

CAPÍTULO 1

TERCEIRO SETOR: DIREITO E REALIDADE

1. A expressão “terceiro setor” e outras correlatas: significados. 2. O terceiro setor no Brasil: complexidade e diversidade. 3. O fomento estatal ao terceiro setor. 4. O controle da administração pública fomentadora. 5. O controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. 5.1. Controle *do quê*. 5.2. Controle *por quem*? 5.3. Controle *como* e *com quais finalidades*? 5.4. Em síntese. 6. O direito vigente em matéria de controle do fomento estatal ao terceiro setor. Conclusão.

1. A expressão “terceiro setor” e outras correlatas

A expressão “terceiro setor” designa o conjunto de entidades que não fazem parte nem do mercado (“primeiro setor”) nem do Estado (“segundo setor”), mas de uma terceira seara da vida em sociedade. Nesta seara, os agentes realizam atividades de interesse público, sem, no entanto, almejam o lucro como o fazem os agentes de mercado, e sem, tampouco, integrarem o aparelho do Estado como ocorre com os órgãos e entidades governamentais. O uso da expressão disseminou-se no Brasil e no mundo, a ponto de tornar-se lugar comum na literatura das ciências políticas e sociais e rivalizar com outras denominações empregadas para designar o mesmo fenômeno.¹

¹ Um panorama das expressões encontradas na literatura, especialmente a norte-americana (mas não só), para designar este universo de organizações e atividades – “terceiro setor”, “setor sem fins lucrativos”, “setor do voluntariado”, “setor das organizações não-governamentais (ONGs)”, “setor independente”, “setor das entidades das isentas de tributação”, “setor das instituições filantrópicas ou de caridade”, “dos comuns” e “das organizações não-proprietárias” –, pode ser encontrado no livro de Peter FRUMKIN, *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, pp. 10-16. Nele, o professor da *Kennedy School of Government* da Universidade de Harvard aponta os períodos históricos em que cada uma dessas expressões esteve em evidência, as principais razões que motivaram o seu emprego, bem como as virtudes e imperfeições de cada qual. Constata, em suma, que o processo de busca de um único termo para designar esta esfera de atividades tem sido longo e conflituoso, que cada um dos termos já disseminados tem a sua própria bagagem histórica e política e que o debate terminológico continua ainda hoje. Na sua avaliação, isto se deve, nalguma medida, à diversidade de atividades a serem cobertas, seja qual for o termo escolhido. Sugere que conhecer este debate é importante, de todo modo, pois ele serve para ilustrar o escopo do setor, mesmo que “...a defesa definitiva de qualquer termo em particular seja impossível”. Cf. *ibid.*, p. 10.

No Brasil, o terceiro setor costuma ser identificado, mais precisamente, como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, não estatais, sem fins lucrativos e voltadas à persecução de finalidades de interesse público. É este também o significado com que a expressão segue empregada nesta tese.

Um aspecto marcante das entidades do terceiro setor, no sentido assinalado, reside na circunstância de que são entidades que se dedicam a finalidades de interesse público. Atuam, em suma, em prol de interesses públicos. Este aspecto costuma ser realçado para o fim de distingui-las das ditas “entidades de benefício mútuo”, que, embora não estatais, privadas e sem fins lucrativos, têm por missão a promoção de interesses de um grupo exclusivo de associados – como é o caso, geralmente, dos clubes recreativos. Dessa forma, apartam-se, de um lado, as “entidades de benefício mútuo”, cuja clientela restringe-se aos seus associados e, de outro, as “entidades de benefício público”, ou do terceiro setor, que têm como clientela o público em geral.

A diferenciação não está isenta de dificuldades, já que nem sempre é fácil a distinção entre a entidade que atua em benefício de seus associados e aquela que tem clientela incerta. Como alertou Joaquim FALCÃO, por mais que seja de benefício público, uma entidade faz sempre seleção de sua clientela. E com o passar do tempo, “... no dia-a-dia operacional, a clientela vai ficando cada vez menos incerta e cada dia mais selecionada. A entidade de benefício público, por motivos operacionais, tende a se assemelhar mais e mais à entidade de benefício mútuo.”² A distinção, portanto, não é infalível. Todavia, em que pesem as possíveis dificuldades na sua aplicação prática, tem sido adotada para circunscrever o universo do terceiro setor ao das entidades consideradas de benefício público.

Também é freqüente no Brasil o uso a expressão “organizações não-governamentais”, ou ONGs. O uso da expressão difundiu-se mundialmente a partir dos anos 70 do século passado e, ainda hoje, permanece popular em diversos países. Peter FRUMKIN especula a razão desta popularidade mundial do termo, especialmente em países em desenvolvimento:

² *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 171.

“O que é interessante sobre o termo ‘não-governamental’ é o fato de que ele define estas organizações independentes em oposição ao governo, em vez de em oposição às empresas de negócio. Uma possível explicação para a popularidade do termo internacionalmente é o poder e a dominação que o estado usufrui em vários países em desenvolvimento e a relativa ausência de uma oposição organizada. O setor é então definido como aquele que não é parte do estado, em vez de como aquele que não está orientado para fins lucrativos. Esta escolha também reflete, implicitamente, o papel opositor de organizações não-governamentais locais, as quais realmente desafiam governos e exigem-lhes que prestem contas.”³

Independentemente deste seu viés de definir-se por oposição ao governo, a expressão ONG, tal como usualmente empregada, assemelha-se à de terceiro setor na medida em que tanto uma quanto a outra servem para designar entidades que partilham os traços de não pertencerem à estrutura governamental, serem organizações privadas, não terem finalidade lucrativa e terem por missão alguma atividade de interesse público. Sem embargo, as ONGs não raro são vistas como mero subconjunto do terceiro setor – não o seu todo. É assim que as vê, por exemplo, Simone de Castro Tavares COELHO, para quem as ONGs corresponderiam a uma fração do terceiro setor constituída por organizações criadas recentemente e dedicadas a atividade de interesse público estreitamente ligada a algum aspecto da cidadania; corresponderiam, em suma, àquela fração constituída por organizações mais modernas e dedicadas à promoção da cidadania.⁴

A distinção entre as ONGs e o restante do terceiro setor também pode ser encarada como uma expressão da classificação entre entidades “assistencialistas”, de um lado, e entidades “político-mobilizadoras”, de outro, que seriam as ONGs. Os diferenciais entre “assistencialistas” e “político-mobilizadoras” seriam muitos, todos bem sintetizados por

³ *On Being Nonprofit: A Conceptual and Policy Primer*, pp. 11-12.

⁴ Com efeito, em sua obra *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, fruto de tese de doutoramento defendida na USP sob a orientação de Ruth Cardoso, Simone de Castro Tavares COELHO identifica esta peculiaridade do universo das ONGs no Brasil. Sustenta que “ONGs” é uma denominação que expressa certa “carga de valores positivos ligados à cidadania” (*ibid.*, p. 64) e observa, ainda, que “...quando pesquisadores e ativistas utilizam o termo ‘organização não-governamental’ estão se referindo a *uma parte ou subconjunto* dessas entidades [as do terceiro setor] – aquelas mais modernas, voltadas para defesa da cidadania.” *Ibid.*, p. 65. Aponta, para ilustrar essa diferenciação, que várias entidades da Região Metropolitana de São Paulo, dedicadas à educação infantil e investigadas em sua pesquisa, não se identificaram como ONGs, embora apresentassem todos os traços característicos de entidades do terceiro setor. *Cf. ibid.*, p. 67.

Joaquim FALCÃO.⁵ É suficiente destacar aqui, apenas como ilustração, três dos diferenciais apontados pelo jurista: *i*) as “assistencialistas” são “mais antigas, criadas, sobretudo, até a década de 70”; *ii*) “não pretendem representar politicamente seus públicos-alvo”; e *iii*) “atuam nos seguimentos clássicos da assistência social, como creches, asilos, hospitais e esportes, ou no setor de artes e cultura, através de fundações”. Já as “político-mobilizadoras” são: *i*) “mais jovens, surgem basicamente a partir dos anos 70, na luta pela redemocratização e pelos direitos humanos”; *ii*) pretendem, sim, “representar politicamente e defender os direitos de seus públicos-alvo perante governos”; e *iii*) “atuam com meios e em áreas mais politizadas, como assessoria e consultoria, defesa de direitos e de minorias, combate à desigualdade socioeconômica, mobilização comunitária e ecologia”.⁶ É na categoria das “político-mobilizadoras” que parece enquadrar-se o universo das ONGs.

De qualquer forma, é preciso reconhecer que resta um tanto nebulosa a linha demarcatória do subconjunto das ONGs dentro do conjunto mais amplo do terceiro setor. Por vezes, as expressões são empregadas de maneira intercambiável, sem preocupação com eventuais distinções de alcance, como se ONGs e terceiro setor fossem a mesma coisa.

Vale observar que também é comum, no Brasil, o uso da expressão “instituições filantrópicas” ou “benéficas”, também para designar universo semelhante, mas não idêntico, ao das entidades do terceiro setor. A expressão realça a essência da missão dessas entidades, que seria a de servir, com compaixão ou desinteressadamente, ao próximo. Seu uso, porém, é inconveniente para designar todo o universo de entidades do terceiro setor, não apenas pela dificuldade de surpreender-se na realidade concreta esta carga psicológica de compaixão ou desinteresse que a filantropia quer designar, mas, sobretudo, pelo fato de o direito brasileiro já ter reservado expressões como “entidade com fins filantrópicos”, “instituições filantrópicas” ou “entidade benéfica de assistência social” para a designação de um universo mais restrito de entidades, que não esgota a variedade de organizações do

⁵ Sobre a lista completa de traços diferenciais, cf. *Democracia, direito e terceiro setor*, pp. 166-168.

⁶ *Ibid.*, p. 167.

terceiro setor.⁷ Tudo isso torna o universo subjacente à expressão “instituições filantrópicas” e outras variantes algo difícil de se delimitar, talvez uma mera fração do terceiro setor também.

