento:

“É juridicamente aceitável a celebração de termo de parceria entre o Poder Público e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, mas torna-se incabível a utilização desse expediente, quando contratados prestadores de serviços terceirizados para o exercício de funções próprias da atividade fim da entidade pública. - Tal distorção mais se agrava quando comprovado que auxiliar de enfermagem aprovada em primeiro lugar no concurso para o cargo, não foi nomeada em detrimento de terceirizada que no mesmo concurso galgara posição posterior ao décimo lugar.” (TRF 5ª Região, 2009).

Conforme abordado no relatório do referido processo, ficou evidenciada a inadequação do uso de um termo de parceria com a finalidade de contratar indiretamente profissionais para desempenharem atividade fim do Hospital.

Ainda no caso em comento, convém ressaltar que uma relevante fração dos gastos envolve despesas com pessoal, o qual realiza atividades de natureza pública, típicas de funcionários públicos, embora sem concurso público. Mas estes gastos são contabilizados como pagamentos por serviços de terceiros – pessoa jurídica, não sendo computados nos limites de gastos com pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Podemos adaptar ao presente contexto o que discute Bruno (2005), sobre a temática da transferência de recursos Públicos para a iniciativa privada, com ênfase nas empresas, fundações e fundos, mas incluindo também a concessão de subvenções sociais, auxílio e contribuições, inclusive mediante convênio, à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. Especialmente no tocante às estimativas de impacto orçamentário, demonstração da origem dos recursos para custeio e previsão orçamentária anual, ressaltando que despesas dessa natureza, por um prazo superior a 02 exercícios, poderão ser consideradas despesas obrigatórias de caráter continuado.

Lembremos a reportagem sobre contratação de profissionais de saúde em municípios do Paraná, comentada no início do trabalho (GAZETA DO POVO, 2009) e extrapolemos para a totalidade dos municípios do Brasil e para toda a administração pública. Não sabemos a extensão dos gastos com pessoal assim realizados, mas certamente os limites destes gastos seriam outros, caso fossem computados de maneira condizente com a realidade. Sem falar que o custeio da administração pública deve ser mais oneroso do que realmente imaginamos, em detrimento dos investimentos em infra-estrutura, a exemplo de habitação popular, construção de escolas, saneamento básico e abastecimento de água.

Cabe, ainda, um outro comentário a respeito: quando se permite este tipo de contratação irregular de pessoal terceirizado com recursos públicos, para desempenhar funções próprias dos servidores públicos, para realizarem serviços em instituições que já comprometem significativas quantias do orçamento para o pagamento de seu pessoal, possivelmente se está encobrendo a ineficiência na gestão dos servidores públicos, a ser compensada pelo trabalho dos terceirizados contratados. Não raramente, inúmeros servidores públicos dessas mesmas instituições podem estar desviados de suas funções, algumas vezes cedidos a outras instituições, ou simplesmente desobrigados de suas respectivas contraprestações em serviço, sem que haja um controle efetivo quanto à atuação dos servidores ou da finalidade e

efetividade das cessões, no tocante ao interesse público. Como é mais difícil buscar eficiência na gestão de funcionários públicos, se há qualquer pressão externa pela prestação de um serviço essencial que não está sendo adequadamente provido, terceiriza-se o pessoal, com inchaço da Administração Pública.

Violin (2007) discorre sobre a existência de diversos dispositivos constitucionais que obrigam o Estado a atuar diretamente na ordem social, incluindo a previdência e assistência social, educação, cultura, desportos e desenvolvimento científico. No caso da assistência à saúde, embora esta seja livre à iniciativa privada, mas de forma apenas complementar, cabe ao Estado executar diretamente os serviços. Ele opina que é desnecessária a concessão ou permissão para a iniciativa privada, quer esta tenha fins lucrativos ou não, e ressalta que a terceirização só é legal quanto à prestação de serviços de atividade-meio.

Também está relacionada às práticas de terceirização de pessoal, por intermédio de entidades do Terceiro Setor, a apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Teixeira e Rodrigues (2008) citam um caso em que os dirigentes de uma entidade deixaram de repassar ao Governo Federal as contribuições previdenciárias retidas dos empregados pois, devido a dificuldades financeiras, utilizaram os recursos para outras necessidades que consideraram mais prementes.

Este é um tipo de achado comum nos relatórios de fiscalização da CGU: a retenção das contribuições previdenciárias sempre estão presentes nas folhas de pagamento, mas nem sempre são apresentados os comprovantes de recolhimento à Previdência Social. As conseqüências se revelarão no futuro (pois o problema já existe), uma vez que os contribuintes fizeram as suas contribuições, mas as receitas previdenciárias não serão suficientes para resolver todos os compromissos assumidos, pois que não necessariamente ingressaram nos cofres da Previdência Social. Como sempre, o ônus será repartido entre toda a sociedade.

Para ilustrar a prática de irregularidades por Fundações de Apoio, contratadas por dispensa de licitação pelas IFES, reproduziremos abaixo parte do voto da Apelação Cível n.º 349292-PE, referente ao Processo n.º 2003.83.00.014926-4, o qual tramitou no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A decisão incluiu a condenação por litigância de má-fé, com imposição de multa por resistência abusiva e multa e indenização por sonegação de informações ao Poder Judiciário. O relatório registra, ainda, o deferimento do pedido da Polícia Federal de cópia de documentos dos autos para a instrução do Inquérito Policial n.º 581/2005-SR/DPF/PE. No tocante às provas, o relator destaca que o Juiz Federal “fundamentou com perfeição, demonstrando a falta de controle e transparência na execução do convênio para a oferta de cursos de pós-graduação ‘lato sensu’”:

As conclusões da análise probatória estão sintetizadas em quinze páginas, fls. 1009/1023, das quais destaco apenas algumas constatações para não me estender em demasia. São elas:

