

Nota Técnica n.º 001/2018

Referência: Procedimento Administrativo n.º MPPR-0046.18.093011-0

TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DO FUNDEB A ESCOLAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL SEM FINS LUCRATIVOS – POSSIBILIDADE, DESDE QUE SEJA PRIORIZADO O ATENDIMENTO DOS ALUNOS NA REDE REGULAR DE ENSINO E QUE OS VALORES, OS QUAIS NÃO PODEM INTEGRAR OS 60% (SESSENTA POR CENTO) DEDICADOS À REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO, SEJAM APLICADOS EM ATIVIDADES DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO – NO CASO DAS APAES, O INSTRUMENTO DE REPASSE DEPENDERÁ DA QUALIFICAÇÃO DE CADA ASSOCIAÇÃO COMO OSCIP OU OSC – EM RELAÇÃO ÀS OSCIPs, OS REPASSES DEVEM SER REALIZADOS ATRAVÉS DE TERMOS DE PARCERIA – EM RELAÇÃO ÀS OSCs, AS TRANSFERÊNCIAS DEVES SER FORMALIZADAS ATRAVÉS DE TERMOS DE COLABORAÇÃO OU FOMENTO – EM QUALQUER DOS CASOS, A ENTIDADE SE SUJEITA À NECESSIDADE DE PRESTAR CONTAS AO PODER PÚBLICO E DAR PUBLICIDADE AOS SEUS ATOS.

Trata-se de Nota Técnica Conjunta destinada ao estudo dos critérios a serem utilizados para a realização de repasses de recursos oriundos do Fundeb às Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais – Apaes, dos instrumentos de transferências voluntárias aplicáveis e dos modelos de prestação de contas a serem adotados pelas referidas entidades sem fins lucrativos.

Passa-se à seguinte análise:

1 – DO REPASSE DE VERBAS DO FUNDEB A INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL:

Segundo reza a Constituição Federal, é dever do Estado promover a *“educação básica obrigatória e gratuita dos (4) quatro aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não*

tiverem acesso na idade própria”, bem como o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência” (artigo 208, incisos I e III).

Sobre o sistema geral de ensino e aplicação de recursos públicos, a Constituição da República prescreve que *“a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”* (artigo 212, caput).

Com a extinção do antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF (que vigorou entre 1998 e 2006), a Emenda Constitucional n.º 53, de 19 de dezembro de 2006, dentre outras alterações, trouxe nova redação ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

Art. 60 – Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

I – a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um **Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB**, de natureza contábil;

II – os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, **proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes**, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

III – observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:

a) a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino;

b) a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno;

c) os percentuais máximos de apropriação dos recursos dos Fundos pelas diversas etapas e modalidades da educação básica, observados os arts. 208 e 214 da Constituição Federal, bem como as metas do Plano Nacional de Educação;

d) a fiscalização e o controle dos Fundos;

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica;

IV – os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

V – a União complementar os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal;

VI – até 10% (dez por cento) da complementação da União prevista no inciso V do caput deste artigo poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação, na forma da lei a que se refere o inciso III do caput deste artigo;

VII – a complementação da União de que trata o inciso V do caput deste artigo será de, no mínimo:

a) R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), no primeiro ano de vigência dos Fundos;

b) R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), no segundo ano de vigência dos Fundos;

c) R\$ 4.500.000.000,00 (quatro bilhões e quinhentos milhões de reais), no terceiro ano de vigência dos Fundos;

d) 10% (dez por cento) do total dos recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, a partir do quarto ano de vigência dos Fundos;

VIII – a vinculação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino estabelecida no art. 212 da Constituição Federal suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da complementação da União, considerando-se para os fins deste inciso os valores previstos no inciso VII do caput deste artigo;

IX – os valores a que se referem as alíneas a, b, e c do inciso VII do caput deste artigo serão atualizados, anualmente, a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, de forma a preservar, em caráter permanente, o valor real da complementação da União;

X – aplica-se à complementação da União o disposto no art. 160 da Constituição Federal;

XI – o não-cumprimento do disposto nos incisos V e VII do caput deste artigo importará crime de responsabilidade da autoridade competente;

XII – proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do caput deste artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão assegurar, no financiamento da educação básica, a melhoria da qualidade de ensino, de forma a garantir padrão mínimo definido nacionalmente.

§ 2º O valor por aluno do ensino fundamental, no Fundo de cada Estado e do Distrito Federal, não poderá ser inferior ao praticado no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, no ano anterior à vigência desta Emenda Constitucional.

§ 3º O valor anual mínimo por aluno do ensino fundamental, no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais

da Educação – FUNDEB, não poderá ser inferior ao valor mínimo fixado nacionalmente no ano anterior ao da vigência desta Emenda Constitucional.

§ 4º Para efeito de distribuição de recursos dos Fundos a que se refere o inciso I do caput deste artigo, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de jovens e adultos 1/3 (um terço) das matrículas no primeiro ano, 2/3 (dois terços) no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano.

§ 5º A porcentagem dos recursos de constituição dos Fundos, conforme o inciso II do caput deste artigo, será alcançada gradativamente nos primeiros 3 (três) anos de vigência dos Fundos, da seguinte forma:

I – no caso dos impostos e transferências constantes do inciso II do caput do art. 155; do inciso IV do caput do art. 158; e das alíneas a e b do inciso I e do inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal:

- a)** 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento), no primeiro ano;
- b)** 18,33% (dezoito inteiros e trinta e três centésimos por cento), no segundo ano;
- c)** 20% (vinte por cento), a partir do terceiro ano;

II – no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do caput do art. 155; do inciso II do caput do art. 157; e dos incisos II e III do caput do art. 158 da Constituição Federal:

- a)** 6,66% (seis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento), no primeiro ano;
- b)** 13,33% (treze inteiros e trinta e três centésimos por cento), no segundo ano;
- c)** 20% (vinte por cento), a partir do terceiro ano.”(NR)

§ 6º (Revogado).

§ 7º (Revogado).

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, criado pela Emenda Constitucional n.º 53/2006, foi regulamentado pela Lei Federal n.º 11.494/2007 e pelo Decreto Federal n.º 6.153/2007, e implantado em janeiro de 2007.

Os recursos do Fundeb têm como fonte de receitas o Fundo de Participação dos Estados – FPE, o Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, o Imposto sobre Produtos Industrializados proporcional às exportações – IPIexp, o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, o Imposto Territorial Rural (Quota-Parte dos Municípios) – ITRm, o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações – ITCMD, o ressarcimento pela desoneração de exportações de que trata a Lei Complementar n.º 87/1996, e receitas da dívida ativa incidente sobre esses impostos. Além disso, uma parcela de recursos federais assegurados sob a forma de Complementação da União, são transferidos para Fundos Estaduais e

redistribuídos aos Municípios com base no número de matrículas escolares do ano anterior, no valor do aluno/ano e em outros fatores de ponderação.

Conforme a Cartilha “**Perguntas Frequentes: FUNDEB**”¹, o referido Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação é distribuído da seguinte forma:

Quem distribui os recursos do Fundeb?

Como a arrecadação dos recursos que compõem o Fundeb é realizada pela União e pelos Governos Estaduais, a disponibilização dos recursos gerados é realizada periodicamente pelo Tesouro Nacional e pelos Órgãos Fazendários dos Governos Estaduais, ao **Banco do Brasil**, que **procede a distribuição dos recursos mediante crédito em favor dos Estados e Municípios beneficiários**, em conta única e específica instituída para essa finalidade, no próprio Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal (**art. 1º da Portaria Conjunta nº 02, da Secretaria do Tesouro Nacional e do FNDE, de 15/01/2018**).

Como os recursos do Fundeb são distribuídos?

De forma automática (sem a necessidade de autorização ou convênios para esse fim) e periódica, mediante crédito na **conta específica de cada governo estadual** e municipal, no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal. A distribuição é realizada com base no número de alunos da educação básica pública, de acordo com dados do último Censo Escolar, sendo computados os alunos matriculados nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme **art. 211 da Constituição Federal**. Os Municípios receberão os recursos do Fundeb com base no número de alunos da Educação Infantil e do Ensino Fundamental (inclusive EJA) e os Estados com base no número de alunos do Ensino Fundamental e Médio (inclusive EJA), para isso foi observada a seguinte **escala de inclusão**:

- Alunos do **Ensino Fundamental Regular e Especial**, considerados **100% a partir de 2007**.
- Alunos da **Educação Infantil, Ensino Médio e EJA**, considerados **100% a partir de 2009**.

No que diz respeito à *proporcionalidade de alunos matriculados* para a distribuição de recursos, a Lei n.º 11.494/2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, prevê o seguinte:

Art. 8º – A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na

1 Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb/perguntas-frequentes-fundeb>>

proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei².

§ 1º Será admitido, para efeito da distribuição dos recursos previstos no inciso II do caput do art. 60 do ADCT, em relação às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o poder público, o cômputo das matrículas efetivadas:

I – na educação infantil oferecida em creches para crianças de até 3 (três) anos;

II – na educação do campo oferecida em instituições credenciadas que tenham como proposta pedagógica a formação por alternância, observado o disposto em regulamento.

§ 2º As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente:

I – oferecer igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e atendimento educacional gratuito a todos os seus alunos;

II – comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo;

III – assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional com atuação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo ou ao poder público no caso do encerramento de suas atividades;

IV – atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino, inclusive, obrigatoriamente, ter aprovados seus projetos pedagógicos;

V – ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento.

§ 3º Será admitido, até a universalização da pré-escola prevista na Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, o cômputo das matrículas das pré-escolas, comunitárias,

2 ANEXO

[...]