Ainda é comum no Brasil o uso da expressão “entidades privadas sem fins lucrativos”. A expressão traz a dificuldade de reportar-se a um universo muito grande de entidades, bastante variadas entre si. Tem alcance mais amplo que a expressão terceiro setor, pois refere indistintamente as entidades de benefício mútuo e as de benefício público. Reúne sob a mesma designação entidades paraestatais, como o são várias autarquias profissionais no país, com entidades verdadeiramente da iniciativa privada, sem fins lucrativos. De resto, a dificuldade de precisar-se a abrangência da expressão não é sentida só no Brasil; nos Estados Unidos é difícil precisar-se o alcance, também, de sua correspondente na língua inglesa, “*nonprofit organizations*”⁸

O que se pode concluir deste breve passeio pela terminologia utilizada para a designação do setor que não representa o mercado, tampouco o Estado, mas um universo singular, é que o debate terminológico com vistas a melhor designá-lo persiste ainda hoje no mundo e, também, no Brasil. Diante deste cenário de multiplicidade de nomenclaturas e significados, torna-se importante reconhecer qual a acepção ou significado de cada expressão no contexto em que é empregada. O uso de todas as denominações, em princípio, é possível, desde que esclarecido o seu significado – sobretudo nos discursos que almejam alto coeficiente de precisão.

⁷ Trata-se do universo das *organizações de assistência social*, assim denominadas na Lei de Organização da Assistência Social (Lei 8.742/93, também referida como LOAS). Cada uma dessas organizações pode pleitear, ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), a sua certificação como “Entidade Beneficente de Assistência Social”, que até pouco tempo era chamado de certificado de “Entidade de Fins Filantrópicos”.

⁸ Marion R. FREMONT-SMITH, que é professora de *Harvard* e uma das maiores especialistas no direito norte-americano das *nonprofit organizations*, afirma que a nomenclatura jurídica empregada para referir-se às diversas organizações sem fins lucrativos é confusa e torna-se ainda mais confusa pelas variadas tentativas de se descrever todo o seu universo. Observa que, em reconhecimento à circunstância de que tais organizações constituem parte da economia americana não controlada seja pelo mercado, seja pelo governo, por vezes elas são referidas nos Estados Unidos como “terceiro setor”, “setor independente”, “setor filantrópico” ou da “sociedade civil”. Mas reconhece que, em países que não os Estados Unidos ou o Reino Unido, a denominação “organizações sem fins lucrativos ou ONG” é comumente empregada. Cf. *Governing nonprofit organizations: federal and state law and regulation*, p. 4.

O uso da expressão terceiro setor nesta tese segue uma tendência recente de estudos científicos no país, inclusive na área jurídica, que a utilizam. É feita com o sentido já assinalado. Mas isto se faz com consciência de algumas das dificuldades que pode gerar (como a de diferenciação perante entidades de benefício mútuo). Além disso, tem-se consciência de que não se trata de expressão definida pela legislação brasileira (ao menos, não se tem notícia de seu emprego nalguma lei do país).

O que se pode observar no ordenamento jurídico brasileiro são raras alusões à expressão “não-governamentais”.⁹ Prevalece, nele, o uso da expressão “entidades privadas sem fins lucrativos”, a qual congrega, como visto, não apenas entidades caracterizáveis como do terceiro setor ou de benefício público, mas também as conceituáveis como de benefício mútuo. O direito brasileiro confere, em certa medida, tratamento uniforme a todas elas.

Há quem critique este tratamento relativamente uniforme.¹⁰ Os debates que conduziram à reforma da legislação setorial nos anos 90 parecem ter sido influenciados por críticas do gênero e marcados pela preocupação de conferir-se maior acesso a transferências de recursos estatais a entidades de benefício público. É o que se nota a partir das leis resultantes da reforma, que instituíram as qualificações de OSCIP e OS e miraram, justamente, as entidades de benefício público, em detrimento das demais. Ambas as leis acenaram para estas entidades com a previsão de que, uma vez qualificadas, poderiam celebrar parcerias com o

⁹ Tais como a do art. 227, § 1º., da Constituição Federal, que, ao instituir o direito à proteção especial da criança e do adolescente, prevê o correlato dever da família, da sociedade e do Estado de assegurá-lo, conferindo a este último, em especial, a atribuição de promover “...programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de *entidades não governamentais...*” (itálico acrescentado). A Lei 8.742/93 também constitui exceção, quando, no seu art. 26, que trata do incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza, dispõe que tal incentivo será baseado em articulação entre diferentes áreas governamentais e “...em sistema de cooperação entre organismos governamentais, *não governamentais* e da sociedade civil” (itálico acrescentado).

¹⁰ É o caso, por exemplo, de Simone COELHO, que defende a necessidade de tratamento legal que diferencie entre as entidades de benefício público e as de benefício mútuo (cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, pp. 64; 82-83; 92-93; e 98). Numa de suas passagens mais sintomáticas neste sentido, a autora, tendo comparado as legislações brasileira e norte-americana sobre o terceiro setor, conclui: “Em ambos [os países, Brasil e Estados Unidos] são colocadas no mesmo saco realidades bem diferentes. Uma primeira providência concreta seria separar as entidades que têm como meta o bem público daquelas que visam a atender os interesses de seus associados, instituidores ou controladores.” *Ibid.*, p. 98. Vale o registro, todavia, de que há no direito norte-americano o *Revised Model Nonprofit Corporation Act*, chancelado pela *American Bar Association* em 1987 e utilizado como modelo para a legislação de diversos estados-membros da federação. Tal lei-modelo subdivide as corporações sem fins lucrativos em três tipos: as *de benefício público*, as *de benefício mútuo* e as *religiosas*. A cada tipo confere certo grau de tratamento jurídico especial. A respeito do tema, cf. o **capítulo 12** desta tese.

Estado e receber recursos em transferência. Ainda que não tenham se valido da expressão terceiro setor, as duas leis tiveram como alvo o terceiro setor, procurando direcionar-lhe medidas de fomento estatal.¹¹

Mas ainda que o direito brasileiro tenha passado, a partir daquela reforma, a articular-se um pouco mais em torno da idéia de terceiro setor (sem empregar a expressão explicitamente, é verdade), permanece como eixo referencial das normas em vigor, acima de tudo, a alusão a “entidades privadas sem fins lucrativos”. Parece estar em curso, isto sim, uma mudança lenta e gradual, em que o terceiro setor, constituído pelas entidades de benefício público, vai pouco a pouco recebendo um tratamento jurídico especial.

O importante neste processo (e o mais difícil) é realizar algum esforço para que sejam bem identificadas as regras e os princípios jurídicos cuja aplicabilidade convém estender-se a todo o setor privado sem fins lucrativos, de um lado, e as regras e princípios que serviriam apenas ao novo foco legislativo – o terceiro setor –, de outro. Por exemplo: proibir a distribuição de superávit entre fundadores, associados, dirigentes ou empregados de uma associação ou fundação é regra que merece aplicação a toda e qualquer entidade privada sem fins lucrativos, não devendo restringir-se apenas ao terceiro setor; por outro lado, criar-se uma credencial apenas para as entidades do terceiro setor, que sirva para canalizar-lhes parcela mais expressiva do fomento estatal, já é medida de alcance restrito (o terceiro setor), que tem a sua justificativa. Enfim, há de se pensar quais normas convém aplicar ao setor privado sem fins lucrativos em geral e quais, por outro lado, conviria aplicar apenas ao terceiro setor. A crítica à legislação brasileira como um todo, por nem sempre mirar o terceiro setor em particular ou por oferecer um tratamento uniforme a entidades variadas, é vazia. Afinal, é preciso saber, ao menos, qual a regra que se está criticando e o porquê da impropriedade de ela alcançar muitas ou poucas entidades. Este esforço de identificação, contudo, não parece estar em curso no debate brasileiro contemporâneo; nele se dissemina a idéia de que é preciso um “marco legal” ou “estatuto jurídico para o terceiro setor”, sem, no entanto, um refinamento

¹¹ Ainda que a Lei das OS, consoante se discutirá oportunamente, tenha mirado também entidades privadas oriundas do aparelho do Estado, talvez mais próximas das paraestatais do que do terceiro setor.

desta avaliação, que aponte exatamente quais as regras que precisam ser cunhadas apenas para o terceiro setor e quais se aplicariam a toda a iniciativa privada sem fins lucrativos.

Independentemente dos debates terminológicos e da produção legislativa contemporâneos, é certo que apenas três tipos de pessoas jurídicas podem reunir os traços característicos de uma entidade do terceiro setor. Com efeito, a aquisição da personalidade jurídica no direito brasileiro – isto é, da existência como *sujeito de direitos*, capaz de, em nome próprio, exercer direitos e contrair obrigações – é disciplinada pelo Código Civil (Lei 10.406, de 10.1.2002). De acordo com o seu art. 44, incisos I a V (alterado pela Lei 10.825, de 22.12.2003), as pessoas jurídicas de direito privado, independentemente de terem finalidade lucrativa ou não, podem ser de cinco espécies: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. Considerando-se que os partidos políticos têm uma relação muito peculiar com o governo, voltando-se a guiar a máquina governamental, eles costumam ser excluídos do universo do terceiro setor.¹² As sociedades, tendo fins lucrativos, também ficam de fora deste universo. Restam então as *associações, fundações e organizações religiosas*, que podem ser consideradas “entidades privadas sem fins lucrativos”, mas, mesmo assim, ainda não se confundem por completo com o universo do terceiro setor. Apenas as que perseguem fins de interesse público a ele pertencem.

2. O terceiro setor no Brasil: complexidade e diversidade

Complexidade e diversidade são notas características do terceiro setor na atualidade – tanto no Brasil como no mundo.

