MARCELA MARINHO RODRIGUES

A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E O TERCEIRO SETOR SOB A ÓTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURITIBA

2005

MARCELA MARINHO RODRIGUES

A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E O TERCEIRO SETOR SOB A ÓTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo 2003/2004, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Doutor Émerson Gabardo.

CURITIBA

2005

SUMÁRIO

Introdução ..... **iii**

1. O Terceiro Setor **01**

1.1 Organizações Sociais sem Fins Econômicos e de Interesse Coletivo 04
1.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público 06
1.3 Organizações Sociais 09
1.4 Marco Legal das Entidades sem Fins Lucrativos 12
1.5 Das Associações 15

2. Das Fundações **17**

2.1 Do Patrimônio da Fundação 24
2.2 Das Finalidades da Fundação 26
2.3 Da Forma de Atuação da Fundação 27
2.4 Da Prestação Anual de Contas pelas Fundações ao Ministério Público 30
2.5 Da Extinção da Fundação 31

3. O Velamento das Fundações pelo Ministério Público **33**

3.1 Alcance do termo "velar" 37
3.2 O Ministério Público e o Velamento das Fundações Públicas 38
3.3 Da Legitimidade Ativa do Ministério Público para fiscalizar Fundações e Entidades de Direito Privado sem Fins Lucrativos 40
3.4 Interesses e Interesses Difusos 42
3.5 O Ministério Público e os Interesses Difusos 43

4. Da Improbidade Administrativa – Defesa do Patrimônio Público 45

4.1 Sujeitos da Improbidade 51
4.2 Enriquecimento Ilícito 54
4.3 Atos Lesivos ao Erário 56
4.4 Licitação e Dispensa ou Inexigibilidade de Licitar 59

5. o Projeto de Lei nº 3.877 68

Conclusão 72

Referências Bibliográficas 75

INTRODUÇÃO

A intenção do presente trabalho monográfico não é a pretensão de desenvolver qualquer espécie de tese sobre o tema, tampouco elucidar eventuais dúvidas polêmicas acerca do assunto.

Nosso estudo será calcado e delimitado na pesquisa da doutrina, jurisprudência e legislação sobre as entidades sem fins lucrativos, as quais tem por fim específico auxiliar a estrutura governamental no atendimento aos interesses de toda a coletividade.

Em que pese a divergência legislativa sobre as sociedades civis, associações e fundações (patrimônios transformados em pessoas jurídicas), além das chamadas Organizações Não-Governamentais (ONG's); cremos que são entidades de extrema relevância ao ideal funcionamento não só da sociedade como um todo, mas também à eficiente e eficaz atividade do Estado, merecendo, assim, estudo e análise.

É sabido que as supracitadas entidades e instituições, formadoras do tão em voga Terceiro Setor, ainda que privadas, prestam serviços públicos vitais, cooperando para o bom desempenho da atividade estatal.

Na atualidade, o Terceiro Setor ganhou espaço tamanho que seria impossível e inviável o seu esquecimento, haja vista a sua importância perante a população.

Cientes dessa relevância para a sociedade, bem como para o próprio Estado, sabemos da necessidade de um especial velamento e respaldo a esses institutos.

No Brasil, tal velamento é feito pelo Ministério Público, por meio das Promotorias especializadas e competentes, também objeto do presente estudo.

Traçaremos, inicialmente, um perfil sobre o Terceiro Setor e, posteriormente, estudaremos cada uma das entidades que o compõem, em especial as fundações, seguindo com o velamento delas pelo Ministério Público e as questões de improbidade administrativa, findando com uma breve análise sobre o Projeto de Lei nº 3.877.

1. O Terceiro Setor

Até pouco tempo atrás a ordem sóciopolítica abrangia apenas dois setores, o público e o privado, muito distintos entre si, tanto no tocante às suas características quanto à sua personalidade. No setor público estavam o Estado, a Administração Pública e a sociedade; já no privado localizavam-se o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos.

No entanto, a convivência entre estes dois setores historicamente se mostrou difícil, haja vista as questões de limites e as invasões de território; além, das vantagens de alguns membros da sociedade sobre os interesses coletivos, configurando a superposição dos interesses individuais sobre os interesses coletivos.

Em virtude da visível ineficiência do Estado em atender os interesses e as necessidades da população, começa a surgir e cada vez mais se firmar o denominado Terceiro Setor. Nele se situam as organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços públicos de interesse social sem as limitações do Estado e as ambições do Mercado.

Antes de apresentar uma conceituação sobre o Terceiro Setor, faz-se necessário consignar a existência deste, o qual configura-se como importante mobilizador de um grande volume de recursos humanos e materiais para viabilizar iniciativas voltadas para o desenvolvimento social. Também é válido constar, inicialmente, que no Terceiro Setor estão inseridas as sociedades civis sem fins lucrativos, as associações civis e as fundações de direito privado, todas entidades de interesse social.

Assim, o chamado Terceiro Setor é aquele composto pelas entidades sem fins lucrativos – ONG's (Organizações Não Governamentais).

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público nem privado no sentido convencional desses termos; porém, guarda relação com ambos, na medida em que deriva sua identidade da comunhão entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Desta feita, é composto por organizações de natureza privada (sem o objetivo da obtenção de lucro) dedicadas à consecução de finalidades sociais ou públicas, embora não seja parte da organização governamental (Administração Estatal).

Como brevemente já visto, os teóricos classificam como Primeiro Setor o Estado, sendo este ente com personalidade jurídica de direito público, encarregado de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular, tais como justiça, segurança, etc.

O Segundo Setor é o compreendido como as organizações do mercado; ou seja, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, encarregadas da produção e comercialização de bens e serviços, tendo como escopo o lucro e o enriquecimento do empreendedor.

Na classificação teórica, o Terceiro Setor é conceituado como aquele que congrega as organizações que, embora quase sempre prestam serviços públicos, produzem e comercializam bens e serviços, não estatais, nem visam lucro financeiro para os associados ou administradores com os empreendimentos efetivados, localizando-se aqui as fundações e associações sem fins lucrativos.

Ou seja, o Terceiro Setor é o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria e independente que apresentam como função e objetivo

principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento.

Um dos modos mais tradicionais de se definir o Terceiro Setor é apresentá-lo segundo a finalidade das ações das organizações que o compõem; entendendo que estas instituições são provenientes de grupamentos da sociedade civil e dos movimentos sociais, com o objetivo de promover uma nova dinâmica social e democrática, onde as relações são firmadas a partir do senso de solidariedade, do voluntariado e do consenso na busca do bem comum.

O termo "Organizações Não Governamentais" ou a sigla "ONG's" é a denominação dada a qualquer grupamento social (reunião de pessoas, ou destinação de bens vinculados a fins sociais pré-determinados) que não seja governamental.

Tais organizações, devidamente registradas e organizadas, podem ser Associações ou Fundações (pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos), estando elas incluídas no gênero Terceiro Setor.

Já os institutos podem ser compreendidos como a denominação que se dá a determinadas entidades, ou ao gênero, onde se encontram determinadas espécies de pessoas jurídicas.

Terceiro Setor ou as Organizações Não Governamentais (ONG's), quando formalmente constituídas, são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ou sem fins econômicos (associações e fundações) e podem ser denominadas de institutos e serem consideradas como tal.

Antes de darmos prosseguimento ao nosso estudo, fundamental constar que só muito recentemente começou a se reconhecer a real importância do Terceiro Setor no âmbito da sociedade e da economia, haja vista

sua capacidade de arrecadação de recursos humanos e materiais endereçados ao atendimento das necessidades da população, as quais o Estado, com certa freqüência, não consegue atender com eficiência. Ainda há a relevância pela geração de empregos (principalmente nas sociedades mais desenvolvidas, onde a preocupação e o investimento social são bem maiores e mais significativos) e pelo aspecto qualitativo, caracterizado pelo idealismo de suas atividades; enquanto participação democrática, exercício de cidadania e responsabilidade social.

1.1 Organizações Sociais sem Fins Econômicos e de Interesse Coletivo

Toda pessoa jurídica que não tenha por objetivo a obtenção de lucro a ser distribuído entre seus associados ou administradores, o que significa não ter ela fins econômicos, pode ser enquadrada no gênero das organizações sociais, embora, nem todas as organizações sociais sejam, obrigatoriamente, pessoas jurídicas.

Podem ser consideradas organizações sociais quaisquer estruturas onde se congreguem pessoas e/ou pessoas e recursos, com objetivos determinados, sejam eles econômicos ou não.

Já que nosso estudo está focado, especificamente, neste primeiro momento, no Terceiro Setor; analisaremos as organizações sociais que se formalizaram como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

Percebemos na legislação, a conceituação acerca do que são organizações sociais sem fins lucrativos e de interesses coletivos:

"As organizações destinadas a fins de interesse coletivo como as sociedades (hoje "associações", segundo o novo Código Civil Brasileiro) e as fundações ..." **(art. 11 do DL nº 4.657/42)** e;
"Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos" **(art. 53 do CCB)**
"Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência" **(art. 62 do CCB)**

Daí e do restante da legislação tangente ao tema, infere-se que no Brasil não é permitida a instituição de pessoa jurídica com fins não econômicos para a administração de interesses individuais, ou de interesses apenas privados.

