CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano – Professora do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo - Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela Fordham University School of Law - EUA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR - Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP - Especialista em Direito Constitucional pela UNIFOR/CE - Consultora Jurídica na área de Direito Urbanístico - Professora do Centro Universitário Christus, em Fortaleza, nas disciplinas de Direito Administrativo II, Coordenadora de Pesquisa da mesma Faculdade e Professora associada do Escritório de Direitos Humanos vinculado ao Curso de Direito - Professora licenciada da Faculdade Paraíso - FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação - Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA desde 2014 - Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2013 - É professora de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri - URCA - Professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

E27 Eficiência e ética no direito administrativo: Livro do II seminario eficiencia e etica na administração pública / organização de Daniela Libório, Edgar Guimarães, Emerson Gabardo - 1.ed. - Curitiba: Íthala, 2017.
260p.

ISBN 978.85.5544.085.4

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Ética. I. Libório, Daniela (org.). II. Guimarães, Edgar (org.). III. Gabardo, Emerson (org.).

CDD 342 (22.ed)
CDU 342

Editora Íthala Ltda.
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49
Bairro São João
82030-040 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
http://www.ithala.com.br
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Paulo Schiavon
Projeto Gráfico e Diagramação: Paulo Schiavon

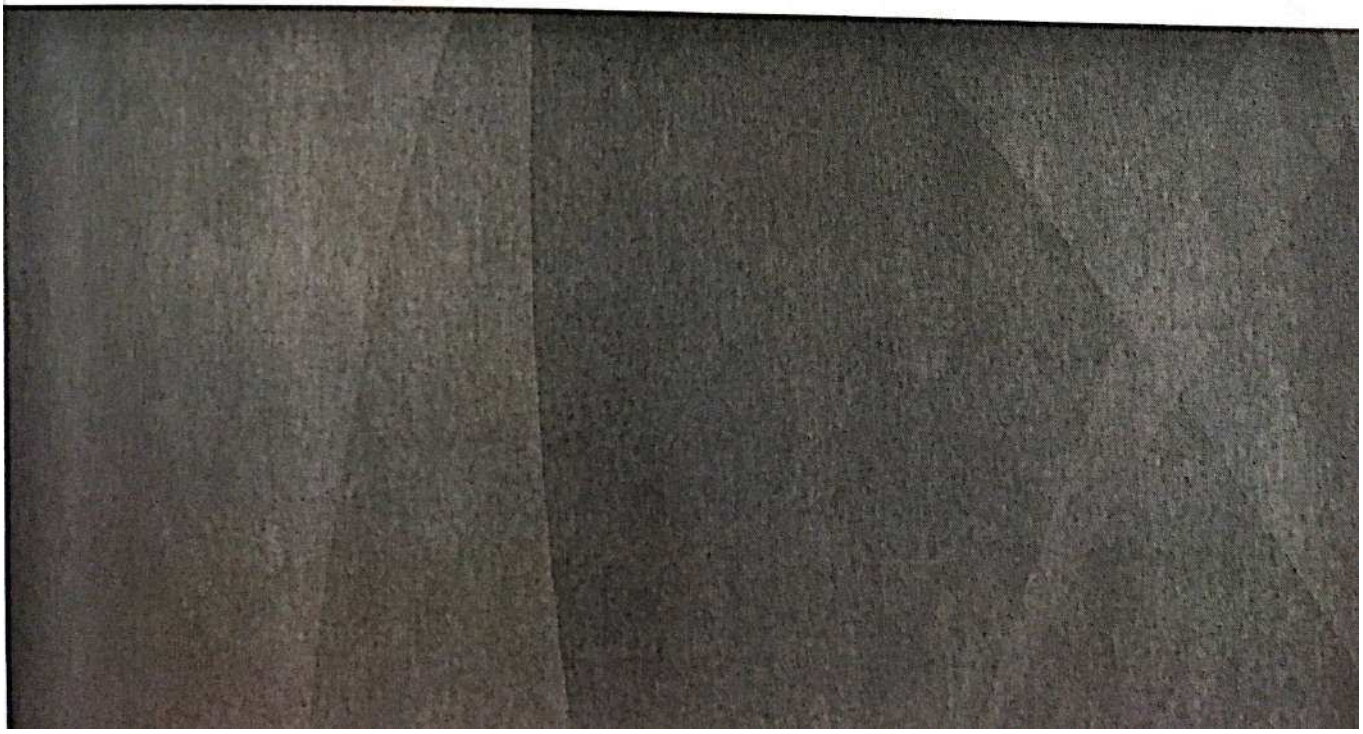
Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Scanned by CamScanner

COORDENADORES
Daniela Libório
Edgar Guimarães
Emerson Gabardo

EFICIÊNCIA E ÉTICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

PREFÁCIO Romeu Felipe Bacellar Filho



Scanned by CamScanner

TRANSPARÊNCIA NAS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR: INOVAÇÕES DA LEI N. 13.019/14 E DEVERES DECORRENTES DA LEI N. 13.460/17

FERNANDO BORGES MÂNICA[1]
FERNANDO MENEGAT[2]

Sumário: 1. Introdução; **2.** Transparência na concepção das parcerias: o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS; **3.** Transparência na seleção da entidade parceira: o Chamamento Público; **4.** Transparência na execução e prestação de contas da avença; **5.** Conclusões.