1. Inexistência de fiscalização pela Pró-Reitoria para Assuntos de Pesquisa e Pós-Graduação da substituição de professores durante o curso;
2. Majoração de despesas sem conhecimento do chefe de departamento;
3. Antecipação de despesa pela FADE antes da assinatura do convênio;
4. Falta de detalhamento completo do plano de trabalho pela Fundação;
5. Pagamento de taxa de administração de 5% (cinco por cento) sobre a receita para a FADE a despeito da proibição pelo convênio;
6. Ausência de relatórios pormenorizados de todas as despesas realizadas pela Fundação;
7. Em face disso, é impossível verificar-se quem está arcando com os custos de aquisição de equipamentos, materiais de consumo, contratação de pessoal, pagamento de diárias de viagens, etc.
8. Não há qualquer fiscalização da aplicação das verbas arrecadadas, apesar de a FADE movimentar milhões de reais por ano;
9. Desrespeito à exigência de licitação para a contratação de serviços e realização de obras, por exemplo, compra de passagens aéreas;
10. Realização de despesas com festas, recepções, táxi e celulares para o Reitor, Vice-Reitor e terceiros;
11. Contratação de escritórios de advocacia quando a universidade dispõe de assessoria jurídica própria;
12. A UFPE recebe, inexplicavelmente, a título de repasse seis vezes menos dos cursos de especialização que dos convênios em geral;
13. Transferência contínua de receita entre os cursos de especialização, sem nunca serem repassados à Universidade;

Como se vê, são múltiplos os indícios de ilegalidade que teriam sido perpetrados na execução do convênio firmado entre a UFPE e a FADE a legitimar a preocupação do Magistrado em recomendar ao Ministério Público Federal a instauração de inquérito criminal e procedimento para a constatação eventual de atos de improbidade pública (TRF 5ª Região, 2007).

A partir da análise de Acórdãos do TCU também é possível conhecer e sistematizar as irregularidades praticadas mediante contratação direta de entidades do Terceiro Setor. Ribeiro (2008, p. 63) compilou uma série de achados de uma auditoria do TCU em ONGs, presentes no Acórdão por ele citado, que tomou como critério de seleção das entidades a materialidade dos recursos transferidos, entidades investigadas pela CPI das ONGs no Congresso Nacional e menção das ONGs em jornais e revistas. São estes:

1. Planos de trabalho mal elaborados;
2. Objetos imprecisos;
3. Metas insuficientemente descritas;
4. Projetos básicos ausentes incompletos ou com informações insuficientes;
5. Deficiências na avaliação técnica e na apreciação jurídica dos planos de trabalho e termos de convênios;
6. Inexistência de análises detalhadas de custo dos objetos propostos e da capacidade das entidades proponentes para executá-los;
7. Aprovação de convênios na ausência ou à revelia de pareceres;
8. Descentralização de execução a entidades que não dispõem de condições para consecução dos objetos ou atribuições estatutárias para executá-los;
9. Fiscalização da execução do objeto insatisfatória ou não realizada;
10. Ausência de instrumentos de avaliação dos resultados dos convênios;
11. Irregularidades nos processos de licitação e contratação;
12. Indícios de fraude nos processos de compra;
13. Sobrepreços na aquisição de produtos e serviços;
14. Irregularidades na execução financeira dos convênios;
15. Movimentação irregular das contas específicas;
16. Indícios de fraude nos pagamentos e documentos comprobatórios de despesas;
17. Utilização dos recursos em finalidade diversa, em despesas não permitidas e em data posterior à de vigência do convênio.

Citamos especificamente alguns Acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU), onde são relatadas irregularidades, indícios de irregularidades, ou onde existem outras observações dignas de nota para a temática do trabalho, das quais serão mencionadas apenas algumas, a título exemplificativo:

Acórdão nº 1777/2005 (TCU, 2005, p. 02-08, grifos nossos), relativo a uma auditoria objetivando avaliar a aplicação de recursos transferidos mediante termo de parceria: a equipe de auditoria faz menção à Lei nº 9.790/99; critica a **“exclusão injustificada de controles sobre parcerias”**; comenta que **2/3 das responsabilizações feitas pelo TCU em 1998 corresponderam a transferências voluntárias**; ressalta a **importância do exercício do**

controle concomitante, centrado na avaliação da eficiência e da eficácia, e não apenas calcado no passado; comenta a possibilidade de remuneração de pessoal e dirigentes das OSCIPs com recursos públicos, devendo-se respeitar os valores de mercado; comentam a grande semelhança existente entre termo de parceria e convênio; ressaltam que o termo de parceria está desprovido de controles relevantes; constatam a crescente certificação de OSCIPs no Brasil; alertam para a “possibilidade de certificação, como OSCIP, e de seleção, para parceria, de entidade sem prévia comprovação de capacidade operacional pela autoridade concessora do certificado de OSCIP”; propõem a extinção do termo de parceria e utilização do convênio e que as OSCIPs sejam “disciplinadas pelas normas atuais sobre licitações, contratos e/ou convênios”;

Acórdão nº 370/2007 (TCU, 2007), relativo a uma auditoria no CEFET/PE: criação de fundação de desenvolvimento institucional e qualificação da mesma como OSCIP, com cessão gratuita de imóvel público para essa e intermediação de serviços do CEFET à comunidade, mediante cobrança de taxa de administração; alteração do estatuto da instituição com possibilidade de disposição do patrimônio a outra entidade e exclusão dos quatro representantes da área de ensino do CEFET do Conselho Curador; obtenção de receitas e patrimônio mediante uso de recursos e meios do CEFET; realização de gastos não contabilizados no SIAFI; realização de despesas sem licitação; despesas não relacionadas às finalidades institucionais; contratação rotineira da Fundação sem licitação; alterações estatutárias para possibilitar o pagamento de salários aos dirigentes da Fundação; alteração ilegal do estatuto e apropriação de patrimônio com afetação pública; violação dos princípios da moralidade, impessoalidade e improbidade administrativa. O Ministro acolheu as graves irregularidades apontadas na auditoria em sua totalidade;

Acórdão nº 535/2008 (TCU, 2008), relativo a uma solicitação do Congresso Nacional, CPI das ONGs. São citadas diversas entidades, a exemplo do INCRA, Funasa, Hospitais