Ao ocorrer o registro de uma pessoa de direito privado, em sendo ela uma associação, o Estado declara que o conjunto de pessoas físicas que a compõem passa a ser uma só pessoa, dotada de capacidade para os atos da vida civil, perseguindo os objetivos comuns aos associados e com vida totalmente independente de cada um deles.

Ao se tratar de uma fundação, o Estado declarará que aquele patrimônio, vinculado a um objetivo de interesse social determinado pela vontade humana, e com uma administração previamente definida, é uma pessoa independente do instituidor, dos administradores e dos beneficiários.

Assim, as associações são compostas por uma aglomeração de pessoas naturais em torno de objetivos de interesse coletivo, enquanto que as

fundações são patrimônios destinados a fins de interesse coletivo, os quais se dotam de personalidade jurídica.

O novo Código Civil Brasileiro não mais prevê a existência de sociedades civis sem fins lucrativos; as duas pessoas jurídicas de fins não econômicos agora admitidas são (arts. 53 e 62):

I - Associação: agrupamento de pessoas que visam o benefício da coletividade e não tem interesse econômico, ou fins lucrativos para os associados ou administradores.

II - Fundação: um patrimônio que alguém separa do que lhe pertence para beneficiar, sempre, a outras pessoas que não o instituidor ou os administradores da entidade.

De acordo com o acima exposto, o fundamento das associações é a reunião de pessoas físicas e as fundações têm em sua gênese a exigência de massas patrimoniais, embora ambas tenham como objetivo o interesse da coletividade.

1.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

Atualmente, costuma-se usar o termo ***Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*** (OSCIP) para definir o conjunto das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos reguladas pela Lei nº 9790/99.

Entretanto, alguns vinculam o referido termo para denominar determinadas pessoas jurídicas, como as que até então eram consideradas

filantrópicas, ou seja, as que além de não visarem lucro com a distribuição de bens e serviços, não cobram diretamente do usuário ou beneficiário pelo serviço que prestam. Mantém tais serviços com recursos de seus próprios sócios ou associados ou com recursos públicos.

A Lei nº 9790/99 – Lei das OSCIPS – sancionada em 23 de março de 1999, veio regulamentar, de forma pioneira, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ditando que elas podem firmar parcerias, administrar recursos do Erário e obter outros benefícios do Estado, sem a necessidade de títulos de utilidade pública ou de filantropia, diminuindo, assim, a burocracia.

Na verdade, foi instituído um marco legal pioneiro englobando as entidades formadoras do Terceiro Setor e que apresentam em seus estatutos objetivos ou finalidades sociais voltadas para a execução de atividades de interesse público nos campos da assistência social, cultura, educação, saúde, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, da ética, da paz, da cidadania e dos direitos humanos, da democracia e de outros valores fundamentais, além da defesa, preservação e conservação do meio ambiente.

Tais entidades poderão relacionar-se com o Poder Público federal, estadual, do Distrito Federal ou dos municípios, visando à execução de atividades de interesse público por meio de um vínculo de cooperação entre as partes, o qual a lei chamou de termo de parceria.

A Lei das OSCIPS ainda ditou regras acerca do controle da execução do termo de parceria, bem como disciplinou a forma de fiscalização dos recursos públicos que forem recebidos pelas referidas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Ainda é apresentado um rol das entidades que não podem ser classificadas como OSCIPS. É um rol fechado, onde estão relacionadas as instituições privadas de caráter comercial ou não assistencial e as entidades públicas ou entidades privadas criadas pelo Poder Público, tais como, por exemplo, as sociedades comerciais, os sindicatos, as associações de classe ou de representação profissional, as instituições religiosas, as organizações partidárias ou assemelhadas, etc.

Como a qualificação de OSCIP é uma certificação dada pelo Ministro da Justiça às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, imperioso se faz que sejam regidas por um estatuto.

Tal estatuto é peça essencial para a vida da entidade, posto que é por meio dele que são estabelecidas, pelos seus instituidores ou fundadores, as normas gerais e específicas que orientarão as suas atividades e é com o registro do estatuto no Cartório de Pessoas Jurídicas que a associação, fundação ou sociedade civil adquire personalidade jurídica e está apta para os atos da vida civil.

O Código Civil Brasileiro dispõe, em seus artigos 45 e 46, que os estatutos ou atos constitutivos dessas pessoas jurídicas, obrigatoriamente, apresentarão sua denominação, seus fins, sua sede, o modo por que se administra e representa. Há que constar, ainda, se os estatutos são reformáveis no tocante à administração e de que modo, se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais e as condições de extinção da pessoa jurídica, bem como sobre o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Não obstante a facilidade que trouxe a Lei das OSCIPS, ainda percebemos a dificuldade e a série de empecilhos burocráticos para a regularização e funcionamento de uma entidade beneficente.

1.3 Organizações Sociais

As organizações sociais, abreviadas pela sigla "OS", são um modelo ou uma qualificação de organização pública não estatal criada no interior de um projeto de reforma do Estado, para que as associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam participar absorvendo atividades de cunho público, mediante qualificação específica de lei.

Nesta seara, o termo Organização Social pode ser entendido como o gênero, onde a espécie pessoa jurídica está inserida, pois, organizações sociais são grupamentos ou estruturas que reúnem homens e bens com o fim de alcançar objetivos comuns entre seus componentes ou administradores.

Nesse contexto, são exemplos de organizações sociais, uma igreja, uma associação de pais e mestres, uma indústria ou, até mesmo e, embora com objetivos ilícitos, uma organização criminosa.

Após a reforma administrativa anunciada pelo governo federal no final da década de 1990, ficou tido o termo Organização Social como a denominação daquelas organizações estatais que teriam suas administrações transferidas para a iniciativa privada.

As Organizações Sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserindo-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes. Portanto, elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas jurídicas de direito privado.

Sobre as organizações sociais, foi promulgada a Lei nº 9.637/98 – Lei das Organizações Sociais, fruto da Medida Provisória nº 1.591/97,

onde se estabelecem normas que autorizam o Poder Executivo de qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Sinteticamente, desta lei se desprende a idéia de que os bens, as atividades e a administração de tais entidades passam para a administração privada, mantendo, entretanto, suas finalidades originais.

Para se habilitarem a serem qualificadas como organizações sociais, as entidades privadas já constituídas sob a personalidade jurídica de fundação, associação ou sociedade civil, terão que comprovar, segundo dita o art. 2º da Lei nº 9.637/98, que seus atos constitutivos (escritura e estatuto) dispõem sobre a natureza social de seus objetivos, finalidade não lucrativa, ter um Conselho de Administração como órgão de deliberação superior, com a participação de representantes do Poder Público e membros da comunidade, devem ter ainda uma diretoria com composição e atribuições próprias, obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão e a proibição de distribuição de bens ou parcela do patrimônio líquido, em qualquer hipótese.

Terão que ter previsto, ainda, que em caso de extinção ou desqualificação, o patrimônio, os legados ou doações, bem como os excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, serão incorporados em outra organização social, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Por fim, terão que obter a aprovação, quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, pelo Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado e pelo Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social.

Embora sejam definidos critérios para a qualificação de uma entidade como organização social, não há, na Lei nº 9.637/98, regras objetivas que orientem a decisão da autoridade pública quanto à aprovação da entidade como organização social, apenas uma referência sobre "oportunidade" e "conveniência", e tal aprovação fica a cargo "do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado" (inciso II do art. 2º).

Da simples leitura da letra da lei, verifica-se o elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade. Não está prevista nem uma consulta a algum órgão colegiado ou conselho formado por representantes da sociedade civil, haja vista que decisões desta natureza e relevância são, por demais, de interesse de toda a coletividade.

O art. 8º da já referida lei dita que a fiscalização da execução do contrato de gestão ficará a cargo do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, ou seja, do mesmo órgão que qualificou a entidade com status de organização social e a contratou.

A lei orienta que, no caso de ilegalidades ou irregularidades, o órgão fiscalizador deve dar ciência ao Tribunal de Contas da União ou ao Ministério Público, para a tomada de providências.

A Lei das Organizações Sociais está sendo objeto de argüição de inconstitucionalidade pela ADIn nº 1.923-6 e pela ADIn nº 1.943-1. Em ambas, requer-se liminar contra a totalidade da lei e, em especial, contra o art. 2º, *caput,* e inc. II, porque ao outorgarem ao Poder Executivo o poder de atribuir a qualificação de organização social à entidade que desejar, sem qualquer critério objetivo, configura-se violação ao princípio do Estado Democrático de Direito.