A complexidade do terceiro setor se manifesta, por exemplo, pelo fato de as organizações que o compõem perseguirem interesses públicos e privados. O seu compromisso com interesses públicos é mais evidente, revelando-se tanto na sua persecução de objetivos prestigiados por toda a sociedade como na sua abstenção da persecução de propósitos

¹² É o que observa Simone COELHO, ao examinar a literatura que trata do modelo que distingue o mercado, o governo e o terceiro setor. Cf. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, p. 40.

lucrativos. Já o seu compromisso com interesses privados (isto é, que beneficiam a si mesmas de imediato, ainda que mediatamente devam beneficiar a sociedade) pode revelar-se, por exemplo, quando almejam reconhecimento social (para o seu trabalho ou o trabalho de seus fundadores, dirigentes ou qualquer um de seus quadros); também pode estar presente quando buscam acesso a recursos econômicos disponibilizados por doadores públicos ou privados (ainda que tais recursos devam ser transformados em serviços à sociedade); quando buscam superávits (ainda que para serem destinados ao cumprimento de seus objetivos estatutários); ou mesmo quando buscam eficiência na condução de seus negócios (ainda que tais negócios estejam a serviço do público). Toda esta complexidade do terceiro setor parece contribuir, de alguma maneira, para que o seu tratamento normativo também tenha a sua complexidade. As organizações que o integram se submetem a normas de Direito Público e de Direito Privado. Por pertencerem à esfera privada têm sua organização interna estabelecida por normas de Direito Privado, como o Código Civil, e usufruem os direitos ordinariamente reconhecidos aos agentes da iniciativa privada; de outro lado, por desempenharem atividades de interesse público devem observância a normas de Direito Público, que regem o exercício destas atividades. Além disso, ao beneficiarem-se de alguma espécie de fomento público, também se sujeitam às normas de Direito Público que regem este fomento.

A diversidade do terceiro setor, para além da sua complexidade, revela-se na medida em que nele convivem entidades riquíssimas com entidades pobres; entidades de bairro com entidades multinacionais; entidades economicamente auto-sustentáveis com entidades sem mínima sustentabilidade econômica; entidades profissionalizadas com outras de caráter experimental ou amador; entidades sujeitas a regimes jurídicos especiais em função de medidas de fomento estatal com entidades que, por não gozarem de fomento do Estado, ficam alheias à disciplina do fomento.

Neste quadro de contrastes, há também esteriótipos. Talvez um esteriótipo marcante de entidade do terceiro setor no Brasil ainda seja o daquela desprovida de recursos econômicos significativos, sem inserção no mercado, desprofissionalizada, posta em ação exclusivamente na base do voluntariado e da abnegação de seus integrantes, todos comprometidos com alguma missão de caridade com viés religioso, cuja esfera de influência é restrita a uma comunidade

local. Em suma, riqueza econômica, profissionalismo, eficiência, compromisso com a cidadania e impacto em grande escala não são notas típicas do esteriótipo da entidade do terceiro setor no país. Mas basta um olhar mais atento para esta realidade que o esteriótipo torna-se vivamente contestável. Questioná-lo é tanto mais importante quanto, para além de alcançar-se um retrato mais fidedigno da realidade, viabiliza-se, com os questionamentos, um juízo mais adequado acerca de quais as políticas públicas e qual o tratamento normativo necessários às entidades do terceiro setor.

Existem hoje, felizmente, levantamentos de dados sobre o terceiro setor no Brasil que podem auxiliar quem queira contestar esteriótipos (ou redefini-los), ou mesmo livrar-se de preconceitos sobre as organizações do setor. Tais dados podem ser muito úteis, também, para a necessária tarefa de cotejo entre o direito vigente e a realidade que o conforma e é por ele conformada. De fato, a busca pelo conhecimento da realidade do setor no país começa a ser empreendida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com organizações privadas sem fins lucrativos. O IBGE já publicou pelo menos três levantamentos setoriais importantes, a saber: a pesquisa *FASFIL 2002*, divulgada em 2004;¹³ a pesquisa *FASFIL 2005*, divulgada em 2008 (mencionada na **introdução** desta tese); e a pesquisa *PEAS 2006*, divulgada em 2007.¹⁴

¹³ Divulgada em 2004, a *FASFIL 2002* apresenta dados – como o próprio nome esclarece – referentes ao ano de 2002 e é a abreviação para o estudo: BRASIL, IBGE, *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2002*. Trata-se de pesquisa realizada pelo IBGE em conjunto com o IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas), e, ainda, com duas proeminentes organizações não-governamentais atuantes no país, a ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais) e o GIFE (Grupo de Institutos Fundações e Empresas). Tal pesquisa foi pioneira neste tipo de levantamento no país. Considerando a disponibilidade do Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), do IBGE, apenas a partir do ano de 1996, e, ainda, considerando o fato de que tal cadastro constituía a fonte primária da pesquisa, a *FASFIL 2002* procurou comparar os dados apurados em 2002 com os referentes a 1996. Traçou, assim, um retrato da evolução do universo associativo e fundacional brasileiro de 1996 a 2002.

¹⁴ Divulgada em 2007, a *PEAS 2006* apresenta dados referentes ao ano de 2006, e é a abreviação para o estudo: BRASIL, IBGE, *As Entidades de Assistência Social Privadas Sem Fins Lucrativos no Brasil 2006* (estudo também referido pelo próprio IBGE como *Pesquisa das Entidades de Assistência Social sem Fins Lucrativos 2006*). O estudo encontra-se disponível no portal do IBGE na Internet, no endereço <http://www.ibge.gov.br>. Trata-se de pesquisa que apresenta um “quadro geral das entidades de assistência social privadas e sem fins lucrativos em todo o Território Nacional, selecionadas através do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, do IBGE, que se declararam como prestadores de serviços de assistência social.” *Ibid.*, Apresentação. Tal quadro geral foi levantado com o objetivo de “...fornecer aos órgãos gestores de políticas públicas informações detalhadas sobre a oferta destes serviços no Brasil, visando a subsidiar a implantação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, com informações sobre os serviços prestados, possibilitando uma melhor orientação para os investimentos estratégicos, inclusive no que se refere à capacitação de recursos humanos e subsídios de regulação da qualidade dos serviços.” *Ibid.*, Introdução.

Dentre os levantamentos mais abrangentes, o mais recente é a *FASFIL 2005*, que apresenta dados, justamente, do ano de 2005. Tal como a anterior (a *FASFIL 2002*), ela tomou por base o Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), do IBGE, que congrega todas as organizações inscritas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), do Ministério da Fazenda, e que declararam ao Ministério do Trabalho e Emprego, no ano de referência, exercer atividade econômica no território nacional.¹⁵ O CEMPRE abrange três grandes grupos de entidades: o das entidades da administração indireta do Estado brasileiro, o das organizações privadas com fins lucrativos e o das organizações privadas sem fins lucrativos.¹⁶ A frequência de atualização do CEMPRE é anual. No terceiro grande grupo – o das organizações privadas sem fins lucrativos – estavam cadastradas 601.611 organizações no ano de 2005. Destas foi selecionado um grupo de organizações mais específico, a partir da aplicação de cinco grandes critérios: “serem privadas, sem fins lucrativos, institucionalizadas, auto-administradas e voluntárias.”¹⁷ Este grupo, formado por instituições registradas no CEMPRE que atendiam simultaneamente a estes cinco critérios, era formado por 338,2 mil instituições em 2005 (universo apontado na **introdução** deste trabalho).¹⁸ É este o universo com o qual a *FASFIL 2005* trabalhou. De fato, foi este universo – identificado a partir da aplicação dos cinco aludidos critérios ao banco de dados CEMPRE, de 2005 – que recebeu da *FASFIL 2005* o apelido de universo das “Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos – FASFIL”.

¹⁵ Cf. BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 58 (“Notas Técnicas”).

¹⁶ Cf. *ibid.*, p. 58 (“Notas Técnicas”).

¹⁷ *Ibid.*, p. 58. Esses critérios de seleção são lembrados nas “Conclusões” da pesquisa. Seus significados, formas de aplicação e, inclusive, a fonte de inspiração para que fossem eleitos estão esclarecidas na seção “Notas Técnicas”. Quanto à fonte de inspiração, vale aqui o registro: “Perseguindo o objetivo de construção de estatísticas comparáveis internacionalmente, optou-se por seguir adotando como referência para definição das FASFIL a metodologia *Handbook on Non-Profit Institutions in the System of National Accounts* (Manual sobre as Instituições sem Fins Lucrativos no Sistema de Contas Nacionais) elaborado pela Divisão de Estatísticas das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopkins, em 2002.” *Ibid.*, p. 12.

¹⁸ *Ibid.*, p. 21 (“Notas Técnicas”, conforme dados da “Tabela 3 – Número de Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”).

Mas a *FASFIL 2005* não se limitou a apurar o número de entidades integrantes do universo associativo e fundacional brasileiro naquele ano.¹⁹ A pesquisa foi além – tal qual a sua predecessora, a *FASFIL 2002* – e ocupou-se de apurar “...quantas são, onde se localizam, quando foram criadas, o que fazem, quantas pessoas empregam e quanto remuneram.”²⁰ Estas seis perguntas permearam, portanto, todo o estudo realizado.

No essencial constatou-se que, no ano de 2005, as 338,2 mil FASFIL situavam-se, em sua maior parte (42,4%), na Região Sudeste do Brasil.²¹ Apresentavam idade média de 12,3 anos, tendo sido criadas, em sua maior parte (41,5%), na década de 1990.²² Mais de um terço delas (35,2%) dedicava-se à defesa de direitos e interesses dos cidadãos.²³ Empregavam ao todo, aproximadamente, 1,7 milhão de pessoas registradas como trabalhadores assalariados.²⁴ Apresentavam uma média de 5,1 pessoas ocupadas assalariadas por entidade (embora esta média obscurecesse profundas disparidades por região e por área de atuação).²⁵ Aliás, na sua imensa maioria (79,5%, ou 268,9 mil entidades) não possuíam “...sequer um empregado

¹⁹ É certo, diga-se de passagem, que saber quantas são as entidades do gênero já foi uma contribuição importante num país que fizera este abrangente levantamento pela primeira vez apenas em 2002 (por meio, justamente, da *FASFIL 2002*, cujos resultados vieram ao conhecimento público com a sua publicação em 2004).

²⁰ BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 9 (“Introdução”).

²¹ Nesta localização regional as entidades tendiam a acompanhar a distribuição da população, já que na mesma Região Sudeste viviam 42,6% dos brasileiros. Cf. *ibid.*, p. 22 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 4 – Distribuição, Absoluta e Relativa, das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e da população total, segundo Grandes Regiões e Unidades da Federação – 2005”).

²² Cf. *ibid.*, p. 24 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 5 – Distribuição das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e do pessoal ocupado assalariado, segundo faixas de ano de fundação – Brasil – 2005”).