O cálculo para a distribuição dos recursos do Fundeb é realizado em 4 (quatro) etapas subsequentes:

1) cálculo do valor anual por aluno do Fundo, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, obtido pela razão entre o total de recursos de cada Fundo e o número de matrículas presenciais efetivas nos âmbitos de atuação prioritária (§§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal), multiplicado pelos fatores de ponderações aplicáveis;

2) dedução da parcela da complementação da União de que trata o art. 7º desta Lei;

3) distribuição da complementação da União, conforme os seguintes procedimentos:

3.1) ordenação decrescente dos valores anuais por aluno obtidos nos Fundos de cada Estado e do Distrito Federal;

3.2) complementação do último Fundo até que seu valor anual por aluno se iguale ao valor anual por aluno do Fundo imediatamente superior;

3.3) uma vez equalizados os valores anuais por aluno dos Fundos, conforme operação 3.2, a complementação da União será distribuída a esses 2 (dois) Fundos até que seu valor anual por aluno se iguale ao valor anual por aluno do Fundo imediatamente superior;

3.4) as operações 3.2 e 3.3 são repetidas tantas vezes quantas forem necessárias até que a complementação da União tenha sido integralmente distribuída, de forma que o valor anual mínimo por aluno resulte definido nacionalmente em função dessa complementação;

4) verificação, em cada Estado e no Distrito Federal, da observância do disposto no § 1º do art. 32 (ensino fundamental) e no art. 11 (educação de jovens e adultos) desta Lei, procedendo-se aos eventuais ajustes em cada Fundo.

confessionais ou filantrópicas, sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público e que atendam a crianças de quatro a cinco anos, observadas as condições previstas nos incisos I a V do § 2º, efetivadas, conforme o censo escolar mais atualizado, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP.

§ 4º Observado o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e no § 2º deste artigo, admitir-se-á o cômputo das matrículas efetivadas, conforme o censo escolar mais atualizado, na educação especial oferecida em instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público, com atuação exclusiva na modalidade.

§ 5º Eventuais diferenças do valor anual por aluno entre as instituições públicas da etapa e da modalidade referidas neste artigo e as instituições a que se refere o § 1º deste artigo serão aplicadas na criação de infraestrutura da rede escolar pública.

§ 6º Os recursos destinados às instituições de que tratam os §§ 1º, 3º e 4º deste artigo somente poderão ser destinados às categorias de despesa previstas no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (destacado)³

O artigo 9.º, *caput*, da mesma lei, preconiza que “*para os fins da distribuição dos recursos de que trata esta Lei, serão consideradas exclusivamente as matrículas presenciais efetivas, conforme os dados apurados no censo escolar mais atualizado, realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, considerando as ponderações aplicáveis*”. O § 2.º do dispositivo, por seu turno, rege que “***serão consideradas, para a educação especial, as matrículas na rede regular de ensino, em classes comuns ou em classes especiais de escolas regulares, e em escolas especiais ou especializadas***” (negrito).

3 Lei n.º 9.394/1996:

Art. 70 – Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I – remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II – aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV – levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V – realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI – concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII – amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII – aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

As disposições acima citadas também constam, em outros termos, na Lei Federal n.º 9.394/1996 (artigo 77⁴), que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e no Decreto Federal n.º 6.253/2007 (artigos 14 e 15⁵), que dispõe sobre o Fundeb e regulamenta a Lei Federal n.º 11.494/2007.

O regramento não destoia do texto constitucional, que prevê, em seu artigo 213 o seguinte:

4 Lei Federal n.º 9.394/1996:

Art. 77 – Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;

II – apliquem seus excedentes financeiros em educação;

III – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades;

IV – prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para a educação básica, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública de domicílio do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão da sua rede local.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público, inclusive mediante bolsas de estudo.

5 Decreto Federal n.º 6.253/2007 (sem destaques no original):

Art. 14 – **Admitir-se-á, para efeito da distribuição dos recursos do FUNDEB, o cômputo das matrículas efetivadas na educação especial oferecida por instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação exclusiva na educação especial, conveniadas com o Poder Executivo competente.**

§ 1º **Serão consideradas, para a educação especial, as matrículas na rede regular de ensino, em classes comuns ou em classes especiais de escolas regulares, e em escolas especiais ou especializadas.**

§ 2º O credenciamento perante o órgão competente do sistema de ensino, na forma do art. 10, inciso IV e parágrafo único, e art. 11, inciso IV, da Lei nº 9.394, de 1996, depende de aprovação de projeto pedagógico.

Art. 15 – **As instituições conveniadas deverão, obrigatória e cumulativamente:**

I – oferecer igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e atendimento educacional gratuito a todos os seus alunos, vedada a cobrança de qualquer tipo de taxa de matrícula, custeio de material didático ou qualquer outra cobrança;

II – comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros no atendimento em creches, na pré-escola ou na educação especial, conforme o caso, observado o disposto no inciso I;

III – assegurar, no caso do encerramento de suas atividades, a destinação de seu patrimônio ao poder público ou a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional que realize atendimento em creches, na pré-escola ou na educação especial em observância ao disposto no inciso I;

Art. 213 – Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§1º – Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§2º – As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (destacado)

Conforme prescreve o artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, é dever do Estado garantir a promoção da educação através de “*atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino*”.

A Lei Federal n.º 9.394/1996, em seu artigo 58, conceitua a educação especial:

IV – atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino, inclusive, obrigatoriamente, ter aprovados seus projetos pedagógicos; e

V – ter certificação como entidade beneficente de assistência social, na forma da Lei n.º 12.101, de 27 de novembro de 2009, observado o disposto no § 3º;

§ 1º As instituições conveniadas deverão oferecer igualdade de condições para acesso e permanência a todos os seus alunos conforme critérios objetivos e transparentes, condizentes com os adotados pela rede pública, inclusive a proximidade da escola e o sorteio, sem prejuízo de outros critérios considerados pertinentes.

§ 2º Para os fins do art. 8º da Lei nº 11.494, de 2007, o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade pelo órgão normativo do sistema de ensino responsável pela creche e pela pré-escola deverá adotar como princípios:

I – continuidade do atendimento às crianças;

II – acompanhamento e avaliação permanentes das instituições conveniadas; e

III – previsão periódica dos critérios utilizados para o estabelecimento do padrão mínimo de qualidade das creches e pré-escolas conveniadas.

§ 3º Na ausência da certificação de que trata o inciso V do *caput*, será considerado, para os fins do inciso V, *in fine*, do § 2º do art. 8º da Lei nº 11.494, de 2007, o ato de credenciamento regularmente expedido pelo órgão normativo do sistema de ensino, com base na aprovação de projeto pedagógico, na forma do parágrafo único e do inciso IV do *caput* do art. 10 ou do inciso IV do *caput* do art. 11 da Lei nº 9.394, de 1996, conforme o caso.

Art. 58 – Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, nos termos do caput deste artigo, tem início na educação infantil e estende-se ao longo da vida, observados o inciso III do art. 4º e o parágrafo único do art. 60 desta Lei. (negrito)

Em resumo, o atendimento educacional às pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação deve ser prestado gratuitamente pelo Estado **preferencialmente na rede regular de ensino**, priorizando, sempre que possível, a educação inclusiva, a fim de que seja oportunizada ao aluno especial a participação do sistema regular de ensino em salas de aula comuns.

Tal premissa não impede, contudo, que, a depender das condições do aluno, verificada a impossibilidade de integração das classes comuns de ensino regular ou, até mesmo, da necessidade de educação especial complementar, o discente seja inserido em classe, escola ou serviço especializado.

Como visto, *a destinação de recursos públicos às entidades comunitárias, confessionárias e filantrópicas que prestam atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência é possível*, desde que respeitados os seguintes requisitos:

- a preferência de atendimento do aluno excepcional na rede regular de ensino, priorizando a educação inclusiva;
- a oportunização de igualdade de condições para o acesso e permanência de todos os alunos conforme critérios objetivos e transparentes, condizentes com os adotados pela rede pública, inclusive a

proximidade da escola e o sorteio, sem prejuízo de outros critérios considerados pertinentes;

- a conferência de atendimento educacional gratuito, vedada a cobrança de taxa de matrícula, custeio de material didático ou qualquer outra cobrança;
- a comprovação de que a entidade não possui fins lucrativos e de que os seus excedentes são destinados à educação especial;
- a garantia de que, no caso do encerramento das atividades da entidade, o seu patrimônio seja destinado ao poder público ou outra escola comunitária, filantrópica ou confessional que realize atendimento educacional em creches, na pré-escola ou na educação especial; e
- a certificação da entidade como entidade beneficente de assistência social, na forma da Lei Federal n.º 12.101/2009 ou, na sua ausência, o ato de credenciamento regularmente expedido pelo órgão normativo do sistema de ensino, com base na aprovação de projeto pedagógico, na forma do artigo 10, *caput*, inciso IV e parágrafo único, ou do artigo 11, *caput* e inciso IV da Lei Federal n.º 9.394/1996, conforme o caso.

Mais especificamente em relação aos recursos públicos oriundos do Fundeb – para o qual, como visto, as matrículas nas escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas são computadas para fins de distribuição –, ainda é necessário que as atividades a serem desempenhadas através de parceria sejam exclusivamente relacionadas à manutenção e desenvolvimento do ensino.