Universitários, OSCIPs, associações de ONGs, ONGs da área de saúde indígena, fundações, institutos, associações, entidades religiosas, sindicatos de trabalhadores rurais, cooperativas, dentre outras. Com as seguintes irregularidades:

“Foram verificadas diversas ocorrências com potenciais prejuízos à Fazenda Nacional, que poderiam haver sido evitadas caso os próprios órgãos concedentes assumissem, com maior ênfase, seus papéis de controladores dos recursos repassados. Constatou-se, em muitos casos, que a atuação dos gestores públicos repassadores de recursos se deu de forma passiva, com análises ‘pro-forma’ e centradas no cumprimento de formalidades, eximindo-se de avaliações aprofundadas acerca da efetividade dos projetos propostos e da análise pormenorizada do cumprimento das metas estabelecidas” (TCU, 2008, p. 04, grifo nosso). Irregularidades verificadas:

- Desvios de finalidade na celebração e na execução - na celebração de convênios, há pactuação de objetos que não se coadunam com os objetivos dos programas e ações governamentais que suprimam os recursos. Prática levada a efeito por meio da aprovação de proposições de cunho excessivamente abrangente e de caráter difuso. Na execução, os desvios se caracterizam principalmente pela incompatibilidade entre o que foi efetivamente realizado e as especificações ajustadas no plano de trabalho do convênio.
- Irregularidades nos processos de licitação e contratação - Não adoção de procedimentos licitatórios (Lei 8.666/93) ou procedimentos análogos (IN STN 01/97, até 2003). Indícios de irregularidades nos procedimentos de aquisição. Indícios de fraude nos processos de compra. Sobrepreços na aquisição de produtos e serviços.
- Planos de trabalho - Planos mal elaborados, confusos e/ou pouco detalhados. Objetos imprecisos. Metas genéricas ou insuficientemente descritas. Caracterização insuficiente da situação de carência e das prioridades locais. Justificativa da proposição desprovida de razões que legitimem a celebração do convênio.
- Projetos básicos - Projetos ausentes, incompletos ou com informações insuficientes.
- Análises técnicas das proposições deficientes/negligenciadas - Deficiências e/ou ausência de avaliação técnica e apreciação jurídica do plano. Inexistência de avaliação efetiva da necessidade e viabilidade de execução e de análises detalhadas de custo dos objetos propostos e da capacidade operacional das entidades proponentes para executá-los. Aprovação de convênios na ausência ou à revelia de pareceres.
- Convenientes ineptas - Descentralização de execução a entidades que não dispõem de condições para consecução dos objetos ou atribuições estatutárias para executá-los. Celebração de convênios sem atendimento das condições de regularidade da conveniente. Deficiências na verificação da regularidade fiscal dos proponentes. Assinatura de ajuste com entidade que não comprovou o regular funcionamento nos últimos três anos.
- Fiscalização insatisfatória ou não realizada - Fiscalização da execução do objeto pelos órgãos e entidades repassadores é praticamente inexistente. Também não há mecanismos ou instrumentos de avaliação dos resultados alcançados. Em conseqüência, é comum a inexecução, a execução parcial ou deficiente dos objetos pactuados.
- Irregularidades na execução financeira dos Convênios - Movimentação irregular das contas específicas dos convênios. Indícios de fraude nos pagamentos e documentos comprobatórios de despesas. utilização dos recursos em finalidade diversa, em despesas não permitidas e em data posterior à de vigência do convênio. Liberação de recursos estando a conveniente pendente de prestação de contas referente à parcelas anteriores.

Ausência de comprovação válida das contrapartidas ou não execução conforme o regulamentado ou pactuado. Falta de aplicação financeira dos recursos enquanto não empregados na sua finalidade ou aplicação de forma irregular. Desconformidade do cronograma de desembolso.

- Outras irregularidades: Ausência de definição das condições e critérios de sustentabilidade após o aporte de recursos federais. Falta de comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel. Ausência de comunicação ao legislativo local.

Acórdão nº 862/2009 (TCU, 2009a), relativo à transferência de verbas do Sistema Único de Saúde para cooperativa de trabalhadores: alocação direta de pessoal em atividades-fim da Prefeitura, por intermédio de contratação de cooperativa, sem a prévia realização de concurso público (terceirização indevida); indicação pessoal de cooperados para prestar serviços; ausência de fiscal do contrato; simulação de contratação emergencial para contratar sem licitação; reiteradas renovações ilegais do contrato; pagamentos sem cobertura contratual, etc.;

Acórdão nº 1562/2009 (TCU, 2009b, p. 02-06, grifos nossos), relativo a uma auditoria no Ministério da Ciência e Tecnologia, envolvendo diversos convênios: **direcionamento da seleção de convenientes em detrimento daqueles mais necessitados**, devido à **“inexistência/insuficiência de critérios objetivos fixados em normativo** para distribuição dos recursos objeto de convênios e para seleção das propostas. [...] Não existem dispositivos que estabeleçam critérios de distribuição de recursos entre as unidades federativas com base em critérios estatísticos que levem em conta a necessidade de implantação de projetos de ciência e tecnologia. Não são levados em conta, por exemplo, indicadores de exclusão social ou digital”; **deficiências na divulgação dos recursos disponíveis para serem transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos; ausência de avaliação das condições operacionais das ONGs; ausência de interesse público em convênios firmados**; deficiências na formalização dos convênios; planos de trabalho incompletos, vagos e sem os requisitos essenciais; aprovação de convênios e termos aditivos na ausência ou à revelia de pareceres técnicos ou jurídicos ou com base em análises técnicas superficiais; **ausência ou deficiência**

de fiscalização da execução do convênio por parte da concedente; análise intempestiva das prestações de contas; **omissão dos concedentes quanto às irregularidades nos convênios**; As recomendações incluem: “**edite normativo [...] com base [...] nos princípios da transparência, da isonomia, da impessoalidade e da publicidade dos atos administrativos que regem a Administração**”;

Acórdão nº 440/2010 (TCU, 2010a), relativo a uma representação feita pela Procuradoria da República na Paraíba, envolvendo recursos do Ministério da Saúde descentralizados para município do interior: ausência de licitação em termos de parceria; contratação de mão-de-obra sem realização de concurso público; impropriedades no procedimento de qualificação de OSCIPs.