²³ Sob o propósito de defesa de direitos e interesses dos cidadãos congregavam-se as “...*Associações de moradores, Centros e associações comunitárias, Defesa de direitos de grupos e minorias, Desenvolvimento rural, Emprego e treinamento, Associações empresariais e patronais, Associações profissionais, e Associações de produtores rurais e Outras formas de desenvolvimento e defesa de direitos.*” *Ibid.*, p. 25 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 7 – Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, total e participação percentual, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”).

²⁴ Como registra a *FASFIL 2005*, “[e]ste contingente representa 22,1% do total dos empregados na administração pública do País e 70,6% do total do emprego formal no universo das 601,6 mil entidades sem fins lucrativos existentes no CEMPRE 2005.” *Ibid.*, p. 33.

²⁵ Os analistas do IBGE destacam estas disparidades: “Enquanto, por exemplo, os *Hospitais* contam com uma média de 174,1 trabalhadores, nas entidades que compõem o grupo *Religião* e nas do grupo de *Desenvolvimento e defesa de direitos* a média se restringe a 1,4 trabalhador por entidade. Por Grande Região, a média de trabalhadores assalariados nas FASFIL do Sudeste (6,8) é maior que o dobro da verificada no Nordeste (2,9).” *Ibid.*, p. 37 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 14 – Número médio de pessoal ocupado assalariado das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, por Grandes Regiões, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – 2005”).

formalizado...”, como destacaram os analistas do IBGE.²⁶ A média salarial dos seus trabalhadores formalizados era de 3,8 salários mínimos por mês (ou R\$ 1.094,44 por pessoa/mês, considerado o valor médio mensal do salário mínimo, em 2005, de R\$ 286,67).²⁷ Só em salários, o universo das FASFIL envolvia naquele ano recursos da ordem de R\$ 24,3 bilhões.²⁸

Destaque-se, relativamente à questão específica de desvendar-se “o que fazem”, que a *FASFIL 2005* trabalhou com dez categorias de atividades principais possíveis. Assim, apurou os seguintes números aproximados de entidades por setor, em ordem decrescente: **93,7 mil** entidades (ou aproximadamente um quarto do total) voltavam-se a ações de cunho religioso, e por isso foram classificadas sob a rubrica “**religião**”;²⁹ **60,2 mil** atuavam na área de “**desenvolvimento e defesa de direitos**”; **58,7 mil** classificavam-se como “**associações patronais e profissionais**”; **46,9 mil** atuavam na área de “**cultura e recreação**”; **39,3 mil** na área de “**assistência social**”; **19,9 mil** na área de “**educação e pesquisa**”; **4,4 mil** na área de “**saúde**”; **2,5 mil** na área de “**meio ambiente e proteção animal**”; **456** na área de “**habitação**”; e, finalmente, **21,5 mil** entidades restantes classificavam-se sob a rubrica “**outras organizações privadas sem fins lucrativos**”.³⁰

²⁶ BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 38 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 15 – Distribuição, relativa e absoluta, das Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos e do pessoal ocupado assalariado – Brasil – 2005”).

²⁷ Se considerada a média de remuneração dos trabalhadores de todas as instituições registradas no CEMPRE – privadas lucrativas, privadas não-lucrativas e governamentais – naquele mesmo ano, que foi de 3,7 salários mínimos por mês, a média salarial do terceiro setor foi superior à geral. *Ibid.*, p. 43 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 19 – Pessoal ocupado assalariado, salários e outras remunerações e salário médio mensal das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005.”)

²⁸ *Ibid.*, p. 43 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 19 – Pessoal ocupado assalariado, salários e outras remunerações e salário médio mensal das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005.”)

²⁹ É importante esclarecer que tal contingente congregava organizações voltadas diretamente à administração de serviços religiosos ou rituais, e não organizações religiosas atuantes noutras áreas, como a prestação de serviços de saúde e educação. Veja-se o esclarecimento do próprio IBGE neste sentido: “Encontram-se agrupadas nessa categoria as entidades que administram diretamente serviços religiosos ou rituais, incluindo: ordens religiosas, templos, paróquias, pastorais, centros espíritas, dentre outras. As demais instituições de origem religiosa que desenvolvem outras atividades e que têm personalidade jurídica própria (hospitais, colégios, creches, por ex.) estão classificadas de acordo com sua atividade fim. Por outro lado, cabe assinalar que essas entidades, para além de desenvolverem atividades confessionais, ocupam novos espaços de debate e deliberação de políticas públicas, como os conselhos, conferências e grupos de trabalhos governamentais.” *Ibid.*, p. 27, nota de rodapé nº. 7.

³⁰ *Ibid.*, p. 21, “Tabela 3 – Número de Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 2005”.

A pesquisa *FASFIL 2005* ainda se ocupou da comparação dos dados de 2005 com os existentes sobre os dois anos de referência anteriores, de 1996 e 2002, apurados na *FASFIL 2002*. No essencial apurou que houve um crescimento do número de entidades, durante os dez anos transcorridos de 1996 a 2005, da ordem de 215,1% (como assinalado na **introdução** deste trabalho). O ritmo de crescimento foi mais acelerado no período de 1996 a 2002, quando houve um crescimento da ordem de 157%, do que no período mais recente, de 2002 a 2005, quando houve um crescimento da ordem de 22,6%.³¹ Houve ritmos desiguais de crescimento por tipos de entidades.³² Manteve-se a tendência de crescimento mais acentuado daquelas voltadas à área de desenvolvimento e defesa de direitos e interesses dos cidadãos, que foi da ordem de 302,7% de 1996 a 2002, e de 33,4% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem 437,4% de 1996 a 2005. Também se mantiveram na dianteira do ritmo de crescimento as entidades voltadas ao meio ambiente e à proteção animal, as quais cresceram 309% de 1996 a 2002, e 61% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem de 558,6% de 1996 a 2005. No extremo oposto – o das áreas com ritmos de crescimento mais lentos – figurou a da saúde, cujo número de organizações cresceu 55,8% de 1996 a 2002, e 17,5% de 2002 a 2005 (um crescimento da ordem de 83,2% de 1996 a 2005). Acompanhou a área da saúde, neste extremo das que menos cresceram, a de educação e pesquisa, cujo número de organizações cresceu 114% de 1996 a 2002, e 14% de 2002 a 2005 – o que correspondeu a um crescimento total da ordem de 143,9% de 1996 a 2005.

Dessas comparações surge a síntese a respeito do fenômeno do crescimento do terceiro setor no período recente (e do seu ritmo), apontada pelos analistas do IBGE nas conclusões da *FASFIL 2005*:

“Resumindo, a evolução recente das FASFIL indica que essas instituições continuam crescendo no Brasil, ainda que em um ritmo menos acelerado nos três últimos anos. (...) Os dados sinalizam, ainda, que o crescimento diferenciado entre os diversos tipos de organizações refletiu-se em uma

³¹ BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 46 (“Análise dos Resultados”, conforme dados da “Tabela 21 – Evolução das Entidades constantes no Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, em números absolutos e variação percentual – Brasil – 1996/2005”).

³² Os dados subseqüentes, referentes ao crescimento por áreas de atuação das entidades, foram todos extraídos de BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 48 (“Tabela 22 – Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos, em números absoluto e relativo e variação percentual, segundo classificação das entidades sem fins lucrativos – Brasil – 1996/2005”).

mudança na sua composição, crescendo a representatividade do conjunto de instituições voltado para a defesa de direitos e interesses dos cidadãos.”³³

Portanto, em que pese uma redução de ritmo nos últimos anos, a tendência ainda é de crescimento do número de entidades do gênero no Brasil. E as variações nesse ritmo de crescimento, conforme a área de atuação considerada, só vêm evidenciar a diversidade característica do setor, convidando os interessados no “Direito do Terceiro Setor”, que se encontra em plena construção e reforma no Brasil,³⁴ a levarem esta diversidade em consideração.

3. O fomento estatal ao terceiro setor

Se houve avanços significativos, nos últimos anos, com relação ao conhecimento do terceiro setor no país, há muito a avançar ainda com vistas ao conhecimento do fomento estatal que lhe é destinado.

Diagnostica-se que as entidades do setor no Brasil têm um frágil equilíbrio financeiro. Joaquim FALCÃO, comentando pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP) com entidades privadas sem fins lucrativos feita há mais de dez anos, avaliava que, pelo lado da receita, estas entidades tinham dificuldades de captar recursos; pelo lado da despesa, diziam se deparar com encargos estatais excessivos.³⁵ Por isso, ao pensar sobre diretrizes para uma nova legislação do terceiro setor, destacava a necessidade de que esta promovesse a capitalização do setor, concluindo:

³³ BRASIL, IBGE, *FASFIL 2005*, p. 60 (“Conclusões”).

³⁴ Tamanho é o conjunto de normas que dizem respeito às entidades privadas sem fins lucrativos, na atualidade, que se constata vir ganhando corpo, no Brasil, um “Direito do Terceiro Setor”. É o que aponta Gustavo Justino de OLIVEIRA, definindo este ramo jurídico como o “*ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados e não remunerados (voluntariado)*,” “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos”, in: Gustavo Justino de Oliveira (coord.), *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, p. 214.

³⁵ Joaquim FALCÃO, *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 162.

“O problema do setor é seu frágil equilíbrio financeiro. Por isto, mais importante do que mudar ou criar uma ou outra lei concedendo isenções e incentivos, é formular uma legislação que viabilize a capitalização de modo a assegurar a continuidade temporal das entidades. Este, sim, o objetivo principal. Esta é a nossa diretriz.”³⁶

Sugeria, nesta linha, ser inevitável incluir na pauta legislativa a necessidade de decidir se o Estado deveria ou não apoiar financeiramente o setor. Respondia positivamente, no sentido da existência de um dever de apoio financeiro por parte do Estado. Afirmava, categórico:

“A contrapartida oculta desta decisão é saber se o setor pode viver, e se fortalecer, apenas com recursos livres de cidadãos e empresas, depois de pagos os impostos. A resposta internacional é simples. É não. Não sobrevive. E, no entanto, quando focalizamos o atual legislador federal, vemos que grande parte de suas iniciativas recentes é contrária a esta tendência internacional: estão diminuindo isenções e benefícios.”³⁷

Se o setor é financeiramente frágil no Brasil e o Estado tem o dever de apoiá-lo financeiramente, são necessárias avaliações, sim, como a de Joaquim FALCÃO, preocupadas com o que está ocorrendo com o fomento estatal ao terceiro setor no país. Alguma evolução tem se observado, recentemente, nesta matéria da transparência da política estatal de fomento ao terceiro setor, mas ainda há muito a avançar.