É que, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do artigo 23 da Lei Federal n.º 11.494/2007, o mencionado Fundo destina-se somente a esse fim. Para melhor compreensão, o artigo 70 da Lei Federal n.º 9.394/1996 apresenta, em rol taxativo, quais são as despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino:

Art. 70 – Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I** – remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II** – aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III** – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV** – levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V** – realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI** – concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII** – amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII** – aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

O mesmo diploma legal – Lei n.º 9.394/1996 –, dissipando quaisquer dúvidas, elencou em seu artigo 71 um rol de despesas que não se caracterizam como de manutenção e desenvolvimento do ensino:

Art. 71 – Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

- I** – pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- II** – subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III** – formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV** – programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- V** – obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI** – pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Nessa senda, importante que não haja confusão entre a necessidade de caracterização da escola como entidade beneficente de assistência social para consecução da parceria (conforme apontado anteriormente) e a impossibilidade de custeio de *despesas de caráter assistencial* com verbas oriundas do Fundeb.

Com efeito, o fato de a escola ser configurada como entidade beneficente de assistência social não a impede de praticar atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino. Aliás, ambos os requisitos são pressupostos para o repasse de verbas do Fundeb.

Entretanto, somente as despesas estritamente previstas no artigo 70 da Lei Federal n.º 11.494/2007 poderão ser liquidadas com os recursos oriundos no mencionado Fundo. As despesas de natureza diversa (tais como as assistenciais, desportivas e de saúde, a exemplo), embora também possam ser custeadas com recursos públicos, deverão ser vinculadas a fundos próprios (respeitada a legislação aplicável).

Destaca-se, ademais, que ao menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais do Fundeb deve ser destinado ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em *efetivo exercício na rede pública* (incluídos na categoria os profissionais cedidos às instituições conveniadas)⁶. Desta maneira, somente os recursos referentes aos

6Lei n.º 11.494/2007:

Art. 9º – Para os fins da distribuição dos recursos de que trata esta Lei, serão consideradas exclusivamente as matrículas presenciais efetivas, conforme os dados apurados no censo escolar mais atualizado, realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, considerando as ponderações aplicáveis.

§ 1º Os recursos serão distribuídos entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios, considerando-se exclusivamente as matrículas nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme os §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal, observado o disposto no § 1º do art. 21 desta Lei.

§ 2º Serão consideradas, para a educação especial, as matrículas na rede regular de ensino, em classes comuns ou em classes especiais de escolas regulares, e em escolas especiais ou especializadas.

§ 3º Os profissionais do magistério da educação básica da rede pública de ensino cedidos para as instituições a que se referem os §§ 1º, 3º e 4º do art. 8º desta Lei serão considerados como em efetivo exercício na educação básica pública para fins do disposto no art. 22 desta Lei.

[...]

Art. 22 – Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública. (negrito)

[...]

40% (quarenta por cento) restantes são passíveis de repasse a entidades beneficentes de assistência social que praticam atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Além disso, cumpre relevar que, nos termos do artigo 8.º, *caput*, da Lei Federal n.º 11.494/2007⁷, *os recursos do FUNDEB são transferidos para os Estados, Distrito Federal e Municípios com base na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes da educação básica*. Isso significa que, embora as matrículas efetivadas nas instituições conveniadas possam ser computadas para cálculo dos recursos, o Poder Executivo de cada ente é o gestor dos recursos na sua área de competência, não havendo a possibilidade de repasse direto de verbas entre a União e as entidades privadas.

Não obstante, o instrumento de *parceria*, o qual deve prever o montante dos recursos a serem repassados pelo Poder Público à instituição privada, poderá estipular o repasse de valores equivalentes ao do aluno/ano estimado para o exercício financeiro correspondente.

Mesmo nessa situação, não há a transferência direta de valores entre o Fundeb e a entidade beneficiada. O Estado, Distrito Federal ou Município devem receber os recursos e, após, repassar a parte que couber às entidades parceiras.

2 – DA NATUREZA JURÍDICA DAS APAEs:

7 Lei n.º 11.494/2007:

[...]

Art. 8.º – A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.

[...] (sem destaques no original)

As Apaes são entidades filantrópicas sem fins lucrativos de direito privado, presentes em mais de 2.000 (dois mil) Municípios brasileiros, cujo objetivo principal é promover a atenção integral às pessoas com deficiências intelectual e múltipla.

Segundo informado na página *web* da Federação Nacional das Apaes – Fenapaes⁸, as Associações atuam diretamente no desenvolvimento das seguintes atividades:

Saúde: Acompanhamento à pessoa com deficiência, em todo o seu ciclo de vida, nas mais diversas especialidades, desde a prevenção à reabilitação, com atenção especializada.

Educação: Apoio intensivo e atendimento educacional especializado ao estudante com deficiência intelectual e múltipla incluído na escola comum nas séries iniciais de ensino fundamental.

Assistência Social: Alianças estratégicas com vários setores e segmentos sociais para a melhoria da qualidade de vida e inclusão da pessoa com deficiência.

Proteção: Defesa e garantia de direitos de pessoas com deficiência nas mais diferentes instâncias, visando suas necessidades de desenvolvimento, saúde e bem-estar, e combatendo a violência e a exploração.

Capacitação: Habilitações profissionais em variados ofícios, voltadas às aptidões dos aprendizes a fim de desenvolver suas atividades sociais.

Autogestão: Desenvolvimento da autogestão, autodefensoria e convivência em família da pessoa com deficiência intelectual.

Conforme se verifica no modelo de Estatuto das Apaes disponível na página *web* da Federação das Apaes do Estado do Paraná – Fenapaes-PR⁹, cada Apae é *“uma associação civil, beneficente, com atuação nas áreas de assistência social, educação, saúde, prevenção, trabalho, profissionalização, defesa e garantia de direitos, esporte, cultura, lazer, estudo, pesquisa e outros, sem fins*

8 Disponível em: <<http://apae.com.br/>>

9 Disponível em: <<http://apaep.org.br/page/estatutos-12515>>

lucrativos ou de fins não econômicos, com duração indeterminada” (artigo 2.º), com os seguintes objetivos e compromissos de ação (artigos 9.º e 10):

Art. 9º – São os seguintes os fins e objetivos desta Apae, nos limites territoriais do seu município, voltados a promoção de atividades de finalidades de relevância pública e social, em especial:

I – promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, e transtornos globais do desenvolvimento, em seus ciclos de vida: crianças, adolescentes, adultos e idosos, buscando assegurar-lhes o pleno exercício da cidadania;

II – prestar serviço de habilitação e reabilitação ao público definido no inciso I deste artigo, e a promoção de sua integração à vida comunitária no campo da assistência social, realizando atendimento, assessoramento, defesa e garantia de direitos, de forma isolada ou cumulativa às pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, e para suas famílias;

III – prestar serviços de educação especial às pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla;

IV – oferecer serviços na área da saúde, desde a prevenção, visando assegurar uma melhor qualidade de vida para as pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla.

Art. 10 – Para consecução de seus fins, a Apae se propõe a:

I – executar serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, de forma gratuita, permanente e continuada aos usuários da assistência social e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, de forma planejada, diária e sistemática, não se restringindo apenas a distribuição de bens, benefícios e encaminhamentos;

II – promover campanhas financeiras de âmbito municipal e colaborar na organização de campanhas nacionais, estaduais e regionais, com o objetivo de arrecadar fundos destinados ao financiamento das ações de atendimento à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, bem como a realização das finalidades da Apae;

III – incentivar a participação da comunidade e das instituições públicas e privadas nas ações e nos programas voltados à prevenção e ao atendimento da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla;

IV – promover parcerias com a comunidade e com instituições públicas e privadas, oportunizando a habilitação e a colocação da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, no mundo do trabalho;

V – participar do intercâmbio entre as entidades coirmãs, as análogas filiadas, as associações congêneres e as instituições oficiais municipais, nacionais e internacionais;

VI – manter publicações técnicas especializadas sobre trabalhos e assuntos relativos à causa e à filosofia do Movimento Apaeano;

VII – solicitar e receber recursos de órgãos públicos ou privados, e contribuições de pessoas físicas;

VIII – firmar parcerias com entidades coirmãs e análogas, solicitar e receber recursos de órgãos públicos e privados, e as contribuições de pessoas físicas e jurídicas;

IX – produzir e vender serviços para manutenção da garantia de qualidade da oferta dos serviços prestados;

X – fiscalizar o uso do nome “Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais”, do símbolo e da sigla Apae, informando o uso indevido à Federação das Apaes do Estado ou à Federação Nacional das Apaes;

- XI – promover meios para o desenvolvimento de atividades extracurriculares para os seus assistidos e às suas famílias;
- XII – desenvolver ações de fortalecimento de vínculos familiares, prevenindo a ocorrência de abrigamentos;
- XIII – apoiar e/ou gerenciar casas-lares para as pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, em situação de risco social ou abandono;
- XIV – garantir a participação efetiva das pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, na gestão das Apaes;
- XV – coordenar e executar, nos limites territoriais do seu município, os objetivos, programas e a política da Federação das Apaes do Estado e da Federação Nacional das Apaes, promovendo, assegurando e defendendo o progresso, o prestígio, a credibilidade e a unidade orgânica e filosófica do Movimento Apaeano;
- XVI – atuar na definição da política municipal de atendimento à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, em consonância com a política adotada pela Federação das Apaes do Estado e pela Federação Nacional das Apaes, coordenando e fiscalizando sua execução;
- XVII – articular, junto aos poderes públicos municipais e às entidades privadas, políticas que assegurem o pleno exercício dos direitos da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla;
- XVIII – encarregar-se, em âmbito municipal, da divulgação de informações sobre assuntos referentes à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, incentivando a publicação de trabalhos e de obras especializadas;
- XIX – compilar e/ou divulgar as normas legais e os regulamentares federais, estaduais e municipais, relativas à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, provocando a ação dos órgãos municipais competentes no sentido do cumprimento e do aperfeiçoamento da legislação;
- XX – promover e/ou estimular a realização de estatísticas, estudos e pesquisas em relação à causa da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, propiciando o avanço científico e a permanente formação e capacitação dos profissionais e voluntários que atuam na Apae;
- XXI – promover e/ou estimular o desenvolvimento de programas de prevenção da deficiência, de promoção, de proteção, de inclusão, de defesa e de garantia de direitos da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, de apoio e orientação à sua família e à comunidade;
- XXII – estimular, apoiar e defender o desenvolvimento permanente dos serviços prestados pela Apae, impondo-se a observância dos mais rígidos padrões de ética e de eficiência, de acordo com o conceito do Movimento Apaeano;
- XXIII – divulgar a experiência apaeana em órgãos públicos e privados, pelos meios disponíveis;
- XXIV – desenvolver o programa de autodefensoria, garantindo a participação efetiva das pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, na gestão da Apae;
- XXV – promover e articular serviços e programas de prevenção, educação, saúde, assistência social, esporte, lazer, trabalho, visando à plena inclusão da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla.

