

# Terceiro Setor e o Direito Administrativo

## Ponto n. 9 - Controle Administrativo: controle externo



**PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**

---

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
São Paulo (SP), 10 de outubro de 2016.

# Sumário de aula

1. Breves noções introdutórias do controle externo
  2. Controle do Tribunal de Contas
  3. Controle jurisdicional
  4. Controle do Ministério Público
  5. Controle social
-

# **1. Breves noções introdutórias do controle externo**

---

# 1. Breves noções introdutórias do controle externo

**“tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a ‘res publica’ e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional. É essa responsabilidade jurídica pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo.”** (BRITTO, 2001:11-12)

## Fundamentos do controle externo do Terceiro Setor:

- Manuseio e gestão de recursos públicos
- Utilização e gerenciamento de bens públicos e servidores públicos
- Natureza das atividades de relevância pública prestadas pelas entidades

**“a partir do momento em que o Estado reconhece um segmento de organizações da sociedade civil como utilidade ou interesse público, conseqüentemente cria uma relação privilegiada com essas organizações, que se concretiza em uma maior facilidade de acesso a recursos públicos de forma direta ou indireta”** (CICONELLO, 2004:63)

# **2. Controle do Tribunal de Contas**

---

## ***Tribunal de contas: instituição independente***

O controle legislativo é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, na forma prevista nos arts. 70 a 75 da CF. (OLIVEIRA: 2015).

“O Tribunal de Contas é **instituição estatal independente**, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73,§3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo.” (MEDAUAR: 2015). Apesar da nomenclatura “tribunal” e da atribuição de “julgar contas”, o Tribunal de Contas **exerce função administrativa** de natureza técnica, razão pela qual **a validade de seus atos pode ser apreciada pelo Poder Judiciário**. (OLIVEIRA: 2015).

## ***Controle do Tribunal de contas***

“A fiscalização contábil, financeira e orçamentária será exercida pelo Tribunal de Contas a partir de três critérios:

- a) legalidade:** exame da compatibilidade formal do ato com a lei;
  - b) legitimidade:** adequação do ato com os princípios consagrados no ordenamento jurídico (juridicidade); e
  - c) economicidade:** relação de custo-benefício da medida adotada.” (OLIVEIRA: 2015).
-

# Competências do Tribunal de contas em relação ao Terceiro Setor

## Constituição Federal

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - **julgar as contas dos administradores e demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

## Prestação de contas

### Constituição Federal

Art. 70. (...) Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.**

VI - **fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União** mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; [...]

VIII - **aplicar aos responsáveis**, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as **sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;**

### Há duas espécies de processo de contas:

1. **Prestação ou tomada de contas ordinária e extraordinária; e**
2. **Tomada de contas especial (TCE).**

O TCU adotou o entendimento no sentido da obrigatoriedade de as entidades sem fins lucrativos receptoras de recursos públicos **prestarem contas ao parceiro público e este, por sua vez, quando assim previsto, deverá:** a) **apresentar relatório da gestão** (art. 3º, § 5º, IN 63/2010); ou b) **englobar em sua própria prestação de contas ao TCU o resultado das parcerias realizadas** (art. 2º, § 2º, IN 63/2010); ou c) **apresentar informações sobre as transferências de recursos públicos realizadas** (art. 12 da IN TCU nº 63/2010). (SCHOENMAKER, 2009: 187).

# **3. Controle jurisdiccional**

---



## **Noção e características do controle jurisdicional**

“A expressão controle jurisdicional da Administração abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração.” (MEDAUAR: 2015).

Características:

- a) **Externo**;
- b) Em regra, *a posteriori*, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva;
- c) Desencadeado por **ajuizamento de ações** (a jurisdição é inerte);
- d) Efetuado pelo Judiciário **inafastável** (art. 5º, XXXV da CF) e dotado de **independência** (art. 2º da CF).

No Brasil, adota-se o **sistema de jurisdição una**: “o julgamento dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízes e tribunais comuns. Admitem-se vara especializadas (que não significam justiça especial), mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição.” (MEDAUAR: 2015).

---

# **Amplitude do controle jurisdicional: posicionamentos**

## 1º Posicionamento: **controle restrito:**

- O controle se circunscreve à legalidade, entendida também de modo restrito;
- Impossibilidade de ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo (separação de poderes);
- No controle do ato administrativo, o Judiciário aprecia somente matéria relativa à **competência, forma e licitude do objeto. Não adentra ao mérito.**

## 2º Posicionamento: **controle amplo:**

- O controle ultrapassa à legalidade em sentido estrito, alcançando também a legitimidade (juridicidade, princípios jurídicos);
- No controle do ato administrativo, o Judiciário analisa o **motivo** (teoria dos motivos determinantes) e a **finalidade** (teoria do desvio de poder), além juridicidade do ato (moralidade, razoabilidade, proporcionalidade etc).