1.4 Marco Legal das Entidades sem Fins Lucrativos

Provavelmente em conseqüência da situação de desconhecimento sobre as entidades sem fins lucrativos vigente em nosso País, tanto por parte de legisladores, quanto de integrante dos outros poderes e até mesmo pelo Ministério Público, é que nossa legislação sobre o assunto sempre foi tão complexa e esparsa, não havendo uma organização linear das normas sobre o assunto.

As fundações estão regulamentadas, basicamente, com um artigo na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 11); dezessete artigos no Código Civil (arts. 44, 52 e 62/69) e seis artigos no Código de Processo Civil (1199/1204).

No tangente às associações, o legislador dedicou-lhes um capítulo específico no novo Código Civil, mantendo para elas, no que couber, o pertinente às fundações e sociedades e as exigências, também comuns a todas as pessoas jurídicas de direito privado contidas na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/73) e dispositivos esparsos em legislações específicas para determinados casos.

No art. 5º da Constituição Federal, no Capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, estão estabelecidas as regras gerais sobre a criação e o funcionamento de associações de pessoas. Dita que, para fins lícitos, é ampla a liberdade de associação e que o Estado não pode interferir no seu funcionamento.

Por tais razões, torna-se extremamente difícil a criação de uma entidade sem fins lucrativos ou até mesmo a qualificação e regulamentação

de seu funcionamento. Um exemplo fácil é o caso das fundações que são veladas pelo Ministério Público do Estado onde estão situadas. Neste caso, em face da independência de cada Ministério Público Estadual, deverá ser editado um ato administrativo diferente para cada unidade da federação, regulamentando a forma em que se dá tal velamento.

Assim, são diversos e, por vezes até conflitantes, os procedimentos para a instituição de uma fundação ou a forma do velamento de tais entidades por parte dos Promotores de Justiça dos vários Estados.

Escassas também, a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, embora tendo como marco a Constituição Federal de 1988, ainda não existem estudos muito aprofundados ou detalhados sobre o assunto.

A necessidade de um maior controle da sociedade e do Estado sobre o Terceiro Setor e até mesmo de maior visibilidade e transparência deste é relevante na procura de melhor efetividade e fiscalização com relação à licitude e objetividade das ações, bem como na correta aplicação dos recursos públicos pelas Organizações não Governamentais.

Apesar deste descuido, não é, definitivamente, com o engessamento de todas as ONG's ou com o desprestígio dos órgãos apropriados do Estado, que obteremos solução para tal conflito.

Parece-nos claro que, três pontos precisam ser esclarecidos para melhor compreensão e fiscalização do Terceiro Setor.

O primeiro é a necessidade de todos (Estado e sociedade civil) obter noções técnicas sobre a matéria. É preciso saber que o Primeiro Setor é o Estado (encarregado pela justiça, segurança coletiva, políticas públicas, etc.); que o Segundo Setor é o mercado (produção e comércio de bens, sempre visando

lucro) e que o Terceiro Setor é composto pelas organizações sociais sem fins lucrativos, aquelas que, embora privadas, prestam serviços públicos.

Necessário conhecer que, legalmente, só existem associações sem fins lucrativos e fundações no Terceiro Setor e que as ONG's são todas as entidades privadas sem fins lucrativos, bem como instituto é gênero ou denominação e não espécie de pessoa jurídica.

O segundo ponto a se conhecer, é o fato de que toda a legislação pertinente às ONG's foi elaborada a partir do ponto de vista exclusivo de algum setor, segundo os interesses deste.

Há que se ressaltar que as leis foram elaboradas em total descompasso com a realidade, bem como com a estrutura existente de fiscalização Assim, deverá ocorrer uma codificação da legislação, após um aprimoramento de profundas discussões.

Finalmente, o terceiro ponto é a indiscutível necessidade de fiscalização e controle das ONG's, principalmente por quem e a forma pela qual deve ser feito o acompanhamento estatal sobre tais entidades.

Os principais motivos pelos quais as ONG's devem ter uma fiscalização séria e constante são: *a)* o patrimônio e as rendas dessas entidades de interesse coletivo não pertencem a seus administradores e, obrigatoriamente, devem ser utilizados nos objetivos estabelecidos em seus estatutos; *b)* tais entidades existem para suprirem ou cooperarem com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, ou devendo receber, por tal motivo, benefícios fiscais e/ou tributários do Estado, o que, além de envolver o interesse geral da sociedade, amplia a possibilidade de pessoas desonestas tentarem se utilizar dessas pessoas jurídicas para obter vantagens ilícitas; *c)* as ONG's são instituídas e mantidas por pessoas que professam os mais diversos credos

religiosos, pessoas de todas as ideologias políticas e são instituídas com os mais diversos objetivos, podendo, por isso, imiscuírem-se em questões que podem afetar a própria segurança ou o regular funcionamento do Estado.

Claro nos parece que dentre os órgãos e poderes do Estado o Ministério Público é o único que foi criado detendo um caráter ecumênico, apartidário e transideológico, uma vez que não está submetido a qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), não está vinculado também a qualquer religião, partido ou ideologia política.

Evidente que o próprio Ministério Público precisa melhor se aparelhar e mais se inteirar sobre o assunto para que, efetivamente, conviva com essas entidades.

Necessária, desta forma, uma consolidação e um real aprimoramento da legislação pertinente a todas as entidades sem fins lucrativos, já que prestam serviços públicos e são de interesse de toda coletividade.

Ainda há que se falar que o Ministério Público não tem condições de sozinho, realizar a fiscalização das entidades sem fins lucrativos de forma eficiente, haja vista a pulverização de entidades e o engessamento do Ministério Público, no que diz respeito ao seu crescimento, tendo em vista a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em virtude disto, tanto a Administração Pública quanto o Terceiro Setor deveriam procurar criar outros mecanismos para o auxílio desta fiscalização.

1.5 Das Associações

Com a redação do Código Civil Brasileiro/2002 as antigas sociedades civis sem fins lucrativos deixaram de existir, restando, com a denominação de sociedades as entidades congregadoras de pessoas com fins lucrativos. A aglomeração de pessoas sem fins econômicos é, agora, denominada exclusivamente de associações.

Para que uma associação de pessoas seja, de fato e de direito, uma pessoa jurídica (sujeito de direitos e deveres) e para que ela pratique os atos da vida civil com legitimidade, é necessário que se cumpram algumas condições previamente estabelecidas em lei.

Assim como qualquer pessoa jurídica de direito privado, a associação terá reconhecido o início de sua existência, ou será dada validade aos atos que praticar, a partir da efetiva inscrição de seus atos de constituição no órgão público de registro – Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Desta forma, se pessoas (físicas ou jurídicas) se reunirem de forma organizada na busca de objetivos que não visem lucratividade para elas, e que persigam interesses demandados pela coletividade, estarão instituindo uma associação.

A lei não define o número mínimo de pessoas que seriam necessárias à constituição de uma associação, mas, por ilação, podemos afirmar o número mínimo de seis pessoas. Tal dedução decorre da leitura de alguns artigos do Código Civil, onde se menciona a necessidade de voto de 2/3 ou de 1/3 dos associados para a composição de determinados quoruns, ou para validar algumas deliberações, o que exige a presença de mais de duas pessoas para que os atos ali praticados sejam considerados válidos. Também a lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS), dentre outras leis, bem como a maioria das regulamentações administrativas, especialmente as

editadas pelos Ministérios Públicos Estaduais, exigem, além de uma diretoria coletiva (sempre com mais de dois integrantes), a existência de um órgão de controle interno (Conselho Fiscal), composto por, no mínimo, três membros.

O desejo de constituir uma associação deve ser documental e publicamente formalizado, para que seja legalmente válido.

2. Das Fundações

Inicialmente, traçaremos um breve histórico sobre as origens do instituo fundação, as quais podem, num primeiro momento, serem explicadas pelo espírito de solidariedade, atributo do ser humano, dirigido a uma busca de meios ou formas de auxílio às pessoas necessitadas.

Desde os primórdios da história da humanidade, registram-se atitudes de homens que destinavam bens para uma finalidade social.

Fundação é, na sua concepção mais íntima, um instrumento pelo qual o ser humano pode, como pessoa física ou jurídica, transmitir à sociedade de seu tempo e às sucessivas gerações seus ideais e convicções.

Os antecedentes da figura fundacional podem ser localizados no antigo Egito, onde atos filantrópicos, próprios daquela civilização, foram institucionalizados e, mais tarde, cristalizados com maior consistência na Grécia.

No princípio, na Grécia Clássica, proibiu-se que as escolas de filósofos conseguissem manter-se com fundos próprios ou por meio de doações.

Tempos depois, as fundações firmaram-se em Roma, baseadas na transferência de patrimônio a uma cidade, com imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato *inter vivos.*

Efetivamente, a idéia de filantropia, ou dos mecenas, o que hoje chamamos de fundação orientadas a finalidade de interesse geral começou a se delinear, mais solidamente, na Idade Moderna, depois do Renascimento e da Reforma e veio se aperfeiçoando até os nossos dias.