Consoante ainda se verifica na página *web* da Fenapae, as próprias Apaes se autodenominam como “*uma **organização social**, cujo objetivo principal*

é promover a atenção integral à pessoa com deficiência intelectual e múltipla”¹⁰ (destacado).

Entretanto, para definir a forma pela qual podem se dar os repasses de recursos públicos oriundos do Fundeb às Apaes, é importante entender se essas entidades realmente se qualificam como **Organizações Sociais – OSs**, como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips** ou como **Organizações da Sociedade Civil – OSCs**.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define **Organização Social** como “a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público”¹¹.

A Lei n.º 9.637/1998 estabelece que o Poder Executivo poderá qualificar como **Organização Social – OS** a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, enumerando, ainda, os requisitos exigidos para a outorga. Porém, as demais esferas (municipal e estadual) podem legislar a respeito dos serviços que reputarem necessários.

Apesar de muitas similitudes, é importante ressaltar que as **Organizações Sociais não se confundem com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips**.

Para melhor compreensão, a Lei n.º 9.790/1999, que instituiu e regulamentou as **Oscips**, menciona que “podem qualificar-se como Organizações

10 Informação disponibilizada pela Federação Nacional das APAEs no sítio <<http://apae.com.br/>>

11DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 24.ª ed., 2011, p. 511.

da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei” (art. 1.º, com a redação dada pela Lei n.º 13.019/2014).

Segundo os artigos 3.º e 4.º da retromencionada Lei:

Art. 3.º. A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I – promoção da assistência social;

II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V – promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – promoção do voluntariado;

VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras

organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Art. 4.º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II – a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V – a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI – a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII – as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

Como se observa, as OSs e as Oscips são entidades de cooperação com o Poder Público. Entretanto, as **OSs** (que recebem recursos públicos para a prestação de serviços de caráter público não exclusivos do Estado, nos campos do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde – art. 1.º, da Lei n.º 9.637/1998), celebram **contrato de gestão**, enquanto as **Oscips**, que atuam num campo mais amplo (podem desempenhar serviços sociais de assistência social, defesa e conservação do patrimônio público, promoção do voluntariado, combate à pobreza, promoção da paz, da cidadania e dos direitos humanos, dentre outros – art. 3.º da Lei n.º 9.790/1999) celebram **termos de parceria**, atuando lado a lado com o Poder Público e gerindo atividades de interesse público.

O Procurador Federal **Alexandre Azambuja Cassepp** aponta as seguintes similaridades e distinções entre as OSs e as Oscips¹²:

Elencadas as principais características das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, verifica-se uma série de semelhanças, como o regime jurídico de direito privado, as limitações genéricas, os objetivos próximos e a relação direta com o Estado. Por outro lado, também é possível identificar uma série de distinções, as quais serão tratadas a seguir.

A primeira consiste no instrumento que estipula a relação entre a entidade e o Estado. Enquanto que as OSs firmam Contrato de Gestão, as OSCIPs assinam Termo de Parceria. Para as OSs, o Contrato de Gestão é o fundamento da sua existência, enquanto que, para as OSCIPs, o Termo de Parceria é uma opção, como substitutivo do convênio.

Em relação às áreas de atuação, como já referido, as OSs somente podem exercer atividades de interesse público no campo do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei n.º 9.637/98). Trata-se de um rol taxativo. Já as OSCIPs detêm uma área de atuação mais ampla, pois podem desempenhar serviços sociais de assistência social, defesa e conservação do patrimônio público, promoção do voluntariado, combate à pobreza, promoção da paz, da cidadania e dos direitos humanos, entre outros (art. 3º da Lei n.º 9.790/99); ou seja, tem um rol exemplificativo de atuação.

Outra diferença está no ato de qualificação da entidade: enquanto que as OSs são alçadas a esse patamar mediante um ato discricionário do Poder Público, as

12Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.organizacoes-sociais-e-organizacoes-da-sociedade-civil-de-interesse-publico-similaridades-e-distincoes.45987.html>

OSCIPs têm direito ao título de entidade de utilidade pública, quando preencherem os requisitos da Lei n.º 9.790/99.

Dentre os requisitos previstos na Lei n.º 9.790/99, está a preexistência da entidade privada que passará a ser qualificada como OSCIPs, exigência que não se aplica às OSs. Segundo Di Pietro[5], “isto evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.”

Para finalizar, outra importante diferença entre as entidades está na inexistência de representante do Poder Público no Conselho de Administração da OSCIPs (formado pelos sócios), ao contrário do que ocorre nas OSs.

Essas são, portanto, as principais características, semelhanças e distinções entre as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

Visando a evitar confusões, no que diz respeito ao trecho da citação retro em que se afirma que *“Termo de Parceria é uma opção, como substitutivo do convênio”*, anota-se que, conforme **Sílvio Luís Ferreira da Rocha**¹³, *“Entre o convênio e a parceria não existe uma diferença de regime jurídico que permita distingui-los. São nomes diferentes para designar o mesmo fenômeno jurídico. Através deles o Poder Público incentiva as atividades consideradas de relevante interesse social, mas desenvolvidas por entidades privadas. O convênio poderia designar o gênero; e a parceria, a espécie”*.

Superada a questão etimológica, como visto anteriormente, as Apaes não só atuam no campo educacional e de saúde, como exercem importantes atividades na área de assistência social, atividades estas que, pela sua natureza, não estão incorporadas no rol de atuação das Organizações Sociais.

Além disso, outro fator importante é que, ao contrário do que ocorre nas Organizações Sociais¹⁴, o modelo de Estatuto Social das Apaes apresentado pela

13 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 53/54.

14 **Lei n.º 9.637/1998:**

[...]

Art. 2.º – São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade

Fenapae não prevê a participação de representantes do Poder Público no seu Conselho de Administração, conforme pode ser observado:

Art. 14 – O quadro social da Apae é constituído pelas seguintes categorias de associados:

I – contribuintes: pessoas físicas e jurídicas, devidamente cadastradas, que contribuem com a Apae por contribuição regular, em dinheiro, mediante manifestação de vontade em contribuir para a execução dos objetivos da Apae, firmando termo de adesão de associado; sendo que o voto da pessoa jurídica será exercido por apenas 01 (um) sócio/diretor representante.

II – beneméritos: pessoas físicas ou jurídicas que, a juízo do Conselho de Administração ou por proposta da Diretoria Executiva, prestam relevantes serviços ao movimento das Apaes;

III – correspondentes: aqueles que prestam colaboração à Apae, porém residem em outros pontos do território nacional ou em outro país;

IV – honorários: personalidades, nacionais ou estrangeiras, que tenham prestado relevantes serviços à causa da pessoa com deficiência, ou que tenham concorrido de maneira apreciável para o progresso da humanidade no campo da deficiência;

V – especiais: pessoas com deficiência, maiores de 16 anos, que estejam matriculadas nos programas de atendimento da Apae, seus pais e mães ou responsáveis legais, sendo-lhes assegurado o direito de votar e de serem votados, exigindo-se o termo de adesão;

VI – fundadores: pessoas que participaram da primeira Assembleia Geral de Fundação da Apae e assinaram a respectiva ata.

[...]

Art. 21 – São órgãos da Apae, responsáveis por sua administração:

I – Assembleia Geral;

II – Conselho de Administração;

III – Conselho Fiscal;

IV – Diretoria Executiva;

V – Autodefensoria;

VI – Conselho Consultivo.

§ 1º – Os membros dos Conselhos de Administração e Fiscal, e os da Diretoria Executiva deverão ser associados contribuintes da Apae há, pelo menos, 1 (um) ano, preferencialmente com experiência diretiva no Movimento Apaeano, quites com suas obrigações junto à tesouraria, ou associados especiais que comprovem matrícula e frequência regulares há, no mínimo, 1(um) ano, nos programas de atendimento da Apae.

§ 2º – O exercício das funções de membros dos órgãos indicados neste artigo não pode ser remunerado por qualquer forma ou título, sendo vedada a distribuição de lucros, resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto ou de quaisquer outras vantagens ou benefícios por qualquer forma a diretores, sócios, conselheiros, instituidores, benfeitores ou equivalentes.

moral;
[...]

§ 3º – Os cargos do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e o da Diretoria Executiva deverão ser ocupados, sempre que possível, por, no mínimo, 30% de pais ou responsáveis legalmente constituídos.