Com relação ao fomento pela via das transferências de recursos, são notáveis os avanços consubstanciados na criação e funcionamento dos Portais da Transparência e dos Convênios na Internet. Neles reúnem-se dados sobre o volume de recursos transferidos pela União, ano a ano, a entidades privadas sem fins lucrativos, apontando-se as beneficiárias. Espera-se que a prestação de contas a respeito dos ajustes celebrados com tais entidades e o controle estatal sobre as contas prestadas passem, ambos, a merecer também ampla transparência nesses veículos (especialmente no Portal dos Convênios, como prevê a regulamentação em vigor).

³⁶ Joaquim FALCÃO, *Democracia, direito e terceiro setor*, p. 165.

³⁷ *Ibid.*, p. 158.

Em suma, o fomento estatal ao terceiro setor precisa ser amplamente conhecido, assim como o terceiro setor em si. O auspicioso avanço representado pelas pesquisas *FASFIL* precisa ser continuado, com a realização periódica de novas pesquisas, mas, em paralelo, merecem aprofundamento as medidas já iniciadas no sentido de conferir-se ampla transparência aos repasses de recursos públicos ao setor.

Mas como conhecer o fomento estatal? Onde ele está? Quem o realiza? Como ele ocorre? Essas indagações serão tratadas no **capítulo 2** desta tese.

É possível adotar provisoriamente, antes de maiores detalhamentos, o pressuposto de que cumpre à administração exercer um papel importante, verdadeiramente central, no fomento estatal. É a administração pública quem dispensa, no mais das vezes, as medidas de fomento previstas nas leis orçamentárias e tributárias. A atividade de fomento enfocada neste estudo é a *transferência de recursos públicos*. Estas transferências são feitas, normalmente, por intermédio de contratos firmados entre a administração pública e os respectivos destinatários; a esses contratos pode-se dar o nome de *contratos de parceria*. Existe, assim, indubitavelmente, uma *atividade administrativa de fomento* ou, querendo-se, uma *administração pública fomentadora*.

A *administração pública fomentadora*, como qualquer atividade administrativa, está submetida a controles. Este trabalho trata, exatamente, do controle da *administração pública fomentadora*, quando esta se manifesta pela via da *transferência de recursos públicos*. Vale, então, compreender em que consiste este tema do *controle da administração pública fomentadora* e como parte dele se traduz no objeto da tese, consistente no *controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor*.

4. O controle da administração pública fomentadora

É preciso controlar a administração pública e, por certo, a *administração pública fomentadora*. Ocorre que, embora tipicamente estudado em Direito Administrativo, o capítulo

do *controle da administração pública* é amplo e de difícil sistematização. A legislação pertinente ao assunto é também vasta e bastante fragmentada. Os objetivos, técnicas e órgãos encarregados do controle da administração pública, à luz do direito vigente, também são múltiplos e variados. Some-se o fato de que o fomento constitui uma vertente da ação administrativa do Estado pouco estudada no Brasil. O resultado, enfim, é um enorme desafio: referir, didaticamente, o que seja o *controle da administração pública fomentadora*. Todavia, há de se empreender um esforço neste sentido.

Controlar a administração pública significa, em essência, verificar a conformidade da atuação desta a algo, a um modelo de comparação, a um cânone; é o que aponta Odete MEDAUAR, em estudo dedicado ao tema no início da década de 1990.³⁸ Mas a autora pondera que esta seria mesmo uma *noção essencial*, que para tornar-se completa reclamaria, ainda, outros elementos definidores. Daí que, como resultado final de sua investigação das diversas acepções do termo “controle” na literatura do Direito Administrativo, especialmente a italiana e a francesa, resolve adotar a seguinte definição, que seria aplicável ao contexto brasileiro: “...controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.”³⁹

Veja-se que a definição envolve, para além de uma verificação de conformidade da atuação administrativa a um cânone, um outro elemento-chave, que é a circunstância de o controle necessariamente culminar com a adoção ou proposição de uma medida pelo agente controlador. Noutras palavras, a definição propõe que o exercício do controle envolveria um “...poder de editar medidas em decorrência do juízo que se formou após a verificação

³⁸ *O controle da administração pública*, p. 18. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assim se manifesta: “...pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.” *Direito Administrativo*, p. 599. Veja-se que a garantia de conformidade da atuação da administração pública a um cânone – segundo DI PIETRO, a princípios jurídicos que lhe sejam aplicáveis – é a finalidade essencial do controle. Nesta linha, ainda aduz: “A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.” *Ibid.*, p. 598.

³⁹ *O controle da administração pública*, p. 22.

efetuada.”⁴⁰ Como consequência, algumas atividades que determinados autores consideram “controle” da administração, como pareceres prévios de órgãos consultivos e consultas públicas, não seriam verdadeiras medidas de controle.⁴¹

Nesta tese trabalha-se, todavia, com a conceituação mais ampla de controle da administração pública, segundo a qual controlar é, essencialmente, verificar, ou mesmo promover, a conformidade da atuação desta a um cânone, um padrão, um parâmetro. A opção não se justifica por uma discordância da eventual utilidade de conceituação mais restrita, mas apenas pelo fato de que a noção mais ampla engloba técnicas relevantes para a conformação da atividade administrativa de fomento a balizas jurídicas pré-existentes.⁴² Assim, para os fins desta tese, a consulta pública e os pareceres de Conselhos de Políticas Públicas, por exemplo, são exemplos de técnicas de controle do fomento estatal.

Portanto, ao tratar do controle da atividade administrativa de fomento, esta tese quer se referir à *verificação ou promoção da conformidade da atividade administrativa de fomento às normas que a regem*.

Mas não se cuida aqui de toda e qualquer atividade administrativa de fomento, mas apenas da subvenção ou transferência de recursos. Cuida-se, enfim, do controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor.

⁴⁰ *O controle da administração pública*, p. 22.

⁴¹ A própria autora reconhece esta consequência de sua opção, que é a de tornar mais restrito o âmbito de técnicas que possam ser tidas como de “controle da administração pública”. *Cf. ibid.*, p. 22.

⁴² De resto, cabe reconhecer que mesmo as técnicas por meio das quais os agentes controladores não têm poder de dar a palavra final – como no caso do órgão consultivo, que emite parecer prévio a uma decisão final da administração pública, ou no caso da associação civil, que encaminha proposta em consulta pública previamente à decisão final da administração –, contribuem para que outras instâncias dotadas de poder decisório tomem providências em função de suas manifestações. Contribuem, enfim, para que o controle em sentido estrito aconteça. Dessa forma, decisões finais podem vir a ser tomadas exatamente em razão do juízo manifestado pelo órgão consultivo ou pela associação que opina em consulta pública; quem as tomará, entretanto, será outro agente controlador (não o órgão consultivo ou a associação), este sim com o poder decisório. O sujeito que é consultado oferece, assim, relevante contribuição para atuação de controle, podendo ser encarado, bem por isso, como partícipe do controle, assim como aquele a quem compete dar a palavra final.

5. O controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor

Convém delimitar este objeto, respondendo às questões: trata-se de controle *do quê, por quem, como e com quais finalidades?* Delimitado o objeto em foco, será possível uma visão panorâmica dos textos normativos nele envolvidos.

5.1. Controle *do quê*

O Estado entretém inúmeras relações jurídicas com as entidades do terceiro setor: relações de tributação (impondo-lhes o pagamento de tributos, reconhecendo-lhes imunidades, concedendo-lhes isenções tributárias); relações de cooperação (na execução de programas que contem com a colaboração de entidades privadas sem fins lucrativos); relações de controle (fiscalizando a legalidade e a eficiência das atividades de interesse público desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor e das medidas de fomento que lhes sejam destinadas); entre outras.

Mas uma das relações jurídicas mais significativas entre o Estado e o terceiro setor reside, justamente, na *relação jurídica de fomento*. Ela será examinada detalhadamente no **capítulo seguinte**, cumprindo apenas antecipar, aqui, o seu significado: trata-se de relação jurídica por meio da qual *o Estado promove ou protege, sem o emprego imediato da coação, determinada atividade de interesse público realizada por particulares*.

Para os fins desta promoção ou proteção de atividade desenvolvida por entidade do terceiro setor, o Estado se vale de distintas técnicas. Todas elas têm em comum o fato de que não envolvem o emprego imediato da coação.

Uma técnica de fomento estatal freqüentemente utilizada é a *exoneração tributária* (de que são exemplos as outorgas de imunidade e de isenção tributárias); por meio dela o Estado exonera particulares de certo ônus tributário, com vistas, justamente, a *promover ou proteger atividade de interesse público por estes desenvolvida*. Outra é a *subvenção ou transferência*,

por meio da qual o Estado transfere recursos do erário público a particulares, a fundo perdido, com o objetivo de promover atividade de interesse público por estes desenvolvida.

É sobre esta segunda técnica – a da *subvenção ou transferência* – que se debruça o presente trabalho. Esta técnica também será, tal como a noção mais genérica de fomento estatal, examinada em detalhes no **próximo capítulo**.

Uma importante constatação a ser feita, quando se observa a relação jurídica de subvenção entre o Estado e entidade do terceiro setor, é a de que o *controle* é um aspecto fundamental da relação instaurada. Noutros termos, toda vez que o Estado lança-se ao *fomento*, deve ele simultaneamente preparar-se ao *controle* do fomento que realiza, isto é, à verificação ou promoção da conformidade do fomento com as normas jurídicas que o regem. Explique-se.