Acórdão nº 114/2010 (TCU, 2010b), relativo a transferências de mais de R\$ 15 milhões a uma fundação privada, com verbas do Ministério do Turismo: grave restrição à competitividade; pagamento de R\$ 1,89 milhões a consultorias especializadas para a elaboração de normas técnicas, enquanto havia sido afirmado que a respectiva entidade do Terceiro Setor era a única dotada de conhecimento e experiência para a elaboração dessas normas; falta de especificação da quantidade, qualificação e remuneração dos consultores; falta de indicação dos trajetos das passagens aéreas; falta de justificativa para o expressivo volume de correspondências (110 mil remessas); previsão de reprodução de 350 mil páginas de documentos; falta de orçamento detalhado; falta de publicidade; dispensa indevida de licitação; pagamento antecipado; homologação de certame por pessoa que sequer integrava a entidade; uso de referências de preço inidôneas, etc.;

Os exemplos apresentados deixam claros os prejuízos decorrentes da discricionariedade para contratação direta e para transferência direta de recursos públicos a certas instituições ou pessoas em particular.

O acesso às subvenções deveria se dar de forma objetiva e apenas em condições previamente estabelecidas em lei, onde estejam presentes condições de publicidade, transparência e isonomia. E as permissões para contratar diretamente deveriam estender-se apenas a situações ou hipóteses gerais e impessoais, que requerem a exceção à licitação – independentemente de que tipo de entidade que venha a ser contratada, como é o caso da justificável dispensa de licitação em situação emergencial. Aos infratores, necessário garantir o rigor da lei.

Afinal, o que justifica usar recursos públicos, sem observância dos princípios constitucionais, favorecendo certas pessoas ou entidades em detrimento de outras, quando há multiplicidade de entidades ou pessoas, inclusive de naturezas jurídicas iguais ou análogas, que podem apresentar propostas ou projetos concorrentes, para escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público, seguindo critérios exclusivamente objetivos, impessoais e previamente estabelecidos, mediante procedimento isonômico e respeitando os princípios constitucionais?

Para subsidiar as reflexões relativas ao questionamento apresentado citamos alguns comentários de Valle (2008, p. 27-31): é no exercício do controle “que se extrairão elementos que evidenciem o acerto na decisão pelo uso de novos modelos de articulação firmados com o Terceiro Setor em regime de parceria”. A autora ressalva os riscos derivados tanto da ausência quanto do excesso de controle, além de ressaltar a importância da participação cívica na gestão da coisa pública. Por fim, afirma: “Quanto mais diversificados os parceiros, maior, em tese, a possibilidade de benefícios em favor da Administração.”

4.2. **Uma visão empírica relativa às irregularidades nas dispensas de licitação para transferência de recursos ao Terceiro Setor.**

Com os argumentos apresentados até o momento já é possível uma visão ampla sobre a problemática das dispensas de licitação para contratação de entidades privadas pela Administração Pública. Mas a pesquisa bibliográfica revelou uma frustrante omissão na discussão de questões graves relacionadas à temática do trabalho: o que de fato pode acontecer nos porões das sociedades formadas entre maus gestores e entidades “pilantrópicas”? Por isso, antes de chegarmos ao final do trabalho, pretendemos discutir alguns aspectos relevantes, os quais podem ser beneficiados por uma abordagem mais informal.

Há muito o que se comentar a partir do conhecimento adquirido em ações de auditoria e fiscalização da Controladoria Geral da União (CGU). Parte das informações já constitui domínio público, a partir da publicação dos relatórios na internet. Mas até mesmo o controle tem os seus limites. Imagine-se quantos milhões de transações e documentos compõem a gestão dos recursos públicos nas diferentes esferas e em todo o país! Por vezes sentimos o “cheiro da fumaça”, mas não logramos êxito em comprovar o fogo.

Assim, este tópico trás à tona questões consideradas importantes, embora sejam aqui tratadas apenas em tese e em caráter fictício e genérico. Evita-se, dentre outros inconvenientes, a calúnia e o uso indevido de informações de caráter sigiloso.

Entretanto, opinamos que é possível chegar a conclusões semelhantes, realizando-se um acurado estudo sistemático dos relatórios da CGU que já foram publicados, dos Acórdãos do TCU e dos relatórios do Poder Judiciário, disponíveis no sítio dos respectivos órgãos. Mas isto seria uma tarefa hercúlea, que extrapola as pretensões do presente trabalho, embora compensadora.

Ressalte-se que este tópico reflete essencialmente e predominantemente uma visão empírica e pessoal do autor do trabalho. O relato de inúmeros casos e o recurso à rigidez formal, embora possível, também tornariam a leitura e o entendimento mais árduos, embora reforçassem o ponto de vista.

Recorremos então ao argumento da experiência e da possível utilidade pública, para justificar o uso genérico e simplificado de informações, não estritamente atrelado a aspectos formais, para apresentá-los conforme serão expostos a seguir.

É provável que, pelas razões citadas, questões como as que serão mencionadas nunca apareçam nas publicações acadêmicas, tamanhas as amarras a que podem estar submetidos estes trabalhos. Sem falar na dificuldade ou impossibilidade de acesso a certas informações, por vezes inexistentes até mesmo em inquéritos policiais. As evidências colhidas podem ser insuficientes para os requerimentos do caso particular.

Exemplificando: não é incomum que anônimos, sem evidências em mãos, mas portadores de relatos verossímeis e contendo várias informações, que em parte virão a ser confirmadas, procurem um auditor durante uma fiscalização. Nestas situações, o interlocutor comenta (ficção): foi receber um pagamento junto a certa entidade pública, daí foi orientado a receber o respectivo valor junto a uma entidade privada - embora não tenha sido contratado por esta, buscou a entidade, esta negociou redução do valor original, além de emissão de recibo com valor muito superior ao que foi efetivamente pago, com o que este aquiesceu, de modo a manter as relações de clientela e para garantir a sobrevivência e prosperidade do próprio negócio. Na ausência de testemunhas termina o relato e então desaparece. Episódios assim até podem nortear os trabalhos de fiscalização, quando obtidos tempestivamente, mas jamais farão parte de algum relatório.