Art. 22 – Dirigentes de empresas terceirizadas, seus cônjuges, descendentes ou ascendentes, conviventes e parentes até o terceiro grau, que mantenham qualquer vínculo contratual ou comercial com a Apae, não poderão integrar a sua Diretoria Executiva, o seu Conselho de Administração nem o seu Conselho Fiscal.

Afastada a possibilidade de configuração das Apaes como Organizações Sociais, é importante destacar que as **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, regulamentadas pela Lei Federal n.º 9.790/1999, a despeito da íntima semelhança, também não se confundem com as **Organizações da Sociedade Civil**, regidas pela Lei n.º 13.019/2014 (denominada Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil¹⁵).

Apesar da breve menção da Fenapae no sentido de que as Apaes se configuram como Organizações Sociais (como visto anteriormente), a própria Federação realizou estudo no qual se inseriu na qualidade de Organização da Sociedade Civil e trouxe algumas considerações a respeito da Lei Federal n.º 13.019/2014:

[...]

A Lei 13.019/14 com alterações dadas pela Lei 13.201/15 estabelece o regime de parcerias entre as ENTIDADES e o Poder Público.

A lei passa a denominar as entidades de ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL. É apenas um novo nome para distinguir a entidade que está apta a celebrar a parceria. Não se trata de um novo título ou de uma nova qualificação.

As APAES se inserem no conceito de ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL porque se tratam de entidade privada sem fins lucrativos que não distribui entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que porque aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

[...]

15 Disponível em: <http://apaebrazil.org.br/uploads/Informativo%20-%20Marcos%20Regulat%C3%B3rio%20das%20Organiza%C3%A7%C3%B5es%20da%20Sociedade%20Civil%20-%20MROSC_28_01_16.pdf>

Nos termos do artigo 2.º, inciso I, da Lei n.º 13.019/2014¹⁶, podem ser caracterizadas como **OSCs** as entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas e as organizações religiosas que cumpram determinados requisitos:

As organizações religiosas, para serem configuradas como tal, devem se dedicar a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social, distinguindo-se das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

As sociedades cooperativas, para o mesmo fim, devem ser: consideradas Cooperativas Sociais (nos termos da Lei n.º 9.867/1999); ou integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; ou alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; ou voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; ou capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

Para as entidades privadas sem fins lucrativos, as únicas condições são não distribuir entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes

16 Lei n.º 13.019/2014:

Art. 2.º – Para os fins desta Lei, considera-se:

I – organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei n.º 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

[...]

operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades; e aplicá-los integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Especificamente no que diz respeito às instituições privadas sem fins lucrativos intituladas *Organizações da Sociedade Civil - OSCs*, note-se que, diferentemente do que ocorre com as **OSs** e as **Oscips**, não há nenhuma limitação às suas áreas de atuação.

Assim, as **OSCs** podem tanto prestar serviços de caráter público não exclusivos do Estado, nos campos do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (tal como as **OSs**), quanto desempenhar serviços sociais de assistência social, defesa e conservação do patrimônio público, promoção do voluntariado, combate à pobreza, promoção da paz, da cidadania e dos direitos humanos (como as **Oscips**), além de outros serviços de relevância pública que venham a ser descritos nos seus respectivos estatutos sociais.

Em razão do exposto, sob a ótica das atividades desempenhadas pelas Apaes, percebe-se que os objetos dessas Associações se coadunam não só com a área de atuação das **Oscips**, mas também com a das **OSCs**.

Sobre a finalidade dos recursos no caso de dissolução da sociedade, vimos anteriormente que, no caso das **Oscips**, a Lei n.º 9.790/1999, em seu artigo 4.º, inciso IV, exige que o Estatuto Social traga a previsão de que “o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta”.

O artigo da 33, inciso III, da Lei n.º 13.019/2014, de igual forma, dispõe que a **OSC** deve ser regida por normas de organização interna nas quais esteja

previsto “*que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta*”.

Em ambos os casos, como visto, há a exigência de que, em caso de dissolução, haja previsão expressa no sentido de que o patrimônio líquido da entidade seja transferido a **pessoa jurídica de igual natureza**.

O parágrafo único do artigo 56 do “*modelo*” de Estatuto Social das Apaes, sobre a questão, rege que “*no caso de dissolução ou extinção, mudança de finalidade ou cessação de suas atividades, o eventual patrimônio líquido remanescente será destinado a uma entidade congênere, ou a uma entidade pública com sede e atividade no País preferencialmente com o mesmo objetivo estatutário e que atenda os requisitos da Lei 13019/14*”.

O referido dispositivo gera confusão, uma vez que possibilita a destinação do seu patrimônio a uma entidade congênere (não se sabe se Oscip ou OSC) **ou** a uma entidade que atenda os requisitos da Lei n.º 13.019/2014 (OSC).

Além disso, apesar da clara referência ao Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, é importante destacar que o referido modelo de Estatuto Social foi aprovado na reunião do Conselho de Administração da Fenapaes em 08.08.2014 e na Reunião do Conselho de Administração da Fenapaes em 01/04/2015, não sendo possível afirmar, com base nos fatos e documentos que chegaram ao conhecimento deste CAOP, se todas as Apaes até então existentes aderiram ao modelo.

Diante do que restou consignado, dois fatores podem ser conclusivos para a identificação das Apaes como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público** ou como **Organizações da Sociedade Civil**:

A *primeira* é a verificação do estatuto social em vigência em cada uma das referidas Associações, especificamente no que diz respeito à destinação do patrimônio líquido da entidade em caso de dissolução.

A *segunda* é a apuração de eventual qualificação da entidade como **Oscip** junto ao Ministério da Justiça.

É que, nos termos da Lei n.º 9.790/1999 e do Decreto Federal n.º 3.100/1999, a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público dependerá da outorga deste “*título*” pelo Ministério da Justiça, por meio de procedimento administrativo formal.

Assim, não é possível afirmar se as Apaes são classificadas, em sua totalidade, como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público** ou como **Organizações da Sociedade Civil**, devendo a análise ser realizada caso a caso.

3 – DOS INSTRUMENTOS DE REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS ÀS APAES

3.1 – Como Organizações da Sociedade Civil – OSCs:

No que se refere aos casos em que for verificada a natureza de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público das Apaes, importa fazer algumas digressões sobre a Lei n.º 13.019/2014 (Lei do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), alterada pela Lei n.º 13.204/2015, a qual *estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho*

inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis n.ºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil traz em seu bojo normas gerais aplicáveis a todas as esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e às entidades componentes da Administração Indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista prestadoras de serviços público e suas respectivas subsidiárias) quando estabeleçam *parcerias voluntárias* com as organizações da sociedade civil.

Para a realização de parcerias com as organizações da sociedade civil, a Lei n.º 13.019/2014 dispõe que *“exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto”* (artigo 23, *caput*, da Lei n.º 13.019/2014)¹⁷.

O **chamamento público** é o *“procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”* (artigo 2.º, inciso XII, da Lei n.º 13.019/2014).

Ocorre que, tal qual a Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 13.019/2014 prevê hipóteses de **dispensa e inexigibilidade de chamamento público**, devidamente

17 Lei n.º 13.019/2014:

Art. 23 – Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

[...]

justificadas pelo Administrador Público, nos seguintes casos:

Lei n.º 13.019/2014:

[...]

Art. 30. A administração pública poderá **dispensar** a realização do chamamento público:

I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

II – nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

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

IV - (VETADO).

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI – **no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.** (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (sem destaques no original)

Art. 31. Será considerado **inexigível** o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I – o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II – a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 32. Nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de chamamento público será justificada pelo administrador público. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§1º Sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria prevista nesta Lei, o extrato da justificativa previsto no *caput* deverá ser publicado, na mesma data em que for efetivado, no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§2º Admite-se a impugnação à justificativa, apresentada no prazo de cinco dias a contar de sua publicação, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável em até cinco dias da data do respectivo protocolo. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§3º Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.

§4º A dispensa e a inexigibilidade de chamamento público, bem como o disposto no art. 29, não afastam a aplicação dos demais dispositivos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

[...]

Conforme exposto, caso determinada Apae esteja **previamente credenciada pelo órgão gestor da política** (não excluídas as demais hipóteses legais), sujeitar-se-á às normas aplicáveis à dispensa ou inexigibilidade de chamamento público, como destacam os artigos 30 a 32 da Lei n.º 13.019/2014, assim como estará vinculada às demais disposições normativas desta Lei, consoante o §4.º do artigo 32 supracitado.

Em todo caso, o chamamento público (ou a dispensa/inexigibilidade, nos casos legais) deve preceder à formalização dos instrumentos de parceria previstos na Lei n.º 13.019/2014, quais sejam: o **termo de colaboração**, o **termo de fomento** ou o **acordo de cooperação**.

Para melhor compreensão das diferenças entre os instrumentos de formalização das parcerias, a Lei n.º 13.019/2014 explicita:

Art. 2.º – Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VII – termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros

VIII – termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A – acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as

parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;
[...]

Basicamente, sempre que a parceria visar à transferência de recursos financeiros (*tal como ocorre quando há repasse de verbas do Fundeb às Apaes*), ela deverá ser celebrada por meio de **termo de colaboração** ou **termo de fomento**. O primeiro instrumento será utilizado quando a proposta for de iniciativa da Administração Pública, enquanto a opção pelo segundo ocorrerá quando a iniciativa for da OSC.