O primeiro relato de fundações no Brasil, segundo informações trazidas pelo ilustre Promotor de Justiça de Fundações da capital de São Paulo, Dr. Edson José Rafael, data de 1.738, quando Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, resolveu separar parte de seu patrimônio para formar um "fundo" a fim de auxiliar, exclusivamente, os expostos na "roda" (caixa giratória, em forma de cesta embutida numa roda, onde colocavam bebês pelo lado externo, os quais eram retirados, pelo lado interno, pelas enfermeiras da Santa Casa), que, assim, passariam a ter tratamento digno, ao serem atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro.

Assim nasceu a "Fundação Romão de Matos Duarte", funcionando paralelamente à Santa Casa do Rio de Janeiro, com patrimônio próprio, afeto à finalidade exclusiva de dar proteção e apoio aos órfãos desvalidos cariocas.

Da mesma forma, foram feitos vários testamentos em outras cidades brasileiras, onde existiam "Santas Casas de Misericórdia", com legados a servirem para tal ou qual finalidade.[1]

Legalmente, porém, só se ouviu falar em fundações nos idos do ano de 1.903, com a Lei nº 173, de 10 de setembro de 1.903, que conferia

---

[1] PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesses Social.* 4. ed. Brasília: 2003

personalidade jurídica a entidades com fins lucrativos, científicos e religiosos, não obstante a doutrina já reconhecer a figura fundacional mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil.

Com o advento do Código Civil de 1.916, houve a consolidação no ordenamento jurídico positivo, do instituto fundacional como pessoa jurídica de direito privado, dotada de um patrimônio composto por bens livres, destinados a uma finalidade social determinada.

Sobre a conceituação acerca do instituto fundação, a doutrina majoritária brasileira acompanha as lições, acerca do tema, de Maria Helena Diniz, que traça fundações como sendo universalidades de bens personalizados pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador, sendo este objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor.

Configura-se, assim, um acervo de bens livres, que recebe da lei a capacidade jurídica para realizar as finalidades pretendidas pelos seus instituidores, em atenção aos seus estatutos.

Merece ressalva, consoante anteriormente exposto, a diferença básica entre sociedades, associações e fundações está relacionada com a própria gênese de tais pessoas, pois as sociedades e associações são decorrentes da reunião de pessoas, enquanto que as fundações se originam de um patrimônio vinculado a um objetivo de interesse coletivo.

Em face de dispositivos constantes do Código Civil e do Código de Processo Civil, específicos para as fundações, pertinentes a mais exigências à constituição e administração de tais pessoas, e, ainda, à determinação expressa de velamento delas pelo Ministério Público, estudaremos as conseqüências práticas dos referidos diplomas legais para elas, enfatizando os

pontos divergentes na definição e natureza existente entre as pessoas patrimoniais (fundações) e as corporações de fins não lucrativos (associações).

Sobre o nascimento, vida e morte de uma fundação, as regras gerais estão contidas nos artigos 62 a 69 do Código Civil e 1199 a 1204 do Código de Processo Civil.

O art. 62 do Código Civil estabelece:

> *Art. 62.* ***"Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.***
> *Parágrafo único.* ***A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência."***

Neste ponto, a discussão concentra-se em se definir o que é mais importante para caracterizar uma fundação. Alguns dizem que o verdadeiro sentido da fundação está no patrimônio; outros afirmam que sua essência está nos fins ou objetivos a que se direcionam e ainda há os que julgam ser o interesse público sua característica mais importante.

Em verdade, as três características (patrimônio, fim ou objetivo e interesse público) são fundamentais, sendo que ausente um dos três elementos não há que se falar em fundação.

A fundação é uma espécie diferenciada de pessoa jurídica, pois nela não há, como nas demais e conforme se desprende do próprio conceito de pessoa jurídica de direito privado, uma associação de pessoas. É ela um

conjunto de bens, com um fim determinado, ao qual a lei atribui a condição de pessoa.

A administração deste patrimônio transformado em pessoa é apenas um instrumento para o alcance das finalidades impostas pelo instituidor.

Fundação é, portanto, diferentemente das demais pessoas jurídicas, um patrimônio com um fim determinado que, por força de lei, adquire personalidade. São, as fundações, pessoas jurídicas patrimoniais.

Desta feita, face ao direito pátrio, fundação pode ser definida como uma instituição de caráter social, criada e mantida por iniciativa particular ou do Estado, com finalidades filantrópicas, educacionais, assistenciais, culturais, científicas ou tecnológicas, tendo, como fundamento de sua existência, um patrimônio destinado a um fim.

Dependendo do instituidor e de determinadas características, as fundações terão a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, quando instituídas conforme os preceitos da lei civil, ou a natureza de pessoa jurídica de direito público, quando instituídas por pessoas jurídicas de direito público, nos moldes do direito administrativo.

Para a constituição válida de uma fundação, são necessários os seguintes requisitos:

a) um patrimônio composto de bens livres e desembaraçados, no momento da constituição;

b) declaração solene da vontade do instituidor, manifestando o desejo de criar a nova pessoa jurídica com a dotação a ela destinada, por meio

de Escritura Pública ou Testamento, ou, ainda, Lei autorizativa, quando instituída por ente público;

c) a declaração, especificada, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação;

d) estatuto a regulamentar as atividades e a forma de administração da entidade, o qual deverá sempre atender às bases deixadas pelo instituidor;

e) uma administração;

f) o registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com prévia aprovação dos atos de constituição pelo Ministério Público, sem os quais a fundação não adquire personalidade.

Diferente das exigências para a constituição de uma associação, onde basta que a ata de reunião onde o grupo de pessoas se uniu com um objetivo de interesse comum e o estatuto, seguindo as regras ditadas pelo Código Civil (arts. 53 a 61) e pela Lei de Registros Públicos (arts. 114/115 e 119/121), sejam transcritos e arquivados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O instituidor (pessoa física ou jurídica) deve ter plena capacidade civil, pois somente assim poderá transmitir patrimônio por ato unilateral de vontade – escritura pública ou testamento.

Há a exceção prevista no parágrafo único do art. 1860 do Código Civil Brasileiro/2002, que permite ao menor, desde que tenha mais de dezesseis anos, o direito de fazer testamento, podendo então, destinar bens que se transformarão em fundações.

No caso do instituidor ser pessoa jurídica, a deliberação para a instituição deverá obedecer aos regulamentos que dirigem tal pessoa e ser registrada em ata.

Alguns Estados e alguns Municípios estão, por regras inscritas em suas Constituições ou Leis Orgânicas, impedidos de instituir fundações públicas regidas pelo direito privado, conforme anteriormente era possível.

Com relação às associações, aplicam-se as mesmas regras, exceto o que se refere ao patrimônio e à impossibilidade de serem instituídas por uma só pessoa.

Ainda merece ressalva a análise das diferenças entre fundação de direito público e fundação de direito privado.

A fundação de direito público faz parte da administração indireta. É o próprio serviço público. É criada por lei e instituída por decreto. Seu estatuto é baixado por decreto. Seus funcionários são servidores públicos, admitidos mediante concurso. O regime jurídico de seus servidores é o regime único. Tem suas receitas oriundas do orçamento público, parcial ou totalmente. Suas compras são efetuadas através de licitação. Os seus atos administrativos devem ser publicados no órgão oficial. Goza de imunidades tributárias denominadas imunidades intergovernamentais recíprocas. Os atos de seus administradores podem ser atacados por mandados de segurança. Submete-se ao controle do Tribunal de Contas do Estado e seus administradores são ocupantes de cargos de confiança do Poder Executivo e por este são nomeados.

Já as fundações de direito privado, instituídas pelo poder público, são criadas por autorização legislativa. Têm seus atos de instituição e

estatutos averbados no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Seus empregados são contratados sob o regime da CLT. Está sob o velamento do Ministério Público, etc.

A finalidade a que se destina a fundação, a ser especificada pelo instituidor, pode ser de qualquer espécie, desde que seja lícita e de interesse coletivo.

A vontade do instituidor deverá ser determinada de modo preciso e explícito através de escritura pública ou testamento. Jamais, ainda que a fundação seja extinta, o instituidor ou seus administradores ou o Poder Público poderão alterar os objetivos iniciais da fundação.

Além de (e por ser de) interesse público estes fins não poderão objetivar lucros ou rendimentos para quem institui a entidade ou para quem venha a administrá-la.

2.1 Do Patrimônio da Fundação

A fundação é uma pessoa jurídica constituída por um patrimônio que lhe é destinado para cumprir um fim específico e determinado no ato de sua instituição.

O Código Civil vigente reza que o patrimônio, composto de bens livres, juntamente com a finalidade, são elementos indispensáveis para instituição e caracterização da fundação.