1. Introdução

De tempos para cá, intensas transformações têm ocorrido na disciplina normativa das relações do Estado com as entidades do denominado terceiro setor. Inicialmente restritas à figura dos Convênios, cuja disciplina legal limitava-se a um único dispositivo da Lei n. 8.666/93, vislumbra-se hoje um cenário em que convivem seis modelos de ajuste com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Assim, além dos Convênios (Lei n. 8.666, artigo 116), o universo das parcerias com o terceiro setor é hoje formado pelos Contratos de Gestão com Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98), pelos Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs (Lei n. 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação com Organizações da Sociedade Civil – OSCs (Lei n. 13.019/14).

Trata-se, como estes autores já tiveram a oportunidade de expor, de relações jurídicas dotadas de regime jurídico próprio, não coincidente com aquele previsto na legislação dos Contratos Administrativos de Intercâmbio e dos Convênios em sentido estrito, previstos pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93.[3] Cada modalidade de ajuste entre a Administração Pública e o terceiro setor hoje vigente no Brasil contém regime próprio, que não pode ser reconduzido e interpretado a partir dos ditames gerais veiculados pela Lei n. 8.666/93.

[1] Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP. Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral da Universidade Positivo (UP). Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Líder do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, responsabilidade e novos modelos econômicos da UP. Procurador do Estado.

[2] Mestre e Graduado em Direito do Estado pela UFPR. Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo (UP). Advogado.

[3] MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos*, n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

Scanned by CamScanner

Com a multiplicação e especialização dos ajustes público-privados com o terceiro setor, passou-se a reconhecer que as entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público devem respeitar – ainda que com certas derrogações – os princípios do regime jurídico administrativo. Tal incidência do regime jurídico publicístico sobre entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público foi prevista expressamente pelo art. 7º da Lei das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98) e pelo art. 4º, I da Lei das OSCIPs (Lei n. 9.790/99). Além disso, no julgamento da ADI n. 1.923, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento, a propósito da Lei das Organizações Sociais, segundo o qual "(...) a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*)".[4]

Nessa direção, a nova Lei n. 13.019/14 relaciona textualmente dentre seus fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º, *caput*). O novo texto legal consagra também o princípio da publicidade como pilar do regime jurídico das parcerias com as organizações da sociedade civil, o qual se destina a assegurar, dentre outros, "o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas" (art. 5º, IV). No mesmo bordo, a nova lei arrola dentre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias por ela previstas, "o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade", inclusive por meio de "recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação" (art. 6º, II e V).

Em trilha semelhante, foram instituídos no ordenamento pátrio, por meio de diversos atos legislativos, uma série de deveres de transparência a serem observados pela Administração Pública, com o objetivo de concretizar o princípio da publicidade no exercício da função administrativa. Nesse sentido, a Lei Complementar n. 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, com importantes alterações promovidas pela Lei Complementar 131/09 e pela Lei Complementar n. 156/16, prevê em seu artigo 48 e seguintes uma série de deveres voltados à transparência na gestão fiscal. No mesmo tom, a Lei n. 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI, especifica procedimentos a serem observados pela Administração Pública e por entidades privadas que recebam recursos públicos com o objetivo de garantir o acesso a informações de caráter público. Ainda, especificamente no que tange aos serviços públicos, a recente Lei n. 13.460/17 – Lei dos Usuários dos Serviços Públicos – LUSP – prevê uma série de informações a serem disponibilizadas aos usuários, tanto no local da prestação dos serviços quanto na rede mundial de computadores.

Traçada essa breve linha histórica – que demonstra a especialização no tratamento normativo das parcerias com o terceiro setor e a ampliação dos deveres de transparência na Administração Pública –, o objetivo deste artigo consiste em analisar os preceitos legais vigentes no ordenamento pátrio que impõem a observância dos deveres de transparência no regime das parcerias entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor, especificamente no

[4] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

Scanned by CamScanner

que toca às inovações trazidas pela Lei n. 13.019/14 e pela Lei n. 13.460/17. Busca-se, nessa medida, analisar as regras jurídicas que concretizam o ideal de publicidade e transparência que deve permear o processo de concepção, seleção, execução e prestação de contas nas parcerias com o terceiro setor.