O **acordo de cooperação**, diante disso, somente será utilizado quando a parceria não envolver a transferência de recursos públicos, mas tão somente a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Independentemente do instrumento utilizado, a parceria deve obedecer aos requisitos previstos no artigo 42 da Lei n.º 13.019/2014, *in verbis*:

Art. 42 – As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I – a descrição do objeto pactuado;

II – as obrigações das partes;

III – quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

V – a contrapartida, quando for o caso, observado o disposto no § 1º do art. 35; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI – a vigência e as hipóteses de prorrogação;

VII – a obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII – a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei;

IX – a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei;

X – a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XI – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XII – a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a

responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XIII – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XIV – quando for o caso, a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica, observado o disposto no art. 51; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XV – o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XVI – a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

XVII – a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XVIII – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XIX – a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;

XX – a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação o plano de trabalho, que deles será parte integrante e indissociável.

Além disso, devem ser observadas as regulamentações existentes no âmbito dos respectivos entes federados. A exemplo: o Decreto Federal n.º 8.726/2016 (que *regulamenta a Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil*) e o Decreto Estadual do Paraná n.º 3.513/2016 (que *regulamenta a Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre o regime jurídico das parcerias entre a administração pública do Estado do Paraná e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades e*

interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação).

3.2 – Como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips:

É importante ressaltar que, nos termos do artigo 3.º, inciso VI, do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC (Lei n.º 13.019/2014), *as exigências da referida lei não se aplicam aos termos de parceria celebrados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999.

Isso significa que, em relação às Apaes que possuem certificações de Oscip expedidas pelo Ministério da Justiça, as normas insculpidas da Lei n.º 13.019/2014 não serão aplicáveis.

A Lei n.º 9.790/1999, diferentemente do MROSC (que prevê a possibilidade de realização de parcerias através de termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação), instituiu o **termo de parceria** como instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3.º da mesma Lei¹⁸.

18 **Art. 3.º** – A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I – promoção da assistência social;

II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

O artigo 8.º do Decreto n.º 3.100/1999, que regulamenta a Lei n.º 9.790/1999, trata do Termo de Parceria da seguinte forma:

Art. 8º – Será firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Termo de Parceria destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999.

Parágrafo único. O Órgão estatal firmará o Termo de Parceria mediante modelo padrão próprio, do qual constarão os direitos, as responsabilidades e as obrigações das partes e as cláusulas essenciais descritas no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.790, de 1999.

Apesar da diferença terminológica, os **termos de parceria** devem atender a requisitos similares aos dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.

A exemplo: são cláusulas essenciais do termo de parceria, conforme

III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V – promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – promoção do voluntariado;

VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

artigo 10, § 2.º, da Lei n.º 9.790/1999: **a)** a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Oscip; **b)** a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; **c)** a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; **d)** a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; **e)** a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas na cláusula anterior; **f)** a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Sobre a *escolha* da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para a celebração do Termos Parceria, atendendo ao que prevê o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, revela-se indispensável a realização de procedimento que assegure a seleção pautada por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência na Administração Pública.

É que Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tal como as OSs e as OSCs, integram o chamado **Terceiro Setor**, na medida em que não integram o Estado e tampouco *genuinamente* a iniciativa privada, pois não visam a fins lucrativos.

Nesse sentido, pode-se invocar uma espécie de conceito residual proposto pela professora **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: “*Existe uma infinidade de modelos de entes privados que se enquadram no conceito de terceiro setor, razão pela qual muitas vezes se adota um conceito residual: terceiro setor é aquele que compreende organizações que não integram nem o Estado (primeiro setor), nem inteiramente o mercado (segundo setor)*”¹⁹.

Nada obstante, entidades privadas (tais como as OSs, as OSCs e as Oscips), pelo fato de se associarem ao Poder Público para o desempenho de atividades de interesse comum, *se submetem à forte interferência do regime jurídico de Direito Público*, na medida em que parte do seu capital será composto de recursos públicos e, assim sendo, tais *Organizações* se sujeitam aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Por analogia, aplicam-se os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1923, que, na ocasião, tratou especificamente das Organizações Sociais.

Eis a ementa do acórdão²⁰:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA

19 Tratado de direito administrativo (livro eletrônico): administração pública e servidores públicos. - 1ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, parte I, capítulo 9.

20 ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015.

ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), esporte e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não

incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição. 3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. 4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto). 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública. 6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei. 9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI). 10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente. 11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. 12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos

interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). 14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. 15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo. 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais. 19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras

do marco legal do Terceiro Setor. 20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. (destacado)

Apenas a título de esclarecimento, muito se fala acerca da aplicação da hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/1993, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

O referido dispositivo prevê a dispensa de procedimento licitatório *“para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”*.

De fato, *a doutrina e a jurisprudência equiparam as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público às Organizações Sociais para o fim da citada hipótese de dispensa*. Insta ressaltar, contudo, que a hipótese diz respeito **somente** às contratações celebradas entre as Oscips ou Oss com terceiros (pessoas jurídicas de direito privado) para execução de atividades contempladas nos Termos de Parceria ou Termos de Gestão firmados com o Poder Público, mas não à relação “Poder Público x Terceiro Setor”.

A questão principal é: se o Termo de Parceria e o Contrato de Gestão firmados com a Administração Pública não correspondem a um contrato administrativo comum, quais regras de seleção devem ser aplicadas?

Segundo **Marçal Justen Filho**²¹, na ausência de pluralidade de potenciais interessados em participar da contratação ou nos casos em que as peculiaridades da atividade objeto da parceria não possa ser selecionada por critérios objetivos, será aplicável o procedimento de inexigibilidade de licitação previsto na Lei n.º 8.666/1993. Caso contrário, deverá ser formalizado um procedimento seletivo simplificado, nos moldes da Lei n.º 13.019/2014 (chamamento público). Para melhor ilustração:

A regra do inc. XXIV produz dúvida acerca da extensão da dispensa de licitação. A questão é a seguinte: autoriza-se contratação direta para o contrato de gestão ou somente para outros contratos de prestação de serviços, que derivarem do próprio contrato de gestão? A Lei estabelece que a dispensa abrangerá contratos de prestação de serviços relacionados com as atividades previstas no “contrato de gestão”. Esse tema se relaciona com a seleção das organizações sociais para prestação do contrato de gestão.

Suponha-se que a Administração resolva atribuir um hospital à gestão de organização social. Imagine-se que duas organizações sociais (cada qual integrada por um grupo de médicos distinto) pretendam assumir a gestão do nosocômio. A escolha da Administração é livre ou necessita promover licitação? É pacífico que, após selecionada uma organização social e avençado o contrato de gestão, os futuros contratos de prestação de serviços serão realizados diretamente. A questão está na exigibilidade de realizar licitação para a contratação que dará origem às demais.

A questão tem de ser solucionada segundo os princípios gerais aplicáveis. Não é admissível afirmar que a Administração seria livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. O contrato de gestão não é uma espécie de porta aberta para escape das limitações do direito público. Portanto e até em virtude da regra explícita do art. 37, inc. XXI, da CF/1988, o Estado é obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação.

Ressalte-se que incidem, no caso, os dois princípios fundamentais da licitação.

Em primeiro lugar, há o postulado da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal. Como decorrência, a Administração não pode ceder bens, pessoal e recursos a terceiros por mera liberalidade. Nem se diga que o contrato de gestão não terá natureza sinalagmática, eis que não incumbirá ao particular realizar qualquer prestação em favor da Administração. Isso não autoriza desperdícios. Terá de ser selecionada a melhor alternativa. Quando o Estado escolhe uma certa organização social e com ela firma determinado contrato de gestão, está atuando de molde a promover o bem comum. Esse é o único fundamento que o autoriza a ceder bens, pessoal e recursos para particulares. Seria um contrassenso afirmar, simultaneamente, que o Estado não necessitaria optar pela melhor escolha possível. Nessa hipótese tanto quanto em qualquer outra, a atuação do Estado tem de ser norteada pelo ideal de selecionar a melhor alternativa possível. Dá-se um exemplo prático. Volte-se ao caso acima referido, envolvendo duas organizações

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

sociais que disputam contrato de gestão de um hospital. Suponha-se que uma delas esteja disposta a investir recursos próprios, para reforma e melhoramento das instalações. Já a outra organização social nada pretende investir, mantendo o estado precário até então existente. Seria possível defender, em face da Constituição, a liberdade da Administração para escolher qualquer uma das duas organizações sociais? É óbvio que não, eis que uma das alternativas é muito mais vantajosa do que a outra.

Em segundo lugar, há o princípio da isonomia. Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. Isso impede que algumas organizações sociais mereçam tratamento privilegiado, sem que tal seja resultado de diferenças efetivas e compatíveis com os valores constitucionais. Sequer se poderiam estabelecer distinções discricionárias relativamente ao montante de verbas “distribuídas” entre as distintas organizações sociais. Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) para realizar contrato de gestão com objeto específico. Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade.

É claro que a situação não é precisamente idêntica à da contratação de compras, obras e serviços. O contrato de gestão envolve, por assim dizer, uma espécie de “estipulação em favor de terceiros”. A Administração compromete-se a realizar certas prestações em favor da organização social. Já os deveres assumidos pela organização social se retratam no desempenho de prestações em benefício da comunidade – podendo ou não haver sujeitos determinados como beneficiários da avença. A circunstância de o benefício ser de titularidade de terceiros não autoriza a Administração a ignorar a perseguição da solução mais vantajosa. Continua titular do dever de selecionar a alternativa que melhor satisfaça o interesse sob tutela estatal. No caso, isso significa eleger a proposta mais adequada a satisfazer os interesses dos terceiros.