Sobre a expressão "bens livres", pode-se afirmar que são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor

econômico, podendo ser classificados ou agrupados por elementos comuns, sendo a classificação mais usual aquela que separa os bens em móveis e imóveis e que comumente são apresentados como integrantes da dotação inicial do patrimônio de uma fundação.

A dotação inicial é a ação do instituidor (pessoa física ou jurídica), pela qual destaca de seu patrimônio particular uma fração de bens ou direitos para destiná-la à realização do fim a que se destina a fundação.

Há que se dizer que a dotação pode ser feita por ato entre vivos ou via testamento. No primeiro caso trata-se de uma destinação, já no segundo, será um ato jurídico autônomo de destinação de um patrimônio para uma obra.

Tal ação deverá ser consignada na escritura pública de constituição da fundação, lavrada e registrada em Cartório de Notas, Títulos e Documentos; constando a relação dos bens, com seus valores econômicos especificados e juntados aos documentos comprobatórios da propriedade de tais bens.

Após o registro da escritura pública de criação da fundação ou da lavratura do testamento, a dotação inicial deverá ser, de fato, concretizada. Esse ato dar-se-á após a aprovação do estatuto da fundação pelo Ministério Público, uma vez que somente após a aprovação e o registro do estatuto é que a entidade adquire personalidade jurídica e pode ser, legalmente, sujeito de direitos e obrigações.

Sobre o montante da dotação inicial, tanto a doutrina como a legislação pátria, nada especificam sobre o que significa uma dotação inicial mínima indispensável e suficiente para a instituição de uma fundação.

Prestando atenção ao art. 63 do Código Civil vigente, resta claro que o legislador estabeleceu que os bens integrantes da dotação inicial devem ser suficientes para a concretização dos fins a que se destina a pessoa fundacional.

Como atos por título gratuito, testamento ou doação, podem, em princípio, serem revogados. Evidente que há um prazo estabelecido para tal manifestação, o qual termina justamente com a completa formação da pessoa jurídica fundacional, no momento em que ocorre o registro do seu estatuto no cartório competente.

Em se tratando, a fundação, de um patrimônio personificado pela finalidade a que é destinado; seus bens são, via de regra, inalienáveis.

Para que haja a possibilidade de venda de algum dos bens da fundação é preciso que seja, esta venda, aprovada pelo Conselho Curador da entidade. Após tal deliberação, será submetida ao Promotor de Justiça/Curador de Fundações.

Então, havendo a concordância do Ministério Público sobre a venda do bem imóvel, esta deverá ser efetuada, sob pena de nulidade, por meio do ajuizamento pela fundação de uma ação autorização judicial para venda, pedindo-se a expedição de alvará.

2.2 Das Finalidades da Fundação

A fundação, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma instituição de fins determinados pela vontade do instituidor e condicionados à dotação de bens livres que formam seu patrimônio. As finalidades serão

especificadas pelo instituidor (pessoa física ou jurídica) em escritura pública ou em testamento, consoante determina o art. 62 do Código Civil de 2.002.

É de praxe que as fundações, por meio de suas finalidades eminentemente sociais, procurem beneficiar a coletividade, sendo que, para tanto, a vontade do instituidor deve estar voltada a um interesse geral, coletivo.

Devemos salientar que em nosso ordenamento jurídico não há prévia limitação aos fins ou às finalidades que possam ser buscadas pelas fundações.

Como dito anteriormente, os fins da fundação devem constar especificados na sua escritura de constituição e podem atender a qualquer necessidade ou anseios sociais de uma sociedade. As atividades devem ater-se apenas à consecução dos fins especificados na escritura e no estatuto, sendo estas atividades, como meio de consecução das finalidades, passíveis de serem alteradas. Contudo, os fins especificados não podem ser alterados, o que decorre do princípio da especialidade dos fins.

Assim entendeu o legislador civilista ao estabelecer, no art. 67, inc. II, que os estatutos de uma fundação não podem ser alterados, contrariando ou desvirtuando os fins da entidade.

Não são admissíveis alterações estatutárias dos fins das fundações distanciadas ou contrárias aos propósitos do fundador.tais alterações podem ser qualificadas como nocivas à própria fundação, sendo causa, até, para sua extinção.

2.3 Da Forma de Atuação da Fundação

Toda fundação tem uma realidade interna configurada pela sua organização, sua administração. Esta estrutura administrativa deve estar afinada com as inspirações e aspirações de seus instituidores, cabendo aos seus gestores e administradores atuar com coesão, coerência e sintonia com os ideais de criação da entidade.

Na forma de atuação da fundação, a administração tem especial importância.

Todo o administrador de fundação deve conhecer as finalidades da entidade e ter em mente que não ambiciona fins lucrativos. Deve, em todos os seus atos, seguir a vontade do instituidor e realizá-los em favor das pessoas a quem ele objetivou apoiar.

Os princípios constitucionais da legalidade e impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e da eficiência devem nortear as atividades da fundação, que senão pública, tem fins públicos e sociais.

A transparência e a moralidade dos atos e de suas atividades, em consonância com as normas estatutárias vedam a concessão de quaisquer benefícios a pessoas físicas ou jurídicas de que participe, direta ou indiretamente, a qualquer título, membro de seus Conselhos ou Diretoria.

A ética deve estar sempre presente, tanto na ação da fundação como no comportamento de seus administradores, devendo destinar efetivamente o patrimônio e as suas rendas ao cumprimento dos fins essenciais da entidade; tornar públicas as suas ações, dando a todos, informações suficientes sobre seus fins e suas atividade e, por fim, atuar com critérios de imparcialidade e não-discriminação na determinação de seus beneficiários.

Nosso ordenamento jurídico não veda o exercício de atividades comerciais ou industriais pelas fundações; apenas condiciona que tais atividades não tenham fins lucrativos e sejam realizadas no estrito cumprimento das finalidades estatutárias da pessoa jurídica fundacional

Aliás, na atualidade, identifica-se como necessário o desenvolvimento, por parte da fundação, de atividades que a insiram no mercado, a fim de que arrecade recursos para a concretização dos seus fins.

A finalidade fundacional representa benefício para a coletividade e o negócio fundacional é ato gratuito e de liberalidade, entendido como atividade realizada com a intenção de favorecer a outrem, atribuindo-lhe alguma vantagem ou benefício, geralmente de cunho econômico, para satisfazer uma necessidade que contribui para o bem-estar social.

A fundação pode, dentro de certos limites, cobrar de seus usuários, pelos serviços prestados, desde que seja o preço justo e coerente.

Sobre a responsabilidade do administrador no exercício regular da gestão, tem-se que tal administrador não responde civilmente pelas obrigações contraídas em nome da entidade, em virtude do ato regular de gestão.

Em caso de irregularidade, o Ministério Público é legitimado para propor uma ação civil pública.

Na questão sobre o funcionamento interno da fundação, a administração, há que se percorrer pelo caminho correspondente ao planejamento estratégico, planejamento orçamentário (ou planejamento tático) e respectiva execução e controle.

Os recursos de uma fundação são limitados, independendo do tamanho e dimensão de sua organização. O planejamento estratégico é uma maneira de utilizar todos os seus recursos da forma mais eficiente, eficaz e produtiva.

O plano orçamentário é o instrumento fundamental para que a fundação atinja os objetivos definidos no planejamento estratégico, justamente para melhor gerir os limitados recursos à disposição dos administradores.

A execução do plano orçamentário deve ser registrada e controlada por meio de um sistema contábil compatível com a natureza da organização.

Deve, ainda, ser sujeita a um processo de integral avaliação, a fim de que sejam indicados os resultados e os retornos alcançados pelas atividades e projetos da entidade no campo social.

2.4 Da Prestação Anual de Contas pelas Fundações ao Ministério Público

A prestação anual de contas, a ser apresentada pelas fundações às Curadorias de Fundações de cada Comarca, tem sua regulamentação estabelecida em atos da administração superior dos Ministérios Públicos. Tal obrigatoriedade se materializa por meio de Resoluções emanadas das Procuradorias Gerais de Justiça de cada Estado da Federação.

A prestação, na maioria dos Estados brasileiros, é feita por meio de um sistema informatizado denominado Sistema de Cadastro e Prestação de Contas (SICAP), o qual é auto-explicativo, o que facilita o trabalho tanto das

entidades que prestarão as contas quanto do órgão, neste caso, o Ministério Público que irá analisá-las.

As vantagens de utilizar o SICAP são a padronização das prestações de contas das fundações de direito privado e entidades de interesse social, a facilidade de preenchimento, agilidade do trâmite dentro do Ministério Público, organização das informações, possibilidade de recuperação de informações do ano anterior, dentre outras.

Devem prestar contas ao Ministério Público, através do SICAP, as fundações de direito privado e as associações ou entidades de interesse social.

2.5 Da Extinção da Fundação

A extinção da fundação consiste na eliminação ou supressão dessa pessoa jurídica do mundo dos negócios jurídico, acompanhada da liquidação do seu respectivo patrimônio.

Tal extinção somente poderá ocorrer se o fim da fundação estiver esgotado, se se tornar inútil ou mesmo impossível de atingir.