Imaginando-se, por hipótese, que a execução de medidas de fomento estatal pudesse ocorrer de maneira totalmente alheia a preocupações com o controle deste fomento – coisa que o direito brasileiro não permite –, bastaria ao Estado decidir-se, por exemplo, pela exoneração de particulares de certa carga tributária, ou, então, por subvencionar-lhes com certa quantia em dinheiro, tudo a título de fomento, e pronto: as medidas de fomento público estariam decididas. A administração pública tomaria as providências necessárias para que a exoneração tributária ou a subvenção financeira acontecessem e, desta forma, o Estado “lavaria suas mãos”, pois teria cumprido sua “função” de fomento estatal. Coisa como essa, como dito, nosso direito não tolera. Por quê? Por diversas razões, entre as quais sobressai a de que tal proceder afigurar-se-ia incompatível como o modelo de Estado de Direito, em que todas as atividades estatais sujeitam-se ao império das leis, devendo, portanto, haver *controle da sua legalidade* (nos termos do art. 1º., *caput* e 37, *caput*, entre outros, da Constituição). Outra razão pela qual tal proceder não encontraria amparo no ordenamento brasileiro reside em que, neste, as atividades estatais que envolvem o dispêndio de recursos públicos ou a sua renúncia, como a atividade estatal de fomento, sujeitam-se a outras constringências jurídicas importantes, para além do controle de *legalidade*, como, por exemplo, aos cânones da *economicidade* e *legitimidade* (nos termos do art. 70, *caput*, da Constituição Federal) e da *avaliação de*

resultados, quanto à eficiência e eficácia (nos termos do art. 74, II, também da Constituição). E há órgãos públicos permanentemente instalados para o exercício deste controle do Estado sobre sua própria atuação fomentadora, pertencentes ao que a Constituição chamou de sistemas de controle interno e externo da administração pública (art. 70, *caput*). Em suma, a atividade estatal de fomento reclama um controle, para fins de verificação da conformidade do seu exercício com todos os esses ditames.

Portanto, ao Estado incumbe não apenas dispensar medidas de fomento aos seus destinatários – fazendo-o acontecer –, mas, sobretudo, cuidar para que o fomento seja exercido em conformidade com as leis e zelar, de um modo geral, pela sua boa execução (isto é, seja executado com atenção a resultados, no momento adequado, sem desperdícios de recursos, etc.). Em suma, *compete ao Estado não apenas realizar o fomento, mas controlar a sua legalidade e boa execução*. De tal modo o controle é reclamado pelo fomento que ambos podem ser compreendidos como “faces da mesma moeda”.

Percebe-se então que, toda vez que o Estado toma medidas de fomento às atividades do terceiro setor, há de se submeter este fomento a algum tipo de controle. Qual será, então, o objeto do controle? Por certo, será o *fomento estatal*. Mas a atividade fomentada é executada por um particular – uma entidade do terceiro setor –, surgindo, por isso, certa dualidade quanto ao objeto do controle. De um lado, cumpre ao Estado controlar os órgãos públicos responsáveis pela administração do fomento. Há que controlar os órgãos públicos que aferem a elegibilidade de um particular para o gozo de uma isenção tributária, assim como os que transferem recursos do erário a um particular para a execução de programa de interesse comum. É o controle do Estado sobre si mesmo. De outro lado, cumpre ao Estado controlar o particular que desempenha a atividade fomentada. Há que controlar a aplicação de recursos públicos pelo particular subvencionado pelo Estado e o desempenho daquele beneficiado por uma renúncia de receitas pelo Estado. Quem o exige é a Constituição: a “aplicação das subvenções” e a “renúncia de receitas” devem se submeter aos sistemas estatais de controle interno e externo da administração pública (*cf.* art. 70, *caput*). Noutros termos, a administração estatal do fomento deve ser controlada, assim como a execução particular da atividade fomentada. Donde a duplicidade do objeto submetido a controle.

É claro que, quando entra em pauta o controle estatal sobre uma atividade desempenhada por particular – mais precisamente, aquele beneficiado por medida estatal de fomento –, surge uma possível tensão. A esfera privada é por excelência a da liberdade e do livre arbítrio e, especialmente, em se tratando de entidades privadas que corporificam valores caros à sociedade, à democracia e, em última análise, ao Estado Democrático de Direito – como os direitos constitucionalmente protegidos de livre associação (art. 5º., XVII a XXI), livre manifestação do pensamento (art. 5º., IV) e livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º., IX) –, como são as entidades do terceiro setor, a liberdade de que desfrutam é ainda mais prezada e acalentada. Verifica-se, então, uma possível tensão entre o controle estatal sobre o que executam estas entidades ao amparo do fomento do Estado e a liberdade de que desfrutam. O controle estatal sobre atividades desempenhadas por entidades que personificam valores tão fundamentais ao Estado Democrático de Direito (e opostos ao autoritarismo) pode, se desvirtuado, vir a flertar com o autoritarismo. Daí a necessidade de se lidar com a possível tensão. Controlar atividades desempenhadas por particular à custa de subvenções e renúncias de receita do Estado é preciso, mas o controle deve cabal observância aos direitos deste. Eis um equilíbrio delicado, mas imprescindível.

Para resumir e responder diretamente à indagação inicial (controle sobre o quê), o controle em pauta neste trabalho é o incidente sobre *as subvenções ou transferências de recursos públicos ao terceiro setor*, as quais têm dois aspectos salientes: de um lado, a administração estatal destas transferências; de outro, a aplicação privada dos recursos transferidos.

5.2. Controle por quem?

Falando-se do controle do fomento estatal ao terceiro setor e, particularmente, do controle do uso da técnica de fomento da subvenção, cabe a pergunta: controle *por quem*? A resposta não é fácil.

São muitos os agentes de controle da maneira pela qual o Estado administra o fomento e, ainda, da maneira pela qual o terceiro setor desempenha as atividades fomentadas. Com efeito, se tomado o critério do *agente controlador*, verifica-se uma grande quantidade de agentes dotados de competências ou direitos de controle da administração pública e, inclusive, da administração pública fomentadora: o Poder Executivo, com destaque para a Controladoria Geral da União (CGU) e os órgãos e entidades da administração repassadores de recursos; o Poder Legislativo, com destaque para as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); o Tribunal de Contas da União (TCU); o Judiciário; o Ministério Público; e os cidadãos e entidades em geral, integrantes da sociedade civil organizada.

A tese não trata sistematicamente de cada um deles. Elege como foco, todavia, conjuntos de normas sob os quais esses agentes interagem. Trata, primeiro, de conjunto de normas pertinentes às subvenções que denomina **Regime Orçamentário-Financeiro**, sob o qual se sobressai a atuação controladora do Poder Legislativo quando da aprovação da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) para cada exercício financeiro. Em segundo lugar, trata de normas atinentes às subvenções consistentes no **Regime de Controle Interno do Poder Executivo**, sob o qual se sobressai a atuação controladora da CGU. Em terceiro lugar, do conjunto de normas atinentes às subvenções consistentes no **Regime de Controle Externo**, sob o qual se destacam as atuações controladoras do TCU e das CPIs. Todos esses três sistemas normativos de controle, por dizerem respeito a toda e qualquer transferência de recursos públicos para o terceiro setor, são chamados **Regimes Gerais**. De outro lado, a tese trata de conjuntos de normas atinentes ao controle do fomento ao terceiro setor que apelida de **Regimes Especiais**; especiais porque dependem de características especiais tanto da entidade receptora da subvenção quanto do contrato de parceria eleito operacionalizá-la. São eles: o **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, o **das Entidades Benéficas de Assistência Social**, o **das Entidades Conveniadas**, o **das Fundações de Apoio**, o **das Organizações Sociais (OS)** e o **das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)**. Em

todos estes seis **Regimes Especiais** destaca-se a atuação controladora do órgão ou entidade da administração pública repassador dos recursos.⁴³

Assim, a tese apresenta esses nove sistemas, ao todo, de controle do fomento estatal ao terceiro setor – três ditos **Gerais** e seis ditos **Especiais**. Considerando-se que, sob cada qual, um órgão ou entidade estatal tem exercido papel de destaque no controle das subvenções (como mencionado, o Legislativo quando da aprovação da LDO, além do TCU, das CPIs, da CGU e dos órgãos e entidades repassadores), reúnem-se os nove sob a denominação de *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*.

Com efeito, se observados de perto estes nove sistemas normativos, instituições do Estado têm exercido certo papel de protagonistas no controle do fomento estatal. Mas é claro que a denominação *controle estatal* é um tanto imperfeita. A atuação de muitas delas é freqüentemente deflagrada por parte de particulares (quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, entre cidadãos, empresas, entidades do terceiro setor e da sociedade civil em geral). Estes peticionam ao Judiciário, solicitando a tomada de medidas judiciais de controle de determinado aspecto da atividade estatal de fomento; representam ao Ministério Público, para que este tome providências em defesa do interesse público, inclusive peticionando ao Judiciário se for o caso; mobilizam-se para o exercício do controle por meio da participação em órgão colegiados da administração pública que estejam incumbidos da concepção ou execução de políticas públicas de fomento; pressionam, sobretudo por meio da imprensa, o Congresso Nacional para a tomada de providências de controle, de modo que o órgão legislativo, como caixa de ressonância da opinião pública, instaura CPIs para fiscalizar fatos relacionados ao fomento estatal ao terceiro setor, por prazo certo; representam ao TCU, solicitando a fiscalização de determinadas parcerias do Estado com o terceiro setor; entre outras iniciativas privadas. O chamado controle social da administração pública, inclusive a fomentadora, vai ganhando destaque à medida que a própria atuação administrativa se torna mais transparente (como é de se esperar numa república). Mesmo assim, considerando-se todo o crescente protagonismo do controle social da administração do fomento estatal, cabe

⁴³ Oportunamente, **neste capítulo**, será feita menção à legislação de regência de cada um desses sistemas classificados como **Regimes Gerais e Especiais**.

reconhecer a existência de instituições de Estado incumbidas de exercer este controle, ainda que de ofício, sem qualquer provocação popular. Daí a opção por cunhar-se um trabalho focado nos mencionados sistemas normativos de controle do fomento que, com diferentes ênfases, têm girado em torno de um controle estatal.

Em resposta direta, enfim, à indagação feita, observa-se que esta tese tem por objeto o controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor realizado sob os nove sistemas normativos de controle apontados, restringindo-se, ainda mais, ao enfoque das atribuições de controle sob eles realizadas pelo Poder Legislativo quando da aprovação das sucessivas LDO, pelo TCU, pelas CPIs, pela CGU e pelos órgãos e entidades repassadores de recursos.

5.3. Controle *como e com quais finalidades?*

Tal qual a atividade de fomento estatal ao terceiro setor, a de controle do fomento estatal ao terceiro setor pode realizar-se por diferentes técnicas. Igualmente, orienta-se para o cumprimento de variados fins.