Deve reconhecer-se, enfim, que a incidência dos princípios constitucionais apontados não desemboca na realização necessária de licitação idêntica à prevista para os casos comuns. Os princípios continuam aplicáveis, mas podem produzir consequências jurídicas diversas das verificadas nos casos usuais.

Deve partir-se do ponto de que, havendo possibilidade de competição, será exigível um procedimento seletivo específico. A inexigibilidade poderá derivar da ausência de pluralidade de potenciais interessados em participar da contratação. Mas, para tanto, será imperioso que o Estado divulgue sua intenção de promover contratos de gestão com determinado objeto. Não é possível que as contratações de gestão façam-se às ocultas, sem cumprimento do requisito da publicidade. Para tanto, o Estado terá o dever de estabelecer as condições básicas previstas para o contrato de gestão. Em última análise, a existência de um único interessado somente poderá ser apurada mediante a realização de procedimento de natureza seletiva, ao qual todos os possíveis interessados tenham acesso. A inexigibilidade poderá decorrer, porém, de peculiaridades da atividade objeto do contrato de gestão, em que a competição não possa ser selecionada por critérios objetivos. Reporta-se, aqui, aos comentários ao art. 25.

Não sendo hipótese de inexigibilidade, o procedimento seletivo deverá seguir o modelo básico da Lei 13.019/2014. Deve ser promovida oportunidade para disputa entre potenciais interessados, ainda que não subordinada às modalidades específicas de algum dos diplomas pertinentes ao tema. Essa disputa será

norteada por ato convocatório simplificado, no qual estariam contidas as vantagens que o Estado dispõe-se a conceder.

Os particulares devem apresentar projetos de atuação, com previsão minuciosa de seus deveres e responsabilidades. O critério de seleção terá de ser objetivo, tendo em vista as propostas apresentadas.

Enfim, a existência do procedimento prévio destina-se a assegurar também a definição precisa dos deveres de ambas as partes, inclusive para evitar uma espécie de informalidade incompatível com a gestão da coisa pública.

[...]

Questão que desperta atenção é a do tratamento jurídico dessa outra figura, instituída pela Lei 9.790/1999, também objeto de análise nos comentários desenvolvidos a propósito do art. 1.º. À organização da sociedade civil de interesse público se aplicam as considerações realizadas acima a propósito da contratação com organizações sociais, naquilo em que forem compatíveis com a sua natureza. Nem seria a utilização da denominação *termo de parceria* que desnaturaria o vínculo jurídico pactuado com a Administração. O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. [...] (destacado)

Em simetria, o Decreto Federal n.º 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante *convênios e contratos de repasse*, determina, em seu artigo 4.º, 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*”.

Independentemente da denominação que se dê ao processo de seleção das entidades, é indispensável que a Administração Pública, quando verificada a pluralidade de Oscips almejando a posição subjetiva de se vincularem ao ente estatal, realize a seleção pautada por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

Destaca-se, ademais, que assim como ocorre no termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação, a celebração do termo de parceria

deverá ser precedido de consulta ao Conselho de Políticas Públicas da área de atuação correspondente, nos moldes do artigo 10, §1.º, da Lei n.º 9.790/1999²².

3.3 – Da transparência e da prestação de contas:

Assim como os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, toda entidade que recebe recursos públicos deve realizar a devida prestação de contas.

E, não basta que sejam prestadas contas da destinação dos recursos públicos aos órgãos de fiscalização oficiais, sendo cogente a publicidade dos atos vinculados para possibilitar o controle social.

Na lição de **Hely Lopes Meirelles**²³, publicidade “*é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros*”.

Num primeiro momento, o conceito acima indica a necessidade de se dar publicidade aos atos oficiais da Administração Pública (Direta e Indireta), a fim de propiciar o conhecimento geral deles a todos os interessados e, conseqüentemente, seu controle.

Porém, como princípio norteador da Administração Pública contido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal²⁴, ele não deve ser reduzido apenas ao

22 **Art. 10** – O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

§1º – A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

[...]

23 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 100.

24 **Art. 37, CF**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

aspecto de divulgação oficial dos atos e contratos da Administração Pública, mas, de modo amplo, atingir toda a atuação estatal.

Com efeito, toda divulgação feita pela Administração Pública tem por finalidade precípua dar conhecimento à população diretamente interessada da prática da conduta interna dos seus agentes.

A Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) trata dos procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5.º, no inciso II do §3.º do artigo 37 e no §2.º do artigo 216, todos da Constituição da República.

Deve-se assegurar ao cidadão o direito fundamental de acesso à informação, de sorte que os procedimentos devem ser executados em conformidade com os princípios básicos regentes da boa administração pública e com as seguintes diretrizes:

Art. 3.º, LAI. [...]

- I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V – desenvolvimento do controle social da administração pública.

O artigo 8.º da Lei n.º 12.527/2011²⁵ dispõe sobre a promoção da divulgação, independentemente de requerimentos e em local de fácil

[...]

²⁵ **Art. 8.º.** É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:

- I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
- II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
- III – registros das despesas;
- IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

acesso, das informações de interesse coletivo ou geral produzidas pelos órgãos ou entidades públicas. Tais informações devem, obrigatoriamente, estar disponíveis em sítios oficiais da rede mundial de computadores (§2.º do artigo 8.º da Lei n.º 12.527/2011), ressalvada a exceção contida no §4.º do citado dispositivo.

Desse modo, é certo que o Estado deve oferecer ao cidadão todas as informações de interesse coletivo ou geral por ele produzidas ou custodiadas concernentes aos serviços a este disponibilizado, devendo os *sites*, dentre outros requisitos, conter *ferramentas de pesquisa de conteúdo* que permitam o acesso de forma *objetiva, clara, transparente e de fácil linguagem de compreensão*. (artigo 8.º, §3.º, LAI).

Relevante ao tema em questão, traz-se a leitura do artigo 2.º da LAI:

Art. 2.º. Aplicam-se as disposições desta Lei, 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.**
Parágrafo único. **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 obrigadas²⁶.** (destacado)

V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

[...]

§4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, **mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira**, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). (negrito)

26 BRASIL. Lei n.º 12. 527/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em: 31 out. 2016.

Destarte, se algumas dúvidas ainda pairavam, até a edição da Lei Federal n.º 13.019/2014, em relação à publicidade e à prestação de contas pelas instituições inseridas no conceito de Terceiro Setor, o MROSC definitivamente as solucionou.

No que tange às parcerias firmadas com OSCs, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil trouxe importantes inovações no sentido do compartilhamento de responsabilidades entre o Estado e as instituições privadas parceiras, com destaque para a necessidade de as OSCs divulgarem na rede mundial de computadores (*Internet*), em locais visíveis de suas redes sociais e dos estabelecimentos onde exerçam suas ações, todas as parcerias celebradas com a Administração Pública (artigo 11, *caput*, da Lei Federal n.º 13.019/2014²⁷).

Da mesma forma, passou a ser exigido da Administração Pública a divulgação, na *Internet*, dos meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos nas parcerias (artigo 12 da Lei Federal n.º 13.019/2014²⁸).

Ademais, a Administração Pública, além de ser responsável pelo monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto da parceria (artigo 58 da Lei Federal n.º 13.019/2014²⁹), deve emitir um relatório técnico à comissão

27 **Art. 11, Lei n.º 13.019/2014** – A organização da sociedade civil 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.

[...]

28 **Art. 12, Lei n.º 13.019/2014** – A administração pública deverá divulgar pela internet os meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria.

29 **Art. 58, Lei n.º 11.494/2007** – A administração pública promoverá o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria.

§1º Para a implementação do disposto no **caput**, a administração pública poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

§2º Nas parcerias com vigência superior a 1 (um) ano, a administração pública realizará, sempre que possível, pesquisa de satisfação com os beneficiários do plano de trabalho e utilizará os resultados como subsídio na avaliação da parceria celebrada e do cumprimento dos objetivos pactuados, bem como na reorientação e no ajuste das metas e atividades definidas.

(composta de comum acordo entre o órgão público e a Organização da Sociedade Civil) designada para a sua análise e homologação (artigo 59 da Lei Federal n.º 13.019/2014).

No caso de parcerias financiadas com recursos de fundos específicos, **o monitoramento e a avaliação devem ser realizados pelos respectivos conselhos gestores** (no caso do Fundeb, os conselhos criados nos moldes do artigo 24 da Lei n.º 11.494/2007³⁰).

Mais especificamente sobre a prestação de contas, a Administração Pública deve fornecer manuais às OSCs quando da celebração das parcerias (artigo 63, § 1.º, da Lei Federal n.º 13.019/2014³¹).

As Organizações da Sociedade Civil, por sua vez, têm como missão prestar contas à Administração Pública (sem prejuízo da atuação dos demais órgãos de controle) de modo a permitir que o gestor da parceria avalie a execução do objeto conforme o pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e da aplicação dos recursos e a comprovação do alcance das metas e resultados esperados, conforme previsto no respectivo plano de trabalho (artigo 2.º, inciso XIV, e artigo 64, da Lei Federal n.º 13.019/2014³²).

§3º Para a implementação do disposto no § 2º, a administração pública poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

30 Art. 24, Lei n.º 11.494/2007 – O acompanhamento e o controle social sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos dos Fundos serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por conselhos instituídos especificamente para esse fim.

[...]

31 Lei n.º 11.494/2007:

Art. 63 – [...]

§1º A administração pública fornecerá manuais específicos às organizações da sociedade civil por ocasião da celebração das parcerias, tendo como premissas a simplificação e a racionalização dos procedimentos.

[...]

32 Lei n.º 11.494/2007:

[...]