Para o cumprimento do objetivo proposto, o presente estudo adota o método dedutivo, apresentando suas conclusões a partir das premissas maiores dadas pela análise da legislação do terceiro setor acima referida, especialmente a Lei n. 13.019/14 (com as alterações dadas pela Lei 13.204/15), bem como da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00, com alterações dadas pela Lei Complementar n. 131/09 e Lei Complementar n. 156/16) e da Lei dos Usuários de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/17).

O trabalho segue estruturado em cinco tópicos. Após esta introdução, analisa-se a transparência incidente no momento da concepção das parcerias, especificamente no Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS. Adiante, aborda-se a transparência na seleção da entidade parceira, com ênfase no Chamamento Público. Daí segue o estudo da transparência na execução das parcerias e na prestação de contas, em especial no que toca ao manejo dos recursos públicos transferidos às entidades privadas. Por fim, são apresentadas algumas considerações finais.

2. Transparência na concepção das parcerias: o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS

Quando da entrada em vigência das leis que disciplinam os Contratos de Gestão e os Termos de Parceria (Leis n. 9.637/98 e n. 9.790/99, respectivamente), seguiu-se a tendência, até então predominante no Brasil, de exigir como requisito para a celebração de parcerias com o terceiro setor a detenção de um título ou certificado formalmente concedido pelo Poder Público. Nessa esquadra, as leis em questão tratam de modo minucioso os requisitos e o procedimento para a titulação de uma entidade como Organização Social e como OSCIP, dando menos ênfase ao procedimento para estruturação ou celebração das parcerias em si.

Em razão disso, a praxe da Administração Pública brasileira demonstra que a ampla maioria das parcerias com o terceiro setor implantadas no país foi concebida e gestada internamente, pelo próprio Poder Público. Assim, a estruturação de projetos de parcerias sociais costuma ser atividade interna e discricionária da Administração Pública, não disciplinada em lei.

Rompendo com essa tradição, a Lei n. 13.019/14 inovou no tema, prevendo a possibilidade de participação social, formal e transparente, no processo de concepção de parcerias com o terceiro setor. Inspirada nos Procedimentos de Manifestação de Interesse costumeiramente realizados no âmbito de projetos vinculado a contratos de concessão comum (Lei n. 8.987/95) ou de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04), a Lei n. 13.019/14 instituiu o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, conceituando-o como "instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria" (art. 18).

Trata-se, assim, de procedimento no qual integrantes da sociedade civil interagem com

Scanned by CamScanner

o Poder Público em fase prévia à celebração da parceria, realizando estudos, projetos, levantamentos que serão posteriormente analisados pelo parceiro público e, se aprovados, constituirão o objeto de um processo de seleção a ser realizado para outorga do projeto à entidade mais apta a executá-lo.

O PMIS principia-se por provocação da sociedade civil, movimentos sociais ou cidadãos interessados (ou seja, o PMIS é sempre provocado), nos termos do art. 19 e 20 da Lei n. 13.019/14. A provocação deve dar-se por intermédio do preenchimento de um formulário, cujo modelo será disponibilizado pela Administração Pública (art. 76, *caput* do Decreto n. 8.726/16, que regulamenta a Lei n. 13.019/14 na esfera federal). O requerimento deve ser encaminhado ao órgão ou à entidade da administração pública responsável pela política pública a que se referir, e deve conter, no mínimo: (i) identificação do subscritor da proposta; (ii) indicação do interesse público envolvido; e (iii) diagnóstico da realidade a ser modificada, aprimorada ou desenvolvida e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Vale destacar a interessante previsão do art. 76, §2º do Decreto n. 8.726/16, que exige que a Administração Pública estabeleça um período mínimo de 60 (sessenta) dias anuais para o recebimento de requerimentos de PMIS.

Após receber o requerimento de PMIS por parte dos interessados e em estando ele de acordo com os requisitos descritos, a Administração Pública avaliará se há interesse em sua realização e, em caso positivo, deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico, de sorte a permitir a oitiva da sociedade sobre o tema (art. 20 da Lei n. 13.019/14). Inclusive, exige o Decreto n. 8.726/16, em seu art. 77, §2º, que seja constituído portal eletrônico único com esta finalidade. Isso demonstra o objetivo do PMIS de "permitir a oitiva da sociedade sobre ações de interesse público e recíproco", conforme art. 75, §1º do Decreto, configurando importante concretização do princípio da transparência nas parcerias com o Terceiro Setor. Depois de ouvida a sociedade, a etapa final do PMIS consiste na análise, pela Administração Pública, a respeito da realização ou não do Chamamento Público proposto. Isso porque a realização do PMIS não importa obrigação para celebração da parceria, que acontecerá conforme decisão do Poder Público.