Partindo do pressuposto de que são indissociáveis as funções públicas de fomento e controle, a **tabela 1.1**, a seguir, ilustra uma possível comparação entre as finalidades e técnicas do *fomento estatal a atividades desenvolvidas pelo terceiro setor*, de um lado, com as finalidades e técnicas do *controle incidente sobre estas medidas de fomento*, de outro.

Tabela 1.1 – Fomento estatal ao terceiro setor e controle do fomento estatal ao terceiro setor: finalidades e técnicas

FUNÇÕES PÚBLICAS	
A) FOMENTO ESTATAL ÀS ATIVIDADES DO TERCEIRO SETOR	
B) CONTROLE DO FOMENTO ESTATAL ÀS ATIVIDADES DO TERCEIRO SETOR	
A) Função pública de fomento	B) Função pública de controle
Finalidades	Finalidades
<ul style="list-style-type: none"> • Promoção ou proteção de certas atividades de interesse público desempenhadas por entidades do terceiro setor 	<ul style="list-style-type: none"> • Legalidade, legitimidade e economicidade • Avaliação de resultados quanto à eficiência e eficácia • Princípios constitucionais e legais da administração pública, como os da publicidade, impessoalidade e motivação
Técnicas	Técnicas
<ul style="list-style-type: none"> • Subvenções • Renúncias de receitas: <ul style="list-style-type: none"> - Imunidade tributária - Isenção tributária 	<p><i>Exemplos de técnicas de controle das subvenções:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Técnicas de controle prévio <ul style="list-style-type: none"> - Planejamento - Credenciamento - Licitação - Contratualização • Técnicas de controle concomitante <ul style="list-style-type: none"> - Processo de contratação de fornecedores - Acompanhamento da execução • Técnicas de controle posterior <ul style="list-style-type: none"> - Prestação de contas

Veja-se que, enquanto o *fomento estatal* visa, basicamente, a promover ou proteger certas atividades de interesse público desempenhadas por entidades do terceiro setor (sempre sem o emprego imediato de coação, como já anotado), o *controle do fomento estatal* visa a assegurar a legalidade e a boa administração das medidas de fomento adotadas. Pela expressão “boa administração” quer-se sintetizar a observância, para além da legalidade, de outros princípios e regras que regem a administração pública, como destaque para os princípios da eficiência e economicidade (mencionados expressamente na Constituição, arts. 37, *caput* e 70, *caput*), a exigência de avaliação de resultados, quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (prevista na Constituição, art. 74, II), ou, ainda, todos os demais princípios constitucionais e legais da administração pública, como os da publicidade, impessoalidade e motivação. Como se verá oportunamente, cada um dos nove

sistemas normativos referidos, dedicados a reger o controle que recai sobre a função estatal de fomento, põe ênfase na verificação do cumprimento de um ou alguns desses princípios e regras.

Ademais, enquanto o *fomento estatal* ao terceiro setor vale-se de técnicas (também já aludidas) como a concessão de subvenções ou o reconhecimento de imunidades ou a outorga de isenções tributárias (estas duas últimas também chamadas renúncias de receitas), o *controle da atividade estatal de fomento* também se realiza por meio de técnicas variadas. Tomando-se como exemplo as técnicas de controle das subvenções públicas – as quais constituem foco desta tese –, pode-se agrupá-las em três diferentes grupos: o das aplicáveis antes da transferência de recursos, o das aplicáveis concomitantemente à transferência e, por fim, o das aplicáveis após a transferência.

5.4. Em síntese

É possível se afirmar, a esta altura, que o presente trabalho, ao tratar do *controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*: *i)* cuida do controle das transferências de recursos públicos, também chamadas subvenções, para o terceiro setor; *ii)* trata do controle realizado sob nove conjuntos de normas, entre os quais os **Regimes de Controle Interno e Externo** da administração pública e o que denomina **Regime Orçamentário-Financeiro**, ao lado de outros seis chamados **Regimes Especiais de Controle**; *iii)* leva em conta que este controle tem por fim assegurar a legalidade e a boa administração do fomento estatal; e *iv)* tem em consideração, ainda, o fato de que este controle envolve técnicas aplicáveis antes, durante e após a transferência de recursos públicos a título de fomento.

É a partir deste panorama normativo – complexo, excessivamente fragmentado em diversos textos –, atinente a aspectos relevantes do controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, vislumbrado na **parte 1** da tese, que, logo na seqüência, na **parte 2**, apresenta-se um diagnóstico de alguns dos principais problemas desse direito, tal

como posto, iniciando-se uma reflexão que culmina com a proposição, já na **parte 3**, de uma reforma legislativa com vistas ao endereçamento de alguns dos problemas diagnosticados.

6. O direito vigente em matéria de controle do fomento estatal ao terceiro setor

Quando se pensa, então, especificamente no *controle do fomento estatal ao terceiro setor* no Brasil é inevitável constatar-se que ele é regido por distintos conjuntos de normas. Tais normas não estão sistematizadas numa única lei. Que conjuntos de normas são estes?

Para os fins deste trabalho pode-se dizer que há dois grandes conjuntos normativos sobre o controle do fomento estatal ao terceiro setor: o que reúne os **Regimes Gerais** e o que reúne os **Regimes Especiais** de controle. Os **Regimes Gerais** são: *i) Regime Orçamentário-Financeiro*, que se encontra erigido, em plano infraconstitucional, sobre leis de 1964 e 2001⁴⁴ e, ainda, sobre a legislação orçamentária anualmente editada, notadamente as leis de diretrizes orçamentárias (LDO);⁴⁵ *ii) Regime do Controle Interno* da administração pública, que se encontra erigido, em plano infraconstitucional, sobre leis de 2001 e 2003; e *iii) o Regime do Controle Externo* da administração pública, erigido em plano infraconstitucional, sobre lei de 1992,⁴⁶ aliada à significativa construção jurisprudencial do TCU acerca da matéria. Já os **Regimes Especiais**, em número de seis ao todo, são: *i) o Regime das Entidades de Utilidade Pública*, fundado em lei de 1935;⁴⁷ *ii) o Regime das Entidades Beneficentes de Assistência*

⁴⁴ Trata-se da chamada Lei 4.320, de 17.3.1964, conhecida como Lei de Orçamentos, e da Lei Complementar 101, de 4.5.2000, também chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

⁴⁵ Um abrangente rol de sucessivas LDO editadas pela União será examinado no **capítulo 4** desta tese, especificamente dedicado ao estudo do **Regime Orçamentário-Financeiro** e das transferências ao terceiro setor.

⁴⁶ Trata-se da Lei 8.443, de 16.7.1992, também chamada Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Cabe a menção ainda à Lei 1.579, de 18.3.1952, que dispõe sobre as comissões parlamentares de inquérito, aliada à significativa construção jurisprudencial do STF sobre a matéria.

⁴⁷ Trata-se da Lei 91, de 28.8.1935 (alterada pela Lei 6.639, de 8.5.1979), que foi regulamentada pelo Decreto 50.517, de 2.5.1961 (alterado pelo Decreto 60.931, de 4.7.1967). Ainda que o atual **Regime das Entidades de Utilidade Pública** esteja amparado em diploma legal de 1935, já existia qualificação estatal de entidades privadas sem fins lucrativos como “de utilidade pública” antes daquela data. Por exemplo, pelo Decreto 14.030, de 28.1.1920, o presidente Epitácio Pessoa reconheceu como de utilidade pública a Federação Marítima do Pará; tal decreto foi um dos tantos revogados por outro editado muito tempo depois, o Decreto de 27.5.1992 (sem número), editado pelo então Presidente Fernando Collor, que manteve uma série de declarações de utilidade pública que enumerou em seu Anexo I, mas revogou as discriminadas em seu Anexo II. Em artigo doutrinário, o Coordenador de Justiça, Títulos e Qualificações do Ministério da Justiça, Damião Alves de AZEVEDO, aponta que “[a] mais antiga declaração de utilidade pública que encontramos é o Decreto 1.339, de 1905, que declara de

Social, lastreado em lei de 1993;⁴⁸ **iii) o Regime das Entidades Conveniadas**, baseado em lei de 1993;⁴⁹ **iv) o Regime das Fundações de Apoio**, baseado em lei de 1994;⁵⁰ **v) o Regime das Organizações Sociais**, ancorado em lei de 1998;⁵¹ e **v) o Regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, erigido sobre lei de 1999.⁵²

O que os **Regimes Especiais** e os **Gerais** têm em comum é o fato de que se prestam, de alguma maneira, ao controle do fomento estatal ao terceiro setor. A **tabela 1.2**, a seguir, apresenta uma visão panorâmica desses regimes e suas subcategorias.

utilidade pública a Academia de Comércio do Rio de Janeiro e a Escola Prática do Comércio de São Paulo.” *O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patronal*, p. 2.

⁴⁸ O **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** encontra-se disciplinado, na atualidade, pela Lei 8.212, de 24.7.1991 (que “dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”), e, sobretudo, pela Lei 8.742, de 7.12.1993 (que “dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências”), regulamentada pelo Decreto 2.536, de 6.4.1998 (que “dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências”), com suas várias modificações posteriores (introduzidas pelos Decretos 3.504, de 13.6.2000; 4.327, de 8.8.2002; 4.381, de 17.9.2002; 4.499, de 4.12.2002; e 5.895, de 8.8.2006). Houve tentativa de mudança do sistema de certificação e concessão de exonerações tributárias a entidades beneficentes de assistência social por intermédio da edição da Medida Provisória 446, de 7.11.2008 (que dispõe sobre a certificação de entidades e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social); contudo, esta medida provisória, após o esgotamento do prazo para a sua apreciação pelo Congresso Nacional e o conseqüente trancamento da “pauta” de deliberações partir de 04.02.2009, acabou rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados, em sessão realizada em 10.02.2009. A decisão de rejeição da MP 446/2008 foi divulgada por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 10.02.2009, publicado no DOU de 12.02.2009, p. 01. Durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foram oferecidas no total 268 emendas parlamentares ao seu texto (conforme registrado em BRASIL, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, *Medida Provisória n. 446, de 2008: Nota Descritiva*, p. 4). Este número elevado de emendas parlamentares denota, nalguma medida, as reações negativas sofridas pela medida provisória no âmbito político, tendo algumas lideranças do Congresso Nacional, inclusive, sinalizado a sua rejeição em entrevistas para telejornais logo no início da sua vigência.