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

XIV – prestação de contas: procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos

No que concerne às **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips**, a entidade parceira está obrigada a demonstrar que os recursos foram utilizados para os fins estabelecidos no acordo celebrado, devendo o respectivo estatuto social prever, no mínimo, o atendimento aos requisitos previstos no artigo 4.º, inciso VII, da Lei n.º 9.790/1999, *verbis*:

Art. 4º – Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

[...]

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

- a)** a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;
- b)** que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;
- c)** a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;
- d)** a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

resultados previstos, compreendendo duas fases:

- a)** apresentação das contas, de responsabilidade da organização da sociedade civil;
- b)** análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da administração pública, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle;

[...]

Art. 64 – A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas.

§1º Serão glosados valores relacionados a metas e resultados descumpridos sem justificativa suficiente.

§2º Os dados financeiros serão analisados com o intuito de estabelecer o nexo de causalidade entre a receita e a despesa realizada, a sua conformidade e o cumprimento das normas pertinentes.

§3º A análise da prestação de contas deverá considerar a verdade real e os resultados alcançados.

§4º A prestação de contas da parceria observará regras específicas de acordo com o montante de recursos públicos envolvidos, nos termos das disposições e procedimentos estabelecidos conforme previsto no plano de trabalho e no termo de colaboração ou de fomento.

[...]

[...]

O controle e a fiscalização devem ser realizados conforme a previsão dos artigos 11 e 12 da Lei n.º 9.790/1999:

Art. 11 – A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§1º – Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§2º – A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§3º – Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art. 12 – Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Assim como ocorre no âmbito das parcerias firmadas com as OSCs, incumbe às **Oscips** prestar contas da execução do termo de parceria à Administração Pública, demonstrando que foi dada a correta aplicação dos recursos. Na oportunidade, de acordo com a dicção do artigo 15-B da Lei n.º 9.790/1999, a Oscip deverá apresentar: **a)** relatório anual de execução de atividades, contendo especificamente relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, bem como comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; **b)** demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; **c)** extrato da execução física e financeira; **d)** demonstração de resultados do exercício; **e)** balanço patrimonial; **f)** demonstração das origens e das aplicações de recursos; **g)** demonstração das mutações do patrimônio social; **h)** notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário; e **i)** parecer e relatório de auditoria, se for o caso.

Aliás, a necessidade de prestação de contas ao Poder Público também é requisito para a destinação de recursos públicos a escolas filantrópicas, como visto anteriormente (cf. artigo 77, inciso IV, da Lei Federal n.º 9.394/1996).

E, consoante dispõe o artigo 65 da Lei Federal n.º 13.019/2014 “a prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado”.

No âmbito federal, a exemplo, o Decreto n.º 8.726/2016, que regulamenta a criação do **Mapa das Organizações da Sociedade Civil**³³. O referido mapa, disponibilizado no sítio eletrônico <<https://mapaosc.ipea.gov.br/index.html>>, é gerido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e integra um amplo volume de base de dados oficiais provenientes de fontes públicas e privadas.

Outra importante ferramenta para acompanhamento das transferências voluntárias no âmbito federal é o **Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal – Siconv** (<<http://siconv.com.br/>>), o qual é um “sistema aberto à consulta pública, disponível na internet, e que tem por objetivo permitir a realização dos atos e procedimentos relativos a formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria celebrados pela União”³⁴. Atualmente, o referido sistema conta com

33 **Art. 81** – O Mapa das Organizações da Sociedade Civil tem por finalidade dar transparência, reunir e publicizar informações sobre as organizações da sociedade civil e as parcerias celebradas com a administração pública federal a partir de bases de dados públicos.

§1º O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea será responsável pela gestão do Mapa das Organizações da Sociedade Civil.

§2º Compete aos órgãos e às entidades da administração pública federal enviar os dados necessários para a consecução dos objetivos do Mapa das Organizações da Sociedade Civil.

§3º O Mapa das Organizações da Sociedade Civil disponibilizará funcionalidades para reunir e publicizar informações sobre parcerias firmadas por Estados, Municípios e o Distrito Federal e informações complementares prestadas pelas organizações da sociedade civil.

§4º O Portal da Transparência, de que trata o Decreto n.º 5.482, de 30 de junho de 2005, e o Mapa das Organizações da Sociedade Civil deverão conter atalhos recíprocos para os respectivos sítios eletrônicos oficiais.

34 Informação disponível em: <<http://siconv.com.br/siconv-o-que-e/>>

cerca de 140 entidades parceiras e tem expectativa de ampliação para o compartilhamento de dados no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Além disso, tanto os repassadores (Administração Pública) quanto os tomadores (OSCs, OSs e Oscips, por exemplo) de recursos públicos oriundos de transferências voluntárias deverão prestar contas quanto à formalização, execução e fiscalização do instrumento de parceria ao Tribunal de Contas correspondente, nos moldes das respectivas regulamentações.

Conforme estudo elaborado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA para o fim de acompanhar a implementação do novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) e seus efeitos sobre desvios de finalidade (cartilha anexa), a Lei Federal n.º 13.019/2014 trouxe um novo olhar sobre a prestação de contas com o compartilhamento de responsabilidades entre as OSCs e a Administração Pública. Confira-se:

Uma boa prestação de contas é o resultado de um bom planejamento e de uma execução cuidadosa, preocupadas em atender o que estava previsto no plano de trabalho. Ao se exigir que a prestação de contas e todos os atos que dela decorram sejam feitos em plataforma eletrônica, que permita que qualquer cidadão interessado acompanhe o andamento das atividades e os valores dispendidos, a lei também amplia o olhar do controle para além dos órgãos institucionalmente imbuídos da tarefa, trazendo ao cidadão também essa responsabilidade.

Para melhor orientar as organizações no momento da celebração das parcerias, a lei determina que o poder público forneça manuais específicos, tendo como premissas a simplificação e racionalização dos procedimentos, com foco no controle de resultados gerados pela parceria.

Sempre que a duração da parceria exceder um ano, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas ao fim de cada exercício para fins de monitoramento do cumprimento das metas da parceria. Não há previsão de prestação de contas a cada parcela, mas sim com periodicidade anual e a prestação de contas final.

A prestação de contas apresentada pela OSC deverá possibilitar a avaliação do cumprimento do objeto a partir de verificação se as metas previstas foram alcançadas. O relatório de execução do objeto deverá conter a descrição das atividades ou projetos desenvolvidos para a realização da parceria e comparativo das metas propostas e dos resultados alcançados. Na hipótese de descumprimento de metas e resultados, sem justificativa suficiente, a administração pública pode solicitar que a OSC apresente o relatório de execução financeira com a descrição das despesas e receitas realizadas, com nexo de causalidade.

Ao final, a administração pública concluirá pela aprovação, aprovação com ressalvas ou rejeição das contas, a partir dos elementos e das justificativas apresentadas. As

ressalvas registram que as contas foram aprovadas e as práticas anotadas devem ser alteradas em parcerias futuras, ainda que não tenha gerado a necessidade de reparação imediata. (*sic*)

No mesmo caminho, reputa-se relevante que, sem prejuízo do exercício da sua função fiscalizadora, o Ministério Público busque, através de comunicação com os demais órgãos de controle, com a sociedade civil, com a Administração Pública, com as Organizações da Sociedade Civil e com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em parceria com o Poder Público, a aplicação de boas práticas visando à prevenção do desvio de finalidade dos recursos públicos, tais quais as recomendações para gestão das parcerias elaboradas pela ENCCLA e disponibilizadas em anexo a este estudo.

3 – Conclusão

Ante o exposto, com base no estudo dos critérios a serem utilizados para a realização de repasses de recursos oriundos do Fundeb às Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais – Apaes, dos instrumentos de transferência voluntárias aplicáveis e dos modelos de prestação de contas a serem adotados pelas referidas entidades sem fins lucrativos, conclui-se que:

I – os recursos do Fundeb poderão ser dirigidos às escolas filantrópicas, sem fins lucrativos, dedicadas à educação especial, desde que: seja priorizado o atendimento dos alunos na rede regular de ensino; os valores sejam comprovadamente aplicados em atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino; e a verba não integre os 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais que devem ser destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública;

II – a identificação das Apaes como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips ou como Organizações da Sociedade Civil – OSCs

dependem da verificação: do estatuto social (em vigência) de cada Associação; e de eventual qualificação da entidade como Oscip junto ao Ministério da Justiça;

III – nos casos em que a Associação for classificada como Organização da Sociedade Civil, eventual transferência voluntária de recursos públicos deverá ser formalizada por meio de termo de colaboração ou de fomento, o qual deverá ser precedido de chamamento público (ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade), nos termos da Lei n.º 13.019/2014;

IV – quando a Associação receber a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, eventual transferência voluntária de recursos públicos deverá ser formalizada por meio de termo de parceria, obedecida a prévia realização de processo de seleção pautado em critérios objetivos pela Administração Pública, aplicando-se o contido na Lei n.º 9.790/1999; e

V – independentemente da natureza jurídica das Apaes, o recebimento de recursos públicos por meio de termo de parceria, termo de fomento ou termo de colaboração estará sujeito a criteriosa prestação de contas ao Poder Público (sem prejuízo da atuação dos demais órgãos de controle) e à publicidade de seus atos, viabilizando o controle social.

Curitiba, 10 de agosto de 2018 (sexta-feira).

Bruno Sérgio Galati
Procurador de Justiça

Maria Cecília Delisi Rosa Pereira
Promotora de Justiça

Leonardo Dumke Busatto
Promotor de Justiça