Como se pode perceber, o PMIS previsto na Lei n. 13.019/14 configura importante concretização do princípio da transparência na Administração Pública, à medida que por seu intermédio o Poder Público abre-se à comunidade para dela colher propostas e projetos de interesse público a serem, posterior e oportunamente, convertidas em parcerias. Inaugura-se assim uma nova etapa na atuação das entidades do terceiro setor, que poderão não apenas participar de certames para a celebração de parcerias, mas também propor projetos a serem posteriormente executados (pela própria entidade proponente ou por outra em melhores condições). Além disso, a regulamentação do PMIS exige abertura à discussão pública, por meio de rede mundial de computadores, acerca dos estudos e propostas formulados.

O PMIS não configura etapa necessária ao processo de modelagem de parcerias com o terceiro setor, mas consiste em importante mecanismo por meio do qual a Administração Pública abre-se ao recebimento propostas, à detecção de problemas e apresentação de possíveis soluções, por meio de técnicas inovadoras apresentadas pela própria sociedade civil organizada. Para o sucesso do procedimento, como assinala Bruno Belem, deve ser dada máxima transpa-

Scanned by CamScanner

rência aos atos praticados, com a formalização de todas as etapas do processo, observância do cronograma de atividades e transparência na troca de informações entre o Poder Público, os interessados no PMIS e o público em geral.[5]

Trata-se, portanto, de importante instrumento de interlocução, pública e transparente, entre o Poder Público e a sociedade civil, por meio do qual podem ser avaliadas e estruturadas parcerias com o terceiro setor. Ainda que o PMIS esteja previsto na Lei n. 13.019/14, entende-se não haver qualquer impedimento para a sua adoção, subsidiariamente, em consultas populares acerca de possíveis iniciativas de ajustes sob a forma de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria, até porque o resultado do procedimento pode indicar a adequação de celebração de um ou outro modelo de ajuste.

3. Transparência na seleção da entidade parceira: o Chamamento Público

Uma vez estruturada uma parceria com o terceiro setor, a escolha da entidade parceira deve respeito aos princípios da impessoalidade, isonomia, publicidade, eficiência e moralidade, dentre outros. Historicamente, houve divergências doutrinárias e normativas acerca da necessidade de observância de um procedimento público, formal e competitivo de seleção de entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público.

A questão diz respeito à exigência de licitação, entendida como o processo administrativo prévio a uma contratação pública, que tem como objetivo definir, precificar e justificar a necessidade da contratação, bem como proporcionar uma contratação vantajosa para a Administração Pública, com garantia de publicidade, isonomia e impessoalidade no tratamento dos interessados. Recentemente, por força de inovações legislativas, a licitação assumiu também a função fomentadora de determinadas iniciativas, como as microempresas e empresas de pequeno porte, e a função promotora do desenvolvimento nacional sustentável. Como se percebe, a licitação congrega uma série de objetivos, muitos dos quais contrapostos entre si, razão pela qual a própria legislação faz a ponderação de bens e princípios, de modo a definir, em determinados casos, a preponderância de uns sobre outros.

A exigência de licitação é trazida pela própria Constituição Federal, que traz a exigência expressa de licitação no artigo 37, inciso XXI, que trata dos contratos de intercâmbio, e no artigo 175 da Constituição, que trata dos contratos de parceria público-privada em sentido amplo (concessões e permissões de serviço público). Não há menção constitucional específica à realização de licitação no caso de parcerias com o terceiro setor.

O silêncio constitucional quanto à exigência expressa de licitação nas parcerias com o terceiro setor não significa, contudo, que não ela não seja necessária. Em primeiro lugar porque o próprio artigo 22, inciso XXVII da Constituição, outorga competência para a União legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades*. Tal previsão, ainda que não traga a exigência específica de realização de processo licitatório a todas as contratações públicas, oferece lastro para tanto. Em segundo lugar, deve-se rememorar que a Constituição Federal não faz referência expressa às parcerias com o terceiro setor. À exceção do parágrafo

[5] BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coords.). *Parcerias com o terceiro setor:* inovações da Lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 221.