Por ser a extinção de uma fundação um fenômeno jurídico e social, em razão das finalidades afetadas ao seu patrimônio, cabe ao próprio Estado, por meio do Ministério Público competente, verificar se realmente existem situações de fato e de direito a justificarem a supressão dessa pessoa jurídica fundacional.

Nesta seara, cabe ao Ministério Público, sempre que entender que a extinção é inconveniente, encontrar meios dentro do seu poder de velamento, de alterar a administração, destituir administradores, reforçar ou reconstituir o patrimônio ou até permitir uma adequação nos fins para que a entidade possa manter-se em atividades.

Tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil (art. 1.204), encontram-se as razões pelas quais pode ocorrer a extinção de uma fundação; quais sejam, a ilicitude de seu objeto (sinônimo da sua nocividade), a impossibilidade de sua manutenção e o vencimento do prazo de sua existência.

A lei admite que uma fundação possa ser extinta administrativa ou judicialmente, conferindo legitimação ativa a qualquer interessado e ao órgão do Ministério Público, consoante o art. 1.204, *caput* do Código de Processo Civil.

> *Art. 1.204.* ***"Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:***
> ***I – se tornar ilícito o seu objeto;***
> ***II – for impossível a sua manutenção;***
> ***III – se vencer o prazo de sua existência."***

A extinção por via administrativa é a mais comum e ocorre quando os administradores da fundação, ou seja, os integrantes dos Conselhos Curador e Administrativo, acordam pelo fim das atividades da entidade fundacional.

Daí caberá ao Ministério Público, de posse da ata de reunião conjunta que deliberou pela extinção administrativa da fundação, e estando ela

com suas prestações de contas regulares, aprovar, em ato, a extinção apresentada, encaminhando sua decisão, na qual constará o destino a ser dado aos bens remanescentes do patrimônio fundacional, para registro no cartório competente.

Já a extinção por via judicial não é tão freqüente. Porém, poderá ser interposta diretamente uma ação, ou poderá haver um inquérito civil público preparatório da ação de extinção, ou mesmo tomadas outras medidas administrativas ou judiciais preparatórias da ação principal extintiva.

3. O Velamento das Fundações pelo Ministério Público

O patrimônio que compõe uma fundação pertence à sociedade ou a uma parcela determinada desta, pois quando a pessoa jurídica fundacional (com patrimônio destinado a um fim social) adquire personalidade (no momento em que ocorre o registro no cartório de registro civil das pessoas jurídicas), aqueles bens que passaram a constituir a fundação se desvincularam totalmente do instituidor, pois surge uma pessoa nova, ou seja, um novo sujeito titular de direitos e obrigações, o qual não detém, por si, capacidade de exercitar direitos ou cumprir obrigações, já que o próprio patrimônio também é a pessoa (não pertencendo ao instituidor ou aos membros de sua administração, nem ao Estado e tampouco aos seus usuários), necessitando, então, de uma assistência diferenciada por parte do Estado, vez que o objetivo é público e o "dono" do patrimônio é indeterminado.

Diferentemente das demais pessoas jurídicas, onde pessoas físicas se unem para a criação de um ente jurídico, geralmente temporário e com especificação das atribuições, direitos e vantagens de cada um de seus membros, a fundação é um patrimônio que se transforma em pessoa. Pessoa eternizada em

seu próprio conceito. Pessoa jurídica a quem a lei assegura a continuidade de seus objetivos mesmo depois de sua extinção, como reza o artigo 69 do Código Civil Brasileiro/2002, onde fica estabelecida a incorporação do patrimônio remanescente a alguma entidade congênere, após a extinção da fundação.

> *Art. 69.* ***"Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante."***

Indiscutível que o patrimônio, ao se transformar em fundação, passa a pertencer à sociedade e adquire caráter de indisponibilidade que perdura através dos tempos.

Normalmente são entidades privadas que prestam serviços de interesse coletivo, dentro de um interesse delineado pelo instituidor nos atos de constituição da pessoa, ou seja, a fundação supre a ausência ou carência do Estado em certa área e é administrada por uma vontade transcendente (vontade do instituidor na escritura de constituição), ao contrário das associações ou sociedades, que são geridas por uma vontade imanente (que está nelas próprias, expressada por meio de seus sócios ou associados).

Os cargos de administração, ocupados temporariamente, existem para tornar possíveis os objetivos estabelecidos pelo instituidor, ao passo que os fins da fundação são, na maioria dos casos, perenes e sempre imutáveis na sua essência. Os órgãos de administração não se confundem com os

indivíduos que, eventualmente, decidem e praticam atos jurídicos representando a fundação.

A sucessão dos titulares não afeta a identidade do órgão, a qual existe nos estatutos ou nos atos de constituição, atribuindo competências e regulando atribuições, poderes e deveres.

Enquanto numa sociedade ou associação há sócios ou associados e são eles que têm o poder de elaborar ou alterar estatutos, instituir e suprimir órgãos de administração, designar titulares para estes órgãos, etc., na fundação não há a figura do sócio ou do associado e todos aqueles atos estão condicionados na própria escritura de instituição e no estatuto elaborado pelo instituidor, por seu representante ou pelo Ministério Público. Todos estes encarregados pela lei de elaborar os atos normativos de uma fundação, diferentemente dos sócios e associados naquelas entidades, são estranhos ao gerenciamento e atividades administrativas.

Certamente o mais importante escopo a sustentar o velamento das fundações, mostra-se em virtude de tais entidades suprirem ou cooperarem com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, por tal motivo, benefícios fiscais e/ou tributários oferecidos pelo Estado. Isto, questão de interesse geral, amplia a possibilidade de que pessoas desonestas tentem se utilizar dessas entidades para se locupletarem ilicitamente, o que somente pode ser evitado diante de uma efetiva fiscalização por algum dos órgãos de defesa dos interesses coletivos, aqui, o Ministério Público. Assim, permite e dá plena garantia de funcionamento eficaz às fundações sérias e necessárias.

As fundações são instituídas e mantidas por pessoas (físicas e/ou jurídicas) que professam as mais variadas religiões, que adotam diferentes ideologias e que se vinculam ou defendem vários partidos políticos e, ainda, há fundações direcionadas aos incontáveis interesses da sociedade (saúde,

educação, meio ambiente, previdência, etc.). Assim, necessário se faz que a instituição encarregada de velar por tais entidades, além de possuir um caráter ecumênico, apartidário e transideológico, tenha em seus objetivos institucionais a defesa dos interesses coletivos.

Sob essa ótica, ressalvando que é obrigatória uma especial atenção do Estado com relação às fundações, não existe, na organização estatal, instituição mais apropriada e preparada para exercitar referido velamento do que o Ministério Público que, de muito, vem sendo reconhecido como um órgão eficiente, eficaz e concreto de defesa da sociedade (dos interesses individuais indisponíveis, dos direitos difusos e dos interesses coletivos), o que culminou na Constituição Federal de 1988, especialmente no seu artigo 127.

> *Art. 127.* ***"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."***

Sinteticamente, podemos apontar que as razões, pelas quais o Ministério Público deve acompanhar a instituição e o andamento das fundações, são, basicamente, que ela é um patrimônio que se transforma em pessoa, patrimônio este que pertence à sociedade ou, ao menos, a uma parcela desta, uma vez que são bens móveis ou imóveis que, se destinados ao ente fundacional, desvinculam-se de seu instituidor e tornam-se de domínio público, em razão de sua finalidade social.

As fundações substituem e complementam as atividades governamentais, prestando serviços à coletividade de forma desinteressada e

onde predomina o interesse público, em caráter gratuito e sem fins lucrativos, e o fazem dentro dos objetivos e finalidades estabelecidos pelo instituidor.

A entidade deve apresentar uma estrutura organizacional delineada, de forma a tornar possível a consecução das finalidades estabelecidas, pois os fins são perenes e imutáveis na sua essência.

Por fim, as fundações cooperam com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, por isso, benefícios e isenções tributárias, procedimento este que o Ministério Público deve acompanhar de forma precisa e minuciosa.

Porém, mais uma vez se faz mister lembrar da dificuldade que o próprio Ministério Público enfrenta, haja vista o elevado número de entidades sem fins lucrativos, configurando a impossibilidade da real fiscalização destas instituições. Desse modo, é necessário se a instituição de mais mecanismos de controle, como, por exemplo, conselhos compostos por membros da sociedade civil e órgãos da própria Administração, quando destina recursos, responsabilizando tais órgãos, no caso de negligência na função de fiscalizar.

3.1 Alcance do termo "velar"

Quando o projeto de lei que instituiu o novo Código Civil Brasileiro foi enviado para o Congresso Nacional, constava de seu texto, no artigo 26, o termo "inspecionar" em substituição ao termo "velar". Porém, o termo "velar" foi mantido no atual diploma legal, no seu art. 66, por ser mais abrangente que "inspecionar", seguindo sábia sugestão de Rui Barbosa.