Considerando o exposto, opinamos que vale à pena correr o risco de infringir certas regras acadêmicas. Mesmo apresentadas deste modo, o uso destas idéias pode ser de grande utilidade enquanto norteador de trabalhos a serem realizados por outras instituições, a exemplo dos Ministérios Públicos. E também pode auxiliar a diminuir o hiato entre o dever ser e o ser. Portanto, prossigamos.

Dentre os princípios constitucionais costumeiramente ofendidos pelas práticas irregulares de maus gestores públicos, constatadas em relatórios da CGU, destacamos a inobservância aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, trazendo conseqüências nefastas ao interesse público.

A Inobservância ao princípio da isonomia pode ser relativa às potenciais entidades competidoras ou, ainda, relativa ao pessoal que desempenhará funções de natureza pública, equiparáveis aos servidores públicos. Em ambos os casos, os efeitos nocivos da sua inobservância vão muito além de questões meramente formais.

Em situações à semelhança da operação Pathos, relatada no início do trabalho, além da inexistência de documentação de suporte para comprovação de despesas, ou seja, ausência de recibos ou notas fiscais (embora isto hoje pareça tender a se tornar mais incomum, pelo motivo que explicaremos), existe a utilização de documentação inidônea, o pagamento de serviços ou compras não realizados, ou que não estão de acordo com as especificações, ou, ainda, realizados mas desnecessários, ou não inteiramente alinhados ao interesse público, além de superfaturamento ou sobre-preço.

O que se afirma é que hoje tornou-se mais difícil detectar certas irregularidades, pois geralmente existe a documentação utilizada com fins de prova dos pagamentos. Embora possam não corresponder à realidade dos atos praticados pelos gestores. Sob o aspecto formal

as prestações de contas podem até estarem perfeitas, mas estão longe de corresponder à realidade.

Questões assim vão muito além da mera verificação das formalidades legais. O que está em questão são fatores como a moralidade, licitude, legitimidade, necessidade, eficácia, eficiência e efetividade dos gastos, dentre outros. Ou seja, envolvem, inclusive, avaliar e discutir a discricionariedade dos atos de gestão.

É preciso atentar para um fenômeno que poucos estão se apercebendo, e que decorre da estreita proximidade que tenderá a existir entre o gestor público e o contratado ou parceiro de sua escolha: hoje, apesar de ainda numerosos, vão se tornando incomuns os desvios de recursos de forma direta e desavergonhada, nos quais a Polícia Federal investiga, apreende documentos, obtém provas documentais e prende acusados.

Afinal, para que arriscar ser flagrado em irregularidades de fácil visibilidade se você pode ser favorecido pelo administrador público corrupto, num contrato ou termo de parceria sem licitação, obtendo ganho fácil a ser repartido mediante formas engenhosas? As finalidades podem ser várias, como o enriquecimento ilícito, o nepotismo ou o financiamento de campanhas políticas. Tudo menos o interesse público como prioridade.

A título de exemplo:

a) Uma entidade é beneficiária de uma dispensa de licitação para prestar um serviço de consultoria, ou quem sabe de publicidade, cujo valor de mercado é difícil de mensurar (senão impossível, por inexistir detalhamento dos produtos ou serviços no projeto básico) e cujo produto pode ser intangível;

b) Presta a consultoria (ou supostamente o faz) e então emite um recibo de qualquer valor, até mesmo destaca os impostos, tudo isso para fazer jus ao pagamento;

c) Em razão do conluio com o administrador improbo, o recibo e nota fiscal terão valor (geralmente) muito acima do preço de mercado, ou mesmo se cobrará indevidamente por algo que não foi realizado;

d) A diferença entre o valor pago e o valor de mercado, ou mesmo a totalidade do pagamento, constituirão para eles os ganhos ou lucros – ou qualquer outro termo que venha a ser usado;

e) Não será difícil se apropriar deste ganho. Há gestores que realizam pagamentos mediante “saque na boca do caixa”, usando o jargão popular. Garante a sim a parte que lhe considera devida.

Mas, conforme o caso e na eventual hipótese de existência de controles, tal lucro pode estar travestido na forma de um superávit financeiro, por exemplo, os quais são valores que de uma forma ou de outra não serão aplicados na finalidade pública. Como tais entidades são ditas “sem fins lucrativos”, não podem contabilizar lucros. Mas podem contabilizar superávit financeiro.

Pergunta-se então: se estas mantêm parcerias exclusivas com a Administração Pública, se não possuem receita própria - ao menos que justifiquem saldos financeiros crescentes, se os recursos deveriam ser integralmente investidos em benefício do interesse público, como podem ter superávit financeiro?

É com tais recursos que serão pagos elevados salários, ou bolsas, ou qualquer outro benefício ou termo que se utilize, em favor de dirigentes e contratados pela entidade, a custos quase sempre superiores àqueles que seriam possíveis mediante competição entre proponentes, ocasião esta em que a eficiência ganha relevância. Não é qualquer funcionário público, muito menos da iniciativa privada, que recebe remunerações tão régias.

É bom lembrar que, nas referidas hipóteses de dispensa de licitação, as entidades beneficiárias são, supostamente, sem fins lucrativos e deveriam estar a serviço do interesse social.

França (2005) ressalta a incompatibilidade entre serviço público e finalidade lucrativa e que, se o particular realiza atividade vinculada à ordem social, com intuito lucrativo, estará desenvolvendo atividade econômica, sujeita aos princípios do direito privado. Este autor admite a possibilidade de cobrança pelas prestações do Terceiro Setor ao cidadão, limitada à remuneração de pessoal e investimento na expansão e melhoria dos serviços.