Scanned by CamScanner

primeiro do artigo 199, que trata das parcerias na saúde, o texto constitucional não contém dispositivos próprios para as parcerias com o terceiro setor, razão pela qual sobreleva a importância do artigo 22, inciso XXVII. Em terceiro lugar e com maior importância para a questão, a exigência de realização de processo prévio à escolha de uma entidade parceira decorre diretamente de princípios constitucionais expressos, como a publicidade, isonomia e impessoalidade. Tais princípios incidem sobe todas as formas de atuação administrativa, devendo ser respeitados também, e obviamente, em processos de escolha das entidades do terceiro setor destinatárias de recursos públicos para a realização de objetos de interesse público.

Pode-se concluir, nessa medida, que não incide sobre as parcerias com o terceiro setor a exigência veiculada no artigo 37, inciso XXI, que trata especificamente da realização de um processo licitatório prévio à contratação de bens e serviço (disciplinada pela Lei n. 8.666/93). No entanto, por força dos princípios acima relacionados, cumpre à Administração Pública seguir um processo público, transparente e objetivo de escolha da entidade parceria, o qual pode ser previsto na lei específica de cada avença.[6]

Hodiernamente, portanto, a despeito de a seleção de entidades do terceiro setor para celebração de parcerias não se submeter à lógica da Lei n. 8.666/93, em razão da incidência conjunta dos princípios acima referidos, é dever do Poder Público editar e tornar públicos editais de "Chamamento Público" (em alguns casos denominados "Concurso de Projetos") para a seleção da entidade parceria mais apta à consecução do objeto da avença. Por intermédio de tais editais – que disciplinam o procedimento e os critérios de escolha da entidade privada –, a Administração torna pública sua intenção em firmar vínculo de parceria com entidades desprovidas de finalidade lucrativa.

É por isso que, a despeito do silêncio da Lei n. 9.637/98, foi categórico o Supremo Tribunal Federal ao afirmar, no julgamento da ADI 1923, que em decorrência da incidência dos princípios do art. 37 da CF/88 na celebração de parcerias com o terceiro setor, deveria ser realizado prévio e público procedimento de seleção da entidade parceira. Não por outro motivo, consta da decisão exigência de "que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)".[7]

De outra banda, ainda que a Lei das OSCIPs seja também silente quanto ao processo de seleção da entidade parceira, seu regulamento, veiculado pelo Decreto n. 3.100/99, exige que a escolha da OSCIP parceira ocorra por meio de publicação de edital de concurso de projetos pelo órgão estatal parceiro. Nesse ponto, vale consignar que a redação original do *caput* do art. 23 do Decreto n. 3.100/99 utilizava o verbo "poderá" ao invés de "deverá", a sinalizar que a realização de um processo público de seleção pela autoridade administrativa competente era facultativa,

[6] Tal percepção é recente já que, durante muito tempo, prevaleceu entendimento doutrinário segundo o qual a confluência de interesses voltados à consecução de um objetivo comum e de interesse público implicava a inviabilidade de competição própria da licitação, tida como único procedimento voltado à seleção de eventuais interessados em celebras uma avença com o Poder Público. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 318.

[7] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

Scanned by CamScanner

e não obrigatória. A substituição gramatical realizada em 2011, por intermédio do Decreto n. 7.568/11, foi salutar por transfigurar a faculdade em dever.

Cenário semelhante ao das OSCIPs ocorreu no âmbito dos Convênios. Enquanto a redação original do art. 4º do Decreto n. 6.170/07, que regulamenta o tema na esfera federal, afirmava que a celebração de referidos instrumentos "poderia" ser antecedida de um processo de chamamento público, a atual redação do dispositivo, após alteração realizada também pelo Decreto n. 7.568/11, é categórica ao prever em seu artigo 4º que "a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste". Note-se que o parágrafo primeiro de referido dispositivo reforça ainda mais o dever de transparência nos chamamentos públicos, afirmando que "deverá ser dada publicidade ao Chamamento Público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios".

A Lei n. 13.019/14 trouxe importantes inovações a respeito do tema, não apenas veiculando a exigência de realização de Chamamento Público, como prevendo uma disciplina legal extremamente minuciosa e detalhada para seu processamento, que contém, inclusive, hipóteses específicas de dispensa e inexigibilidade de realização do Chamamento Público (art. 30 e art. 31). Dentre as hipóteses de dispensa de Chamamento Público, constam casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; e caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. Já as hipóteses de inexigibilidade ocorrem nos casos em que houver inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Em qualquer caso, conforme previsão expressa do artigo 32 da lei em referência, a motivação da dispensa ou da inexigibilidade deve ser publicada no sítio oficial da Administração Pública na internet, para possível impugnação do ato por qualquer interessado. Havendo fundamento à impugnação, deve a Administração Pública revogar ou anular o ato, instaurando assim Edital de Chamamento Público. Além disso, ao fim de garantir a máxima publicidade possível, o artigo 10 do Decreto que regulamenta a Lei n. 13.019/14 na esfera federal (Decreto n. 8.726/16) exige que o Chamamento Público seja divulgado no sítio eletrônico oficial e na plataforma eletrônica do órgão ou da entidade pública processante interessada na celebração da avença.