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

Administrativamente, "velar" significa exercer uma incessante e intensa vigilância sobre a entidade. Significa fiscalização, controle e auxílio, desde o ato de sua instituição. Antes da existência da entidade (a própria concepção registrada em ata, quando o instituidor é pessoa jurídica), na análise e eventual aprovação do estatuto e de seus atos cartoriais de instituição, da existência e suficiência do patrimônio. Durante a existência da instituição, apreciando prestações anuais de contas, verificando eventuais irregularidades, autorizando modificações estatutárias, etc. E após a extinção da pessoa jurídica fundacional, indicando outra fundação para dar continuidade aos objetivos do instituidor, absorvendo o patrimônio que a constituiu.

3.2 O Ministério Público e o Velamento das Fundações Públicas

Há que se consignar que perdura uma determinada zona ofuscada de discussão no sentido de quem deve exercer a fiscalização das fundações públicas, se o Ministério Público ou Tribunal de Contas, ou ambos.

A Constituição Federal, em seu art. 71, diz que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

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

(...)

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

(...)"

Neste sentido, devemos observar que o fato de receber dinheiro de origem pública não transforma uma fundação privada em uma fundação pública. O que o Tribunal de Contas tem o dever de fiscalizar é a celebração de contratos entre fundações privadas com entidades públicas, decorrentes de efetivas prestações de serviços e seu respectivo pagamento.

Deduz-se, daí, que o elemento referencial a sujeitar uma entidade a ter suas contas analisadas e alguns de seus atos fiscalizados pelo Tribunal de Contas, é o fato dela depender, para sua instituição ou manutenção, de recursos oriundos do erário público, não obstante a personalidade jurídica com que se apresentam. Sinteticamente, ao Tribunal de Contas compete apreciar e julgar a forma de aplicação de recursos públicos e as atuações dos servidores públicos com relação a referidos valores.

Já o Ministério Público, seguindo as determinações da Constituição da Republica, é o órgão do Estado responsável pela "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", enfim, da defesa dos interesses públicos de toda a coletividade.

Evidente que não se pode impedir ao Ministério Público o exame dos estatutos das fundações autorizadas por lei, verificando se as disposições destes estão de acordo com a intenção da lei da qual ele provém.

Assim, certo e induvidoso que à luz da norma constitucional, o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, tem a obrigação de velar, também pelas fundações públicas, embora o faça de forma diversa daquela com que vela pelas fundações de natureza privada.

Parece-nos óbvio que, em se tratando de fundações públicas, esse velamento deve ser compatível com as fiscalizações exercidas pelos demais órgãos da administração, encarregados de fiscalizações específicas sobre tais pessoas (Ministérios ou Secretarias de Estado)

Dessa forma, não há qualquer conflito de atribuições ou competências, no tangente ao velamento e fiscalização de fundações públicas, entre Ministério Público e Tribunais de Contas, mas convergências daquelas, em razão dos diversos interesses envolvidos nessas atividades.

3.3 Da Legitimidade Ativa do Ministério Público para fiscalizar as Fundações e Entidades de Direito Privado sem Fins Lucrativos

A legitimação para agir no Direito Processual Civil refere-se ao aspecto subjetivo da ação, à sua titularidade.

Como de muito já se sabe, o direito de ação, como direito subjetivo público, abstrato, de caráter instrumental, é o direito da pessoa de obter determinado posicionamento do Poder Judiciário, que poderá ser favorável ou desfavorável, referente a um determinado fato; tal direito é conferido e regulado

pela lei processual, no art. 3º do Código de Processo Civil, e contido dentre as garantias constitucionais estampadas no art. 5º da Constituição Federal.

> *Art. 3º.* ***"Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade."***

Para o regular exercício de tal direito, são necessárias três condições: a possibilidade jurídica do pedido (admissibilidade em abstrato da pretensão suscitada, segundo o direito positivo vigente), o interesse de agir (necessidade do autor em obter a pretensão jurisdicional) e a legitimidade para agir.

A legitimação para agir pode ser ordinária ou extraordinária. Sendo que na legitimação ordinária, somente o efetivo titular do direito pode reclamar por tal direito; e na legitimação extraordinária a lei confere legitimidade para agir a quem não é titular do direito material reclamado e nem sequer afirma sê-lo. Aqui, alguém pleiteia em juízo, em nome próprio, direito alheio. Assim, toda vez que alguém defende em nome próprio direito alheio, ocorre a substituição processual.

Na maioria dos casos, ocorre a substituição processual quando o direito defendido abrange interesses coletivos, ou então, quando o titular do direito não tem condições legais ou jurídicas de se manifestar.

Na seara do direito social, quando a administração da entidade, titular do direito, por ação ou por omissão, gera situações que confrontam com a lei, com a vontade dos instituidores ou com o próprio estatuto, ou ainda de maneira ofensiva ao interesse público, o legislador conferiu ao

Ministério Público, como substituto processual, o pronunciamento judicial em resguardo dos interesses do patrimônio personalizado.

3.4 Interesses e Interesses Difusos

Inicialmente estudaremos, brevemente, sobre a conceituação acerca de interesses sociais, interesses gerais e interesses públicos.

"Interesse social", no sentido amplo da colocação, é o que diz respeito à sociedade civil; ou seja, é o interesse que reflete o que esta sociedade entende por "bem comum", o anseio de proteção à *res publica;* a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade elegeu como os mais relevantes.

"Interesse geral", considerando os subsídios trazidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, aproxima-se muito do conceito de interesse social (*lato sensu*), visto anteriormente; é intuitivo que o "geral" se opõe ao "individual", mas isso ocorre também com o "social" em face desse mesmo "individual".

A noção da expressão "interesse público" comporta uma concepção política e outra jurídica. Ao contrário do que ocorre com os interesses "social" e "geral", ambos estreitamente afetados às noções de "coletividade" e "sociedade civil", aqui predomina a presença do Estado, mais sólido e abrangente.

Vale ressalvar a noção da expressão "interesse coletivo", que, propriamente dito, deve ser entendido como aquele concernente a uma realidade coletiva, ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos e não aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais

quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais.

Alguns doutrinadores afirmam que, por influência de um denominador comum, interesses "coletivos" e interesses difusos" são sinônimos.

Os interesses difusos apresentam um grau de coletivização mais abrangente do que o interesse geral ou público, porque, enquanto estes têm a batizá-los os contornos de certos valores pacificamente aceitos (ex: segurança pública), os interesses difusos, ao contrário, permitem todos os posicionamentos. Enquanto o interesse geral ou público toca primordialmente ao cidadão, ao Estado, ao Direito; o interesse difuso se reporta ao homem, à nação, ao justo.

Assim, os interesses difusos excedem, transcendem aos interesses públicos ou gerais.

Os interesses difusos apresentam, como características básicas, indeterminação de sujeitos, indivisibilidade do objeto e intensa conflituosidade.

3.5 O Ministério Público e os Interesses Difusos

O poder do Estado é uno, expressão máxima de sua soberania. As funções é que se tripartem em Executiva, Legislativa e Judiciária.

Ao longo do nosso texto constitucional, o constituinte originário reconhece o Ministério Público como sendo a quarta função essencial do Estado, tamanha e fundamental a sua importância.

Como nas outras funções, organiza a instituição do Ministério Público com autonomia funcional e administrativa (art. 127 e seguintes da Constituição Federal/1988). Confere aos Procuradores-Gerais, iniciativa de leis complementares, de natureza constitucional, para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, fixando as garantias necessárias ao exercício da função constitucional que lhe atribui.

A Constituição Federal de 1.988 legitimou o Ministério Público para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na lei maior, bem como da proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Tendo em vista o acima citado, parece-nos fácil concluir que ao Ministério Público foi conferida uma legitimação para agir da forma mais ampla possível, como requer uma norma constitucional, utilizando-se de qualquer ação possível no ordenamento jurídico brasileiro, desde que a pretensão seja atender à missão que lhe confere o constituinte originário. Portanto, qualquer disposição infraconstitucional que lhe diminua o campo de ação deve ser considerada contrária a Carta Magna.

Daí extrai-se que o *Parquet* deverá utilizar-se de toda ação prevista no ordenamento pátrio para defender interesses difusos, como legitimado extraordinário constitucional, defendendo em nome próprio os interesses de toda a população, de toda a coletividade.

Ao Estado e aos seus entes delegados é conferido o poder-dever de garantir por ação comissiva ou ação omissiva os valores fundamentais do regime democrático, com a observância da ordem jurídica e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis, todos direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado.

Nessas hipóteses, o Ministério Público tem legitimação constitucional genérica para a defesa dos supracitados direitos perante o Poder Judiciário, consoante a determinação do art. 127, *caput* da Constituição da República.

O legislador constituinte ampliou o campo da ação civil pública que atualmente protege não somente o meio ambiente, o consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas também o patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos em sua acepção mais ampla.