Mas observe-se que não existem regulamentos nem controles estabelecidos para seleção, remuneração e desempenho do pessoal do Terceiro Setor, pago com recursos públicos, tampouco existem referenciais e controles sobre a cobrança e uso de recursos públicos que serão destinados à expansão e melhoria dos serviços por essas entidades privadas, muito menos no tocante à eficiência, eficácia e efetividade na aplicação destes recursos. Seriam necessárias regras análogas àquelas aplicáveis à Administração Pública.

Entretanto, as pessoas envolvidas em irregularidades na gestão de recursos públicos não têm compromisso com a destinação destes recursos e o seu uso eficiente em benefício dos mais necessitados e da sociedade como um todo.

O usufruto privado dos ganhos ocorrerá, como foi dito, na forma de generosa remuneração para dirigentes, bem como dos inúmeros empregos sem concurso público nas entidades privadas beneficiadas. Estas que foram contratadas para a realização de atividades de natureza pública e remuneradas com recursos públicos. Muitas vezes sem prestar os serviços, podendo fazê-los de forma ineficaz ou mais onerosa, mas favorecendo afilhados, correligionários e protegidos do grupo político da vez.

E assim os recursos públicos vão se perdendo em caminhos tortuosos e sombrios, chegando poucos ou nenhum aos que deveriam ser os seus verdadeiros destinatários. Questionamos se não seria melhor a transferência direta aos cidadãos necessitados: seriam estabelecidos tetos para cada finalidade, o cidadão (principal interessado) selecionaria e contrataria ele mesmo os serviços, e a Administração Pública efetuaria os pagamentos, mediante comprovação das prestações, além do controle sobre os resultados. Os bons serviços tenderiam a prosperar e os maus a desaparecerem.

Lembremo-nos que as entidades (ou seus projetos) escolhidas sem seleção pública pelo gestor não necessariamente são idôneas, ou servidas por pessoas capazes, nem oferecem qualquer garantia de economicidade, eficiência ou atingimento da finalidade pública.

Também é importante lembrar que questões essenciais como a especificação e detalhamento do gasto, a pesquisa de preço, o atestado de recebimento dos serviços ou produtos, as provas documentais do seu fornecimento, dentre outros, freqüentemente são considerados mera formalidade e excessos legais. Mas a inobservância das leis, que deveria ser tratada como crime, termina por beneficiar aquele que deixa de fornecer os documentos exigidos pela lei. Afinal, para que produzir provas que podem incriminá-los, se a não prestação de contas em estrita conformidade com as leis pode ser muito mais compensadora?

Diante de casos como estes parece existir uma abordagem de enfrentamento promissora, já aplicável sistematicamente aos municípios mas não às entidades do Terceiro Setor, baseada em pressupostos de ações de controle caracterizadas pela simplicidade e em busca de avaliação da efetividade e não simplesmente da formalidade e da legalidade. Estas, em essência, estavam presentes na concepção do Projeto de Fiscalização dos Municípios por Sorteio Público da CGU, a partir da gestão do Ministro Valdir Pires: O objeto existe? Atingiu a sua finalidade? Sem esquecer dos aspectos economicidade e eficiência na aplicação dos recursos públicos.

Citamos Valle (2008), segundo a qual existe uma falsa dicotomia entre controle por processos e controle por resultado. A implementação de ações de controle tendo em vista estes dois aspectos implica em certas dificuldades, mas é viável. Irá beneficiar-se da integração e colaboração entre instituições, inclusive entre diferentes esferas governamentais, e também dos servidores que procurem ir além do cumprimento mecânico dos procedimentos de auditoria.

As questões discutidas no presente tópico destacam as práticas na gestão de recursos públicos que não só constituem ilegalidades, mas ocorre em detrimento da saudável competição entre atores sociais, fornecedores de serviços ou de bens, a qual estimularia o desenvolvimento de competências e a eficiência das organizações, contribuindo para o bem-estar social, para o desenvolvimento da economia e do país e, ainda, reduzindo os preços de mercado. Além disso, o direcionamento na escolha dos parceiros e das contratadas tende a impedir que seja alcançado o objetivo de contratar a proposta mais vantajosa para a administração pública, almejando a consecução do interesse público, o que é mais provável quando há competição.

Fatores assim compõem o chamado “custo Brasil”, além de contribuir sobremaneira para o desgaste da imagem das instituições públicas, das organizações sociais e para enfraquecimento destas e descrença dos cidadãos no Estado e nestas instituições.

Os governos usualmente compram mais caro, fazendo muito menos do que é possível com as vultosas somas de recursos públicos arrecadados, produto de uma elevada carga tributária. E esta, por sua vez, tem seus efeitos nocivos para a economia e para a sociedade. Eis uma visão geral do que podemos denominar ciclo vicioso.

Não se pode confundir princípio da subsidiariedade e subvenção social com o que vem sendo praticado em termos de contratação direta mediante dispensa de licitação. Se por um

lado é necessária a assistência social e o fomento das iniciativas de grupos sociais idôneos, isso não legitima o favorecimento de certos grupos ou entidades, tampouco a aplicação de vultosas somas de recursos públicos de forma descomprometida com princípios do Estado Democrático de Direito, tais como a efetividade, a eficiência, a isonomia e a moralidade.

Há inúmeras exceções na Lei de Licitações e Contratos, permitindo a contratação direta sem licitação de instituições ou pessoas, quando a lei deveria apenas contemplar algumas poucas circunstâncias de natureza impessoal que podem requerer a exceção legal.

Deste modo, tais dispensas são injustificáveis, apesar da permissividade da lei, haja vista o seu mau uso corriqueiro. Além do mais, devem ser considerados os benefícios possíveis na hipótese de viabilidade de competição entre prestadores de serviços e fornecedores de bens, ou mesmo entre entidades filantrópicas que perseguem fins sociais análogos, quer mediante licitação ou ainda por meio do concurso de projetos ou propostas e, porque não, mediante orçamento participativo. Qualquer forma pública de cotejamento e seleção de propostas, de forma transparente e segundo critérios impessoais.