Sustenta-se, nessa medida, que ainda que a Lei n. 13.019/14 não incida sobre as demais modalidades de parceria com o terceiro setor, o tratamento por ela dado ao Chamamento Público deve orientar, subsidiariamente, os demais processos de escolha de entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público. Afinal, diante de omissão legislativa específica, a pertinência temática e as exigências de transparência da Lei n. 13.019/14 mostram-se muito mais afeitas à natureza

Scanned by CamScanner

da relação jurídica travada nas parcerias com o terceiro setor do que a costumeiramente invocada Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93).

4. Transparência na execução e prestação de contas da avença

Há alguns anos foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro regras específicas que impõem deveres de transparência no manejo de recursos públicos pela própria Administração Pública. Como ressalta Marçal Justen Filho, a concretização do princípio da publicidade (i) garante a todos a possibilidade de acessar informações relativas a ações e omissões praticadas por agentes estatais e não estatais na gestão de recursos públicos, bem como (ii) desincentiva a própria prática de atos reprováveis, ante a possibilidade de sua revelação ao público.[8]

Dois diplomas normativos recentes tratam do tema, sob perspectivas diversas. A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 48, com redação dada pelas Leis Complementares n. 131/09 e n. 156/16, prevê que a transparência será assegurada, em especial, mediante (i) o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão das leis orçamentárias e (ii) a publicação em meio eletrônico de acesso ao público de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira. A LRF prevê como penalidade para o descumprimento de tais deveres a suspensão de transferências voluntárias da União e da contratação de operações de crédito, para o respectivo ente federativo. Trata-se, como se vê, de importante exigência de transparência do manejo de recursos públicos a ser cumprida pela Administração Pública, que alcança, também, os valores repassados às entidades do terceiro setor.

De outro turno, a Lei de Acesso à Informação – LAI – estabelece os procedimentos a serem observados pela Administração Pública para garantir acesso (i) a informações pessoais detidas pela Administração Pública (artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988), (ii) a registros administrativos e a informações sobre atos de governo pelos usuários dos serviços públicos (artigo 3º, inciso II da Constituição Federal) e (iii) a documentação prevista no §2º do art. 216 da Constituição de 1988).

No tocante à incidência da LAI sobre entidades do terceiro setor parceiras do Estado, consta previsão específica em seu artigo 2º de que suas disposições se aplicam, "no que couber", às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Além disso, estabelece a lei que a publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

Assim, resta evidenciado que as exigências da LAI incidem tanto sobre o Poder Público quanto sobre a entidade privada parceira, sendo que: (i) os entes da Administração Pública estão obrigados a seguir integralmente o regime da LAI no que toca aos ajustes celebrados com o terceiro setor (por exemplo, publicando em seu site as minutas dos ajustes, o cronograma dos repasses, etc.); e (ii) as entidades do terceiro setor estão obrigadas a seguir o regime da LAI 'no

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 203.

Scanned by CamScanner

que couber', e apenas no que toca aos recursos públicos que lhes forem repassados – ou seja, sem abranger os recursos próprios que angariarem em virtude de outras fontes de receita.

O ponto problemático, como parece óbvio, reside na expressão "no que couber" destacada no *caput* do art. 2º da Lei. Sustentou-se, por exemplo, que não caberia exigir da entidade parceira que criasse e mantivesse *site* próprio para divulgar a utilização dos recursos públicos repassados, a teor do que exige o art. 8º, §2º e §3º da LAI, sendo que tal obrigação incidiria apenas aos entes públicos. Afirmou-se, também, que as entidades do terceiro setor não poderiam receber e processar requerimentos de acesso à informação formulados nos moldes do art. 10 e seguintes da LAI, à medida em que a lei é expressa em afirmar, no *caput* do art. 10, que apenas os "órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei" é que estariam submetidos a referido regramento.