⁴⁹ Regido, na atualidade, pela Lei 8.666, de 21.6.1993, e pelo Decreto 6.170, de 25.7.2007 (já alterado pelos Decretos 6.329, de 27.12.2007; 6.428, de 14.4.2008; 6.497, de 30.6.2008; e 6.619, de 29.10.2008). Trata-se de regime jurídico que passa na atualidade por profundas transformações.

⁵⁰ Trata-se da Lei 8.958, de 20.12.1994, que “dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências”. Esta lei encontra-se regulamentada pelo Decreto 5.205, de 14.9.2004. É complementada pela Lei 8.666/93, que contém disposições importantes, notadamente em matéria de dispensa de licitação, aplicáveis às fundações de apoio.

⁵¹ Trata-se da Lei 9.637, de 15.5.1998.

⁵² Trata-se da Lei 9.790, de 13.3.1999, que é regulamentada pelo Decreto 3.100, de 30.6.1999, e pela Portaria MJ 361, de 27.7.1999.

Tabela 1.2 – Regimes jurídicos de controle do fomento estatal ao terceiro setor

I – Regimes Gerais de Controle do Fomento ao Terceiro Setor	
Regime Orçamentário-Financeiro	→ Lei 4.320, de 17.3.1964 → Lei Complementar 101, de 4.5.2000 → Legislação orçamentária editada a cada exercício financeiro (notadamente as LDO)
Regime do Controle Interno	→ Lei 10.683, de 28.5.2003 (fruto de conversão da MP 103, de 1º.1.2003) → Lei 10.180, de 6.2.2001 (fruto de conversão da MP 2.112-88, de 26.1.2001) → Decreto 3.591, de 6.9.2000 (com alterações introduzidas pelos Decretos 4.112, de 4.2.2002; 4.113, de 5.2.2002; 4.238, de 21.5.2002; 4.304, de 16.7.2002; 4.428, de 17.10.2002; 4.440, de 25.10.2002; 5.481, de 30.6.2005; e 6.692, de 12.12.2008)
Regime do Controle Externo	→ Lei 8.443, de 16.7.1992 → Lei 1.579, de 18.3.1952
II – Regimes Especiais de Controle do Fomento ao Terceiro Setor	
a) O Controle das Exonerações Tributárias	
Regime das Entidades de Utilidade Pública	→ Lei 91, de 28.8.1935 (com alterações introduzidas pela Lei 6.639, de 8.5.1979) → Decreto 50.517, de 2.5.1961 (com alterações introduzidas pelo Decreto 60.931, de 4.7.1967)
Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social	→ Lei 8.212, de 24.7.1991 (com diversas alterações posteriores) → Lei 8.742, de 7.12.1993 (com diversas alterações posteriores) → Decreto 2.536, de 6.4.1998 (com alterações introduzidas pelos Decretos 3.504, de 13.6.2000; 4.327, de 8.8.2002; 4.381, de 17.9.2002; 4.499, de 4.12.2002; e 5.895, de 8.8.2006)
b) O Controle das Subvenções Públicas	
Regime das Entidades Conveniadas	→ Lei 8.666, de 21.6.1993 (com diversas alterações posteriores) → Decreto 6.170, de 25.7.2007 (com alterações introduzidas pelos Decretos 6.329, de 27.12.2007; 6.428, de 14.4.2008; 6.497, de 30.6.2008; e 6.619, de 29.10.2008) → Decreto 93.872, de 23.12.1986 (com diversas alterações posteriores) → Portaria Interministerial 127, de 29.5.2008 → Portaria Interministerial 165, de 20.6.2008
Regime das Fundações de Apoio	→ Lei 8.958, de 20.12.1994 → Lei 8.666, de 21.6.1993 → Decreto 5.205, de 14.9.2004
Regime das Organizações Sociais	→ Lei 9.637, de 15.5.1998 (fruto de conversão da MP 1.648-7, de 23.4.2008)
Regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	→ Lei 9.790, de 13.3.1999 → Decreto 3.100, de 30.6.1999 → Portaria MJ 361, de 27.7.1999

Algumas observações sobre esses regimes jurídicos são importantes.

Note-se, em primeiro lugar, que estes não são regimes isolados, incomunicáveis entre si; na realidade, há variadas situações às quais dois ou três desses regimes se aplicam

simultaneamente.⁵³ Convém olhá-los de forma separada apenas por razões didáticas, ou seja, para bem identificar-se os diversos conjuntos normativos vigentes.



Em segundo lugar, olhando-se apenas para os **Regimes Gerais**, é inevitável atentar para o fato de que dois deles – os aqui chamados **Regime de Controle Interno** e **Regime de Controle Externo** – organizam-se, segundo a Constituição Federal e a legislação brasileira, sob a forma de *sistemas*. Esta forma de organização já vem de longa data no Brasil, pelo menos desde a década de 60, quando o Decreto-lei 200, de 1967, ao fixar diretrizes para a reforma administrativa de então, previu, em seu art. 30, que seriam “...organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central”. Vislumbrava-se, portanto, a organização sob a forma de sistema como uma medida útil para que as atividades de gestão administrativa ficassem submetidas a uma coordenação centralizada. A Constituição de 1988, talvez inspirada no ordenamento anterior, previu expressamente um “sistema de controle externo” da administração pública, nos termos dos seus arts. 70, *caput* e 71, *caput*, e, ainda, previu um “sistema de controle interno” da administração pública no âmbito “de cada Poder”, nos termos dos seus arts. 70, *caput*, parte final e 74, *caput*. Estas previsões constitucionais contribuíram para que ficasse consagrada a terminologia “sistemas de controle interno e externo” no Brasil. Nesta tese, todavia, se usa por vezes a expressão **regime** em lugar de **sistema** (de controle externo ou de controle interno) apenas como uma forma de se realçar que, fundamentalmente, cuida-se de um conjunto de normas jurídicas, independentemente de essas normas terem ou não por objeto um controle a ser exercido sob a forma de sistema. Também se usa a expressão **regime** por razão de paralelismo com as designações “regime” ou “regime jurídico” atribuídas a outros conjuntos de normas jurídicas aqui identificados (**Regime Orçamentário-Financeiro**, **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, etc.).

⁵³ É o que ocorre, por exemplo, quando uma entidade do terceiro setor, da área de saúde, qualifica-se por intermédio da obtenção de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e, simultaneamente, celebra convênio com o gestor local do Sistema Único de Saúde (SUS), de tal forma que fica sujeita ao **Regime das Entidades Beneficentes de Assistência Social** e ao **Regime das Entidades Conveniadas**.

Em terceiro lugar, olhando-se desta feita para os **Regimes Especiais**, há de se atentar para uma diferença fundamental entre eles. Enquanto os **Regimes das Entidades de Utilidade Pública e das Entidades Beneficentes de Assistência Social** prestam-se, sobretudo, a controlar o fomento que o Estado dispensa ao terceiro setor pela via de exonerações tributárias, os **Regimes das Fundações de Apoio, das Entidades Conveniadas, das OS e das OSCIP** prestam-se, principalmente, a controlar o fomento que o Estado lhes dispensa pela via das transferências de recursos públicos ou subvenções (a distinção será aprofundada no **capítulo seguinte**).

Por fim, atente-se para o fato de que, em cada um dos seis **Regimes Especiais** em vigor, *varia o grau de disciplinamento normativo do controle do fomento estatal*. De fato, a análise dos variados regimes revela lacunas, recorrências e tendências normativas,⁵⁴ as quais, juntas, por si só, já constituem um problema fundamental do direito vigente, acerca do qual se fará, portanto, uma maior aproximação no **capítulo 7 da parte 2** (dedicado a tratar de problemas fundamentais do direito vigente).

Conclusão

O terceiro setor, entendido como o conjunto de entidades privadas, sem fins lucrativos, não estatais e voltadas à persecução de finalidade de interesse público, é um conceito extra-jurídico, não adotado explicitamente pelo direito brasileiro. Contudo, desde as reformas legislativas dos anos 90 do século passado, este universo de entidades passou a merecer algum enfoque. Somente entidades com tais características passaram a poder obter determinados títulos jurídicos especiais, que deveriam lhes franquear um acesso privilegiado a medidas de fomento estatal. Iniciou-se, assim, uma tendência legislativa de paulatino tratamento específico deste universo de entidades.

⁵⁴ Por exemplo, observou-se, pela seqüência cronológica de implantação desses sistemas normativos, certa tendência histórico-normativa de recrudescimento do controle estatal. Cresce a variedade de ferramentas e estruturas de controle sobre a transferência de recursos públicos para o terceiro setor no Brasil desde a consolidação em lei do **Regime das Entidades de Utilidade Pública**, na década de 30 do século passado.

Na realidade brasileira e mundial este universo é marcado pelas notas da complexidade e diversidade. Para se conhecer melhor a sua conformação real no Brasil, um importante avanço foi dado recentemente, mediante pesquisas do IBGE em parceria com outras organizações, que levantaram aspectos fundamentais das associações e fundações privadas sem fins lucrativos existentes no país. Embora não circunscrito ao terceiro setor, este levantamento iluminou a sua realidade no Brasil. Falta, no entanto, avanço comparável – em termos de transparência e sistematização de informações – quanto às medidas de fomento estatal ao terceiro setor. Dois portais eletrônicos na Internet consubstanciaram importantes iniciativas do governo federal neste sentido, mas cabe avançar mais.

A contraface do fomento estatal é o controle, indispensável no Estado de Direito. Trata-se, fundamentalmente, do controle da administração estatal dessas transferências, bem como da sua aplicação privada. Uma de suas vertentes é o controle das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. As normas que regem este controle estão fragmentadas por diversos conjuntos normativos. Existem pelo menos nove conjuntos de normas ou regimes jurídicos que cuidam deste controle. Conhecê-lo é tarefa árdua, porém necessária. Suspeitando-se que esse direito seja insuficiente e não venha funcionado a contento, cumpre conhecê-lo para que se possa diagnosticar os seus principais problemas e sugerir possíveis soluções.