Por fim, veja-se o caso das irregularidades na contratação direta de shows em Pernambuco e outras partes do Brasil, noticiadas nos jornais: embora em princípio não tenham sido OS, OSCIP ou Fundações de Apoio as contratadas que praticaram irregularidades, foram empresários contratados diretamente – supostamente representantes exclusivos de artistas, também supostamente consagrados pela crítica ou pelo público, tudo isso ao livre arbítrio do gestor.

Há casos de shows que foram pagos e possivelmente não foram realizados ou shows que custaram muito mais caro para a administração pública do que outros shows realizados pelos mesmos artistas em exibições privadas e, ainda, conforme denúncia publicada no Jornal do Commercio, um show de um artista conhecido que custou R\$ 80 mil, quando estes cobravam

em média R\$ 20 mil por seus shows (Medeiros Neto, 2009). Além do uso de contratos de “representação exclusiva” dos artistas, com validade apenas para aquele show. Uma grande ironia, para não dizer escárnio com a inteligência coletiva.

O exemplo anteriormente citado é uma afronta de grande desfaçatez, onde sequer há preocupação em esconder a imoralidade. Algo que só é possível mediante o conluio entre agentes públicos e empresários, sendo possível imaginar até mesmo o envolvimento de artistas, que não deveriam ignorar os detalhes das transações realizadas por seus empresários.

Assim, a permissividade legal no tocante às transferências de recursos a entidades privadas sem procedimento concorrencial, não só favorecem situações tais quais as mencionadas, como também são uma porta aberta para a corrupção e para o desvio de recursos públicos.

E isto se torna ainda mais fácil quando o gestor público pode escolher à sua discrição o contratado, o parceiro ou o conveniado: alguém do qual possa se aproximar e negociar livremente, até mesmo transações escusas e o conluio. Contando ainda com a certeza de que o benefício próprio geralmente supera a chance e o ônus de eventual punição.

5 CONCLUSÃO: A TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS AO TERCEIRO SETOR COM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, FAVORECE O DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E CAUSA PREJUÍZO SOCIAL.

A inobservância dos princípios constitucionais para transferência de recursos públicos às entidades privadas do terceiro setor em geral está relacionada a inúmeras irregularidades na gestão destes recursos, nos mais diversos programas e esferas governamentais, conforme ficou demonstrado a partir de registros decorrentes da atuação da Controladoria Geral da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Dentre os princípios desrespeitados ressaltamos os princípios ligados à licitação e correlatos.

É falaciosa a visão de incompatibilidade entre atendimento às demandas sociais, parcerias do Terceiro Setor com a Administração Pública e sujeição dessas aos princípios constitucionais, especialmente no tocante à seleção dos parceiros e seus projetos, bem como em relação à prestação de contas e atuação dos órgãos de controle.

A agilidade e eficiência na gestão de recursos públicos por intermédio de entidades privadas são perfeitamente compatíveis com os princípios da legalidade, da eficiência, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, dentre outros. Aliás, entidades privadas não sujeitas a regras análogas de governança tendem a não prosperar. A diferença residirá no tocante às finalidades: enquanto umas terão como finalidade o interesse privado, aquelas que se dispõem a perseguir o interesse coletivo com o uso de recursos públicos devem se submeter às mesmas exigências às quais está sujeita a Administração Pública.

Necessário se faz editar as leis e aperfeiçoar os mecanismos de controle para mitigar as más práticas de gestão ligadas à transferência de recursos ao Terceiro Setor. Também é necessário favorecer a competição e a seleção de projetos e de entidades que se tornarão parceiras da administração pública e serão beneficiárias de recursos públicos, bem como para a contratação de serviços e bens para atendimento ao interesse público.

No tocante à aplicação de recursos públicos, devem ser exigidos critérios de isonomia e impessoalidade na contratação de pessoal terceirizado, assim como observância da economicidade e compatibilidade com os valores de mercado na remuneração de dirigentes e pessoal das entidades privadas beneficiárias.

Devem ser observados os preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto às despesas de pessoal mediante transferência de recursos para gestão pelo Terceiro Setor, tendo em vista que expressiva parcela destes recursos poderá ser destinada à remuneração de pessoal que desempenhará funções de natureza pública, como é o caso da terceirização de serviços públicos.

As normas e os instrumentos para formalização da relação entre a Administração Pública e o Terceiro Setor devem prever mecanismos que coíbam a burla à legislação fiscal, previdenciária e trabalhista.

Finalmente, a legislação de licitações e contratos, bem como as normas que regulamentam a transferência e gestão de recursos públicos pelo Terceiro Setor, devem contemplar, de forma inequívoca, além da Isonomia, os princípios constitucionais da Administração Pública insculpidos na Constituição Federal, dos quais destacamos aqueles do artigo 37: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

REFERÊNCIAS

- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de fundação por dispensa de licitação: aplicação do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 7, n. 76, abr. 2008. Parecer. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=53103>>. Acesso em: 12 maio 2010.
- AGUIAR, Ubiratan. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e os limites impostos à Administração Pública. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 20-23, set. 2008.
- ALGO MAIS. Responsabilidade Social, Zilda Arns também ajudou os pernambucanos. **Algo Mais**, Recife: SMF/TGI, Ano 4, n. 47, p. 40-42, Fev. 2010.
- ALGO MAIS. Orquestra Criança Cidadã dos Meninos do Coque forma crianças e adolescentes na arte da música. **Revista Sim!**, 2010. Disponível em: <http://www.revistasim.com.br/asp/imprimir_popup.asp?idtexto=4887&idsecao=12>. Acesso em: 14 maio 2010.
- ARRUDA, Inácio. Marco regulatório e o desafio de aperfeiçoar o Terceiro Setor. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 10-11, set. 2008.
- BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 jul. 1999. Seção 1, p. 1.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1, p. 8269.
- BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998. Seção 1, p. 8.
- BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Seção 1, p. 1.
- BRUNO, Reinaldo Moreira. A Transferência de Recursos Públicos para a Iniciativa Privada à Luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Biblioteca Digital Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 31, mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=49965>>. Acesso em: 12 maio 2010.
- CICONELLO, Alexandre. Origens e Perspectivas das Ongs no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 04-07, set. 2008.
- Controladoria Geral da União. Relatório de Fiscalização nº 00029 da CGU, 2005. Disponível a partir de <<http://www.cgu.gov.br/sorteios/index1.asp>>. Acesso em: 18 mar. 2010.
- Controladoria Geral da União. Relatório de Fiscalização nº 00904 da CGU, 2006. Disponível a partir de <<http://www.cgu.gov.br/sorteios/index1.asp>>. Acesso em: 09 mar. 2010.