Com a superveniência da Lei n. 13.019/14, entretanto, tal discussão perdeu sentido. Isso porque, de um lado, a Lei n. 13.019/14 estabeleceu a exigência de publicação, no sítio oficial da internet do parceiro público, da relação de parcerias firmadas pela Administração Pública, bem como dos meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria.[9] Nesse ponto, a lei reafirma o conteúdo da LAI, especificamente nas parcerias com o terceiro setor disciplinadas pelas Lei n. 13.019/14. Mas além disso, a nova lei determinou de forma explícita e inquestionável que a entidade privada parceira também deverá divulgar, na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações, todas as parcerias celebradas com a Administração Pública, contendo dados relativos ao objeto, valor, repasses e prestação de contas de cada parceria celebrada com o Poder Público (art. 11). Em assim sendo, se havia alguma dúvida na interpretação da LAI acerca da incidência dos deveres de transparência à esfera das entidades do terceiro setor, a partir da Lei n. 13.019/14 o dever de *disclosure* em relação à aplicação dos recursos públicos repassados tornou-se flagrante.

Reforçando ainda mais a esfera de obrigações de transparência do parceiro público, a Lei n. 13.019/14 traz interessante disposição em seu art. 14, que prevê a divulgação nos meios públicos de comunicação por radiodifusão de sons e de sons e imagens, campanhas publicitárias e programações desenvolvidas por organizações da sociedade civil, mediante o emprego de recursos tecnológicos e de linguagem adequados à garantia de acessibilidade por pessoas com deficiência. O dispositivo foi regulamentado pelo art. 82 do Decreto n. 8.726/16 e contém a interessante – e controversa – obrigação de a Administração Pública, com seus recursos, efetuar campanhas publicitárias e divulgar programações desenvolvidas pelas entidades parceiras. O Decreto n. 8.726/16 exige ainda da entidade que registre todos os dados referentes às despesas realizadas em plataforma eletrônica (art. 37, §1º), bem como nela insira as prestações de contas da parceria (art. 59, §3º). Percebe-se, assim, que muito do que constava na LAI como exigência incidente apenas à Administração Pública passou, a partir da vigência da Lei n. 13.019/14, a ser também obrigação das entidades do terceiro setor que celebrem com a Administração Pública as parcerias nela descritas. Note-se, contudo, neste tema, por envolver imposição de deveres à entidade privada parceira, aos ditames da Lei n. 13.019/14 apenas obrigam as organizações da sociedade civil que celebrem Termos de Colaboração ou Termos de Fomento com o Poder Públi-

[9] Art. 10 e 12 da Lei n. 13.019/14.

Scanned by CamScanner

co. Nada impede, contudo, que nas demais avenças, conste do próprio instrumento de ajuste um conjunto de deveres de transparência a serem observados pelo parceiro privado.

Deve-se notar que, além de tais exigências de transparência na execução das parcerias com o terceiro setor, incidem outras determinações já existentes no ordenamento jurídico pátrio, tais como: (i) publicação, pelo ente público parceiro, do extrato da parceria;[10] (ii) publicação de relatórios financeiros e relatórios de atividades, bem como extratos de execução física-financeira da parceria, demonstrando a aplicação dos recursos públicos e o atingimento das metas pactuadas;[11] (iii) a exigência de publicação, pela entidade parceira, de regulamento próprio instituindo os parâmetros e procedimentos que utilizará para a compra de bens e de serviços e para a contratação de pessoal, utilizando-se dos recursos públicos repassados.[12] Para além destes, há deveres de transparência das entidades do terceiro setor no que toca à movimentação e à prestação de contas dos recursos públicos repassados, tanto perante o parceiro público quanto perante os órgãos de controle externo da parceria (em destaque, os Tribunais de Contas). É para facilitar a transparência no momento do controle que, por exemplo, as leis exigem que os recursos públicos repassados sejam depositados em conta bancária específica e somente a partir dela movimentados.[13]

Por fim, no que concerne aos serviços públicos, a recente Lei n. 13.460/17 – Lei dos Usuários dos Serviços Públicos – LUSP – prevê dentre os direitos básicos do usuários de serviços públicos, a obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre: a) horário de funcionamento das unidades administrativas; b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público; c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações; d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado. Além disso, a LUSP prevê em seu artigo 7º que as entidades prestadoras de serviços públicos divulguem uma Carta de Serviços ao Usuário, com objetivo de informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público. Além disso, a Carta de Serviços ao Usuário deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados, apresentando, no mínimo, informações relacionadas aos serviços oferecidos; aos requisitos, documentos, formas e informações necessárias para acessar o serviço; às principais etapas para processamento do serviço; à previsão do prazo máximo para a prestação do serviço; à forma de prestação do serviço; e aos locais e formas para o usuário apresentar eventual manifestação sobre a prestação do serviço.