**Meios de controle jurisdicional:** *Habeas corpus, Habeas data, Mandado de injunção, Mandado de segurança individual e coletivo, Ação Popular e Ação Civil Pública.*

---

# **4. Controle do Ministério Público**

---

## Constituição Federal

Art. 129. São **funções institucionais do Ministério Público**:

II - **zelar pelo efetivo respeito** dos Poderes Públicos e **dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia**;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, **para a proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

## Código Civil

Art. 66. **Velará pelas fundações o Ministério Público** do Estado onde situadas.

## Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)

Art. 14. **Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente** para que seja instaurada **investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade**.

Art. 17. **A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada**, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§4º **O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei**, sob pena de nulidade.

“mesmo não recebendo qualquer valor patrimonial derivado dos cofres públicos em razão daquela relação (v.g. convênio sem repasse de bens e valores), **a entidade particular será tutelada pela Lei de Improbidade** (...). Basta verificar a existência de relação jurídico-administrativa travada por determinada entidade para sobre ela incidir o regime sancionatório constitucional e legal da conduta de seus agentes (...) **em função da finalidade a ser perseguida**” (OLIVEIRA, 2008:171)

# 5. Controle social

---

## **Controle social**

“Nesse sentido, em muitos trabalhos recentemente escritos (Di Pietro, 1998, Bresser Pereira, 1998, Cunill Grau, 1996, Loureiro e Fingerhann, 1992), **pode-se identificar que o termo controle social tem se referido à possibilidade de atuação dos grupos sociais (sociedade civil) por meio de qualquer uma das vias de participação democrática no controle das ações do Estado e dos gestores públicos**”(SILVA, 2002:26)

“para que **o controle social funcione é preciso conscientizar a sociedade de que ela tem o direito de participar desse controle; é preciso criar instrumentos de participação**, amplamente divulgados e postos ao alcance de todos. Enquanto o controle social não fizer parte da cultura do povo, ele não pode substituir os controles formais hoje existentes” (DI PIETRO, 1998)

## **Mecanismos de controle social nas parcerias com o Terceiro Setor**

### **Lei Federal n.º 9.637/98 (Organizações Sociais)**

**Participação de entidades representativas da sociedade civil no conselho de administração** da organização social (art. 3., II) (**controle social por meio de representação em órgãos colegiados**)

### **Lei Federal n.º 9.790/99 (OSCIP)**

**Conselho de Políticas Públicas** - Art. 10. (...) §1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo. (**controle social por meio de conselhos públicos**)

### **Lei Federal n.º 13.019/14 (MROSC)**

**Conselho de Políticas Públicas** (instância consultiva e fiscalizatória) (art. 2.º, IX e art. 60)

**Conselho Nacional de Fomento e Colaboração** (instância consultiva) (art. 15)

**Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMI** (art. 18)

## Acórdão n.º 788/2006-TCU-Plenário

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. **determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido** no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5.º, inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma web que permita o acompanhamento on-line de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão”

## Acórdão n.º 2066/2006-TCU-Plenário

9.2. **determinar ao Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para viabilizar a transparência necessária ao controle social, disponibilize**, em sua página na rede mundial de computadores, **as informações relativas aos títulos jurídicos sob sua responsabilidade (Registro e Cebas)**, incluindo o CNPJ, o nome da entidade, a atividade de interesse social desenvolvida (...) e formulário destinado ao registro de denúncias;

9.3. **determinar ao Ministério da Justiça que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, para complementar as informações atualmente fornecidas e viabilizar efetivamente o controle social, disponibilize** em sua página na rede mundial de computadores **a atividade de interesse social desenvolvida pela entidade qualificada como Oscip ou de Utilidade Pública Federal**, a data de sua fundação (...) e formulário destinado ao registro de denúncias”

## Lei Federal n.º 13.019/2014

A **Administração Pública deverá manter, em seu site oficial na internet, a relação das parcerias** celebradas com as organizações da sociedade civil e dos respectivos planos de trabalho (art. 10).

Nos casos de dispensa e inexigibilidade do chamamento público, **a Administração Pública deverá publicar a justificativa das razões de não ter realização o processo de seleção**, no prazo de cinco dias antes da formalização da parceria (art. 32, §1.º).

**Publicação da nomeação do gestor, a designação das comissões de seleção e de monitoramento e avaliação** (art. 2.º).

**Disponibilização de manuais** para as organizações da sociedade civil, de modo a garantir boas orientações sobre os procedimentos da parceria, especialmente sobre a prestação de contas (art. 63).

## Referências bibliográficas

- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 9, dezembro, 2001.
- CICONELLO, Alexandre. O conceito legal de público no Terceiro Setor. In. Eduardo Szazi (org.). Terceiro Setor: Temas Polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e Terceiro Setor. In: ADRI, Renata P.; PIRES, Luis M.F.; ZOCKUN, Maurício (Coords.); et. Al. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 161-192.
- SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. In Prêmio Serzedello Corrêa 2001: Monografias vencedores: perspectivas para o controle social e a transparência da administração pública/Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.
- SCHOENMAKER, Janaina. Controle das parcerias entre o estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009