DA PAZ, Jailson. PF investiga desvio de recursos do PSF. **Diário de Pernambuco**, Recife, 21 jan. 2010. Caderno Brasil, página A10.

GAZETA DO POVO. ONG chega a gerir 46% do orçamento de saúde. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 22 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=946975&tit=ONG-chega-a-gerir-46-do-orcamento-de-saude>>. Acesso em: 17 maio 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta via instituição sem fins lucrativos. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=6472>>. Acesso em: 12 maio 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano. Contratação direta sem licitação e seu caráter de excepcionalidade. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 5, n. 56, ago. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=36679>>. Acesso em: 12 maio 2010.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Biblioteca Digital A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62558>>. Acesso em: 12 maio 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões Sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Biblioteca Digital Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 34, nov. 2005 Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51930>>. Acesso em: 12 maio 2010.

INTERFILMES. Quanto vale ou é por quilo? **Interfilmes**, 2010. Disponível em <[http://www.interfilmes.com/filme_15155_Quanto.Vale.Ou.E.Por.Quilo.-\(Quanto.Vale.Ou.E.Por.Quilo.\).html](http://www.interfilmes.com/filme_15155_Quanto.Vale.Ou.E.Por.Quilo.-(Quanto.Vale.Ou.E.Por.Quilo.).html)>. Acesso em: 11 maio 2010.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo. Dispensa de licitação às entidades sem fins lucrativos. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55274>>. Acesso em: 11 maio 2010.

MARTINS, Paulo Haus. Convênios com entidades da Sociedade Civil: entre a lei e os atos administrativos (Decretos, INs e Portarias). **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 12-17, set. 2008.

MEDEIROS NETO, Manoel. Oposição denuncia superfaturamento na área de turismo. **Jornal do Commercio**, Recife, 25 nov. 2009. Caderno Política, p. A1.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações & Contratos**. 8. ed., Belo Horizonte: DelRey, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: Reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 33-48, set. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=6194>>. Acesso em: 11 maio 2010.

PASTORAL DA CRIANÇA. Biografia da Dra. Zilda Arns Neumann. Disponível em <http://www.pastoraldacrianca.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=364:biografia-da-dra-zilda-arns-neumann&catid=58:falecimento-dra-zilda->. Acesso em: 14 maio 2010.

PEREIRA, Potyara A. P., “A Política Social no Contexto da Seguridade Social e do Welfare State: a particularidade da Assistência Social” in revista Serviço Social e Sociedade n°56, São Paulo, Cortez, 1998.

PEREIRA, Tatiana Dahmer. Recursos Públicos, Estado brasileiro e Sociedade Civil: uma contribuição da Associação Brasileira de ONGs (ABONG). **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 18-19, set. 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e Probidade na Parceria entre Estado, OS e OSCIP: Apontamentos sob a perspectiva dos Princípios e Normas Regentes das Licitações e Contratações Administrativas (Parte I). **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, Ano XXII, n. 10, p. 945-959, out. 2009a.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e Probidade na Parceria entre Estado, OS e OSCIP: Apontamentos sob a perspectiva dos Princípios e Normas Regentes das Licitações e Contratações Administrativas (Parte II). **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 11, p. 1037-1052, nov. 2009b.

RESENDE, Tomáz de Aquino. A necessidade do velamento do Ministério Público pelas atividades das organizações de direito privado sem fins lucrativos, inclusive das associações. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=53685>>. Acesso em: 12 maio 2010.

RIBEIRO, Marcelo Simas. As Ongs e o Controle Externo. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 50-64, set. 2008.

RIZOTTI, Maria Luiza Amaral et al. Poder público e investimento para a assistência social no município de Londrina. **Serviço Social em Revista**, Londrina, Universidade Estadual de

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 440. Processo nº 017.883/2007-0. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Decisão unânime. Brasília, 02/02/2010a. Disponível a partir de <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario?cmbTipoPesquisa=ACOR>>. Acesso em 09 fev. 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 114. Processo nº 020.848/2007-2. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Decisão não unânime. Brasília, 03/02/2010b. Disponível a partir de <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario?cmbTipoPesquisa=ACOR>>. Acesso em 09 fev. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. 21ª Vara Federal. Acórdão nº 403604-PE. APELAÇÃO CÍVEL (AC) Nº 403604/PE (2005.83.00.016469-9). Ação Civil Pública nº 0016469-04.2005.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Decisão unânime. Recife, 20/01/09. DJ de 11/02/09, p.220-309. Disponível a partir de <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 10 mar. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. 10ª Vara Federal. Acórdão nº 403604-PE. APELAÇÃO CÍVEL (AC) Nº 349292/PE (2003.83.00.014926-4). Ação Civil Pública nº 2003.83.00.014926-4. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Decisão unânime. Recife, 26/04/07. Disponível a partir de <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 10 mar. 2010.

VALLE, Vanice Lírio do. Terceiro Setor e Parcerias com a Administração Pública: Desafios ao Controle. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 39, p. 24-32, set. 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias entre a administração pública e o terceiro setor: os contratos de gestão e os termos de parceria firmados pelas organizações sociais de interesse público. **Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 179-201, jul./dez. 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidades do “terceiro setor”: Estado, ordem social e privatização. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 6, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49619>>. Acesso em: 11 maio 2010.

WIKIPEDIA. Quanto vale ou é por quilo? **Wikipedia**, 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Quanto_Vale_ou_%C3%89_por_Quilo%3F>. Acesso em: 11 maio 2010.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP. **Biblioteca Digital Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55480>>. Acesso em: 11 maio 2010.