A LUSP prevê sua aplicação subsidiária aos serviços públicos prestados pelos parti-

[10] Art. 10, §2º, VI da Lei n. 9.790/99; art. 38 da lei n. 13.019/14.
[11] Art. 2º, I "f" da Lei n. 9637; art. 4º VII, "b" e art. 10, §2º, VI da Lei n. 9.790/99; art. 18 do Decreto n. 3.100/99.
[12] Art. 17 da Lei n. 9.637/98; art. 14 da Lei n. 9.790/99. Note-se que a Lei n. 13.019/14 não veicula tal exigência, sendo que sua regulamentação na esfera federal prevê que as compras e contratações pelas OSCs ocorrerão segundo métodos usuais de mercado, conforme previsto em plano de trabalho, com possibilidade de uso do portal de compras disponibilizado pela Administração Pública federal, sempre mediante registro das despesas em plataforma eletrônica (art. 36 e 37 do Decreto n. 8.726/16)
[13] Art. 14 do Decreto n. 3.100/99; art. 7º, §1º e art. 10, §3º, I do Decreto n. 6.170/07; art. 51 da Lei n. 13.019/14.

Scanned by CamScanner

culares (artigo 1º, §3º da Lei n. 13.460/17), de modo a alcançar as entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos nas áreas da educação, saúde e assistência social. Isso porque, como já consignaram estes autores em outra oportunidade, "as parcerias com o terceiro setor podem instrumentalizar, por parte do Poder Público, tanto (i) o exercício de atividade promocional (fomento) de serviços de relevância pública, sob regime privado, quanto (ii) a outorga da exploração de um serviço público social, sob regime de direito público".[14] Neste segundo caso, resta evidenciada a incidência dos deveres de transparência previstos na Lei dos Usuários dos Serviços Públicos à esfera das entidades do terceiro setor que prestem serviços públicos sociais, em especial nas áreas de educação, saúde e assistência social, que deverão atender às exigências adicionais de transparência acima descritas para com os usuários do serviço. Nesse passo, inexistindo previsão legal ou contratual específica acerca dos deveres de transparência nas parcerias com o terceiro setor que tenham como objeto a prestação de serviços públicos sociais, incidem os deveres de transparência veiculados pela LUSP.

5. Conclusões

O presente artigo teve como finalidade demonstrar a incidência de inúmeros deveres de transparência sobre a esfera jurídica de entidades do terceiro setor que celebram parcerias com o Poder Público. Tais deveres, tímidos nas Leis das Organizações Sociais e das OSCIPs, ganharam enorme relevo na recente Lei n. 13.019/14, que carreia, como visto, obrigações de transparência tanto ao Poder público quanto, principalmente, às entidades privadas parceiras.

A publicidade, acompanhada dos demais princípios do regime jurídico administrativo, deve ser respeitada em todas as etapas de uma parceria com o terceiro setor. Desde a concepção da avença, caso haja interlocução com a sociedade civil, por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, na fase de seleção da entidade privada parceira, por meio do Chamamento Público, e na fase de execução da avença e de prestação de contas. Se havia dúvidas a respeito do dever de transparência nas entidades do terceiro setor, sobretudo por conta da dúbia dicção da Lei de Acesso à Informação, a vigência da Lei n. 13.019/14 trouxe clareza à questão.

Ao contrário do que se possa pensar, a riqueza normativa, prenhe de dispositivos legais que instituem deveres de transparência diversos, não é dispensável ou excessiva. Isso porque, na experiência administrativa brasileira recente, a mera previsão abstrata do princípio da publicidade, no caput do art. 37 da Constituição, não se demonstrou suficiente para o efetivo respeito ao dever de transparência na Administração Pública e nas parcerias por elas celebradas. O efetivo respeito ao dever de transparência nas parcerias com o terceiro setor, assim, mostra-se ainda dependente da instituição de regras, comandos normativos mais pormenorizados e que instituem deveres expressos e objetivos a serem respeitados.[15]

Nesse campo, deve-se ressaltar que a nova Lei n. 13.460/17 – LUSP – estabelece um conjunto de regras dotadas de mandamentos específicos, a serem observadas também pelas

[14] MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização*: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 234.

[15] Trata-se da distinção entre normas do tipo 'regra' e normas do tipo 'princípio'. Sobe o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. Princípios jurídicos e sistema do direito positivo. Artigo. In: *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n. 30 / FCJ 04 – Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002, p. 37-63.

Scanned by CamScanner

entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos. Nesse passo, tanto as informações acerca do andamento dos serviços quanto a Carta de Serviços ao Usuário devem ser fornecidas ativamente pelas entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos sociais nas áreas da educação, saúde e assistência social.

Referências

BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor:* inovações da Lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-222.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 676-2/RJ. Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Velloso. *Diário de Justiça da União*, 29 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *Princípios jurídicos e sistema do direito positivo*. Artigo. In: Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30 / FCJ 04 – Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002, p. 37-63.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos*, n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização:* fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Scanned by CamScanner