4. Da Improbidade Administrativa – Defesa do Patrimônio Público

Claro já restou, por todo até então exposto, que, em virtude dos benefícios fiscais e/ou tributários a que as entidades sem fins lucrativos têm o direito de gozar, a ausência de fiscalização efetiva, torna-se fácil o desvio de verbas, a lavagem de dinheiro e o enriquecimento ilícito.

Portanto, o exame da caracterização e a compreensão acerca da improbidade administrativa mostram-se imprescindível. Ainda que de forma superficial, precisamos analisar os mecanismos de controle da atividade administrativa colocados pela lei à disposição da sociedade, bem como a atuação do Ministério Público em relação à tão importante questão.

O primeiro conceito a ser lembrado é o da Administração Pública, a qual se mostra como sendo o complexo de atividades desempenhadas

imediatamente pelo Estado, tendo em vista o atendimento das necessidades públicas.

Por função administrativa devemos entender toda a atividade que realizam os órgãos administrativos, toda a atividade que realiza o órgão legislativo, exceto a função legislativa (em sentido material e orgânico) que lhe é própria, todas as atividades que realizam os órgãos judiciais, com exceção da atividade jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam.

No estado de direito, a Administração Pública deverá vislumbrar na Constituição Federal não só o ápice da pirâmide normativa, mas um compêndio de princípios e regras de cumprimento obrigatório.

Administrativa deve ser entendida como a atividade do Estado para realizar seus fins, obedecendo a ordem jurídica, ou seja, de acordo com as leis e a Constituição, a lei maior.

Infelizmente não é essa a realidade que observamos no Brasil, tampouco o que verificamos no tangente às entidades de fins não econômicos, as quais deveriam ser, e muitas são, entidades sérias tendo como principal finalidade auxiliar o Estado no atendimento à coletividade, outras, entretanto, são usadas como fachadas para fins ilícitos ou para a obtenção de vantagens individuais.

A Administração tem o dever de anular seus próprios atos, quando viciados por ilegalidade, porque deles não pode resultar direito algum. Da mesma forma, mesmo que sejam legais, pode, também, revogá-los com esteio na conveniência ou oportunidade, frente à presença de interesse público relevante, superveniente, do mesmo grau e medida, sem prejuízo, é óbvio, de direitos adquiridos e de eventual apreciação judicial.

Vale a lembrança de que todos os agentes públicos são responsáveis pela fiscalização interna das condutas administrativas. Na presença de qualquer irregularidade, ilegalidade ou ofensa aos princípios crivados na Constituição Federal, devem dar ciência de tal circunstância ao respectivo Tribunal de Contas, sob pena de se tornarem solidariamente responsáveis pela reparação dos danos eventualmente verificados. Mencionada norma, de inegável alcance cívico, não tem sido observada como regra pelos administradores em nosso país. Aliás, situação contrária é que se verifica, em muitos dos casos, em que, ao invés de comunicarem tais ilegalidades e/ou irregularidades ao Tribunal de Contas, estes administradores aproveitam para obterem vantagens ilícitas, em proveito próprio ou de outrem.

Ao nos focarmos especificamente na questão da improbidade administrativa, resta claro que o controle jurisdicional é o que será acionado. Porém, tal controle jurisdicional não acontece espontaneamente, precisa ser provocado e incide diretamente sobre a legalidade da atividade administrativa questionada.

A justicialidade é precisamente o controle judicial dos atos praticados pelo Poder Público, militando ao lado da legalidade e da igualdade, como seu sucedâneo operacional.

Na seara que se refere ao alcance do controle dos atos administrativos, de modo geral, é vedado ao Poder Judiciário apreciar-lhes o mérito, cabendo-lhe apenas analisá-los, os atos administrativos, sob o prisma da legalidade, sem incursão nas áreas reservadas da conveniência, oportunidade ou eficiência.

Aos vícios de ilegalidade do ato administrativo (incompetência, irregularidade de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos

motivos de fato e de direito ou falta de adequação entre ambos e desvio de finalidade), a sanção prevista é a nulidade do ato.

Em se tratando dos vícios de mérito (inconveniência ou inoportunidade do ato), deverão ser sanados pela revogação do ato na própria esfera administrativa ou, se resultarem lesivos, pela anulação via Poder Judiciário.

Para se atender a condição de Estado Democrático de Direito, declarada no art. 1º da Constituição Federal, há que se conferir ao Judiciário, margens elásticas no exame concreto da legalidade administrativa, permitindo-lhe o confronto direto entre os motivos que sustentam os atos administrativos e suas verdadeiras metas, sem o que o chamado controle da legalidade administrativa restará superficial e ineficaz. Para tanto, é imprescindível uma produção legislativa adequada, que não se resigne às enunciações destituídas de dispositivos operacionais efetivos.

Como anteriormente comentamos, há a necessidade de fiscalização séria, permanente e constante tanto das atividades realizadas pela Administração Pública como das atividades realizadas pelas entidades sem fins econômicos, as quais recebem dinheiro público e prestam serviços públicos, auxiliando a organização estatal no atendimento das necessidades da coletividade.

O primeiro e soberano fiscal da Administração Pública é o próprio administrado. O povo, destinatário das condutas administrativas, é o maior interessado em fiscalizar a coisa pública. Detentor do poder original que cede por representação, tem o direito de sindicar e pleitear a preservação dos bens e direitos que lhe pertencem.

Qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical é parte legitima para, na forma da lei, delatar irregularidades ao

Legislativo, representar ao Ministério Público e, até mesmo, postular a invalidação de atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público, via ação popular, segundo as regras estabelecidas na Lei nº 4.717/65.

Entretanto, apesar da Lei Maior e das leis ordinárias lhe conferirem tal possibilidade fiscalizatória, o povo encontra um vasto rol de dificuldades para exercer tal direito, reduzindo-se a mero espectador dos aconteceres ilegais, sem muita efetividade nas suas reivindicações.

Por isso, o constituinte definiu o Ministério Público como a instituição encarregada de resguardar a ordem jurídica democrática e compatibilizou-o com a legitimação pertinente (arts. 127 e ss da Constituição Federal de 1988), ainda que na legislação ordinária, seus instrumentos de atuação não sejam tão claros e eficazes.

Se o Ministério Público é o fiscal da lei, o guardião da ordem jurídica, dotado de autonomia, certo é que seja "custos" da Administração Pública, defendendo-lhe a integridade material, legal e moral, mediante o exercício responsável e amplo da investigação (procedimentos administrativos e inquéritos civis) e a propositura de ação civil pública.

A Constituição da República promulgada em 1988 outorgou ao Ministério Público o zelo do patrimônio público e social, após definir-lhe o perfil de guardião permanente da ordem jurídica democrática, como função essencial à concretização da justiça; além da defesa dos interesses da coletividade, da sociedade, de toda a população.

Contudo, qualquer atividade fiscalizadora, máxime a ministerial, não pode perder de vista aspectos realistas, de natureza finalística, em que a razoabilidade se faz necessária. Em síntese, deve pugnar para que a

legalidade e a moralidade sejam pautas da Administração, mas sempre primando pelo atendimento do interesse público.

Nesse liame, o Ministério Público não pode agir de modo a transformar o administrador em escravo de uma legalidade abstrata e idealista, totalmente fora da realidade em que vivemos no dia-a-dia de nosso país, haja vista que os fatores locais e temporais devem ser considerados, posto que o Direito não incide sobre uma sociedade ideal e estática, apenas regula as mais variadas situações.

Administrar é a atividade dinâmica que, para ser eficiente, depende de posturas e posicionamentos maleáveis e ponderados, sob pena de abandonar o interesse social em proveito de um mal compreendido culto da lei. O administrador deve ter uma margem real de trânsito discricionário, pois somente dessa forma os administradores poderão atingir suas finalidades, em prol da coletividade, sem burlar a lei.

Ao Ministério Público não é facultado, sob pena de indesejável desvirtuamento institucional, penetrar em critérios administrativos insindicáveis, intentando fazer obra de administrador ou postulando que o Judiciário obliquamente o faça, em atenção à separação e independência dos poderes.

Não se entenda daí que o Ministério Público deva ser compassivo espectador. Ao contrário, em sua tarefa fiscalizatória deve orientar-se pelos princípios da legalidade e da moralidade, examinando zelosamente a correlação necessária entre a conduta administrativa e os motivos que a justificam. A liberdade do administrador público tem seu limite no interesse público, que é a razão de ser da própria discricionariedade. É liberdade jurídica emergente da lei e também limitada por ela.

Nem em todos os casos de improbidade haverá lesividade, conquanto possa existir prejuízo. A conduta do administrador, ainda que respaldada na lei, não conduz obrigatoriamente ao êxito.

A lesividade é o desfalque do erário derivado de ilegalidade praticada pelo administrador público, com ou sem o auxílio de particulares.

Contudo, a legislação contém casos de lesividade ficta, advertindo expressamente sobre determinadas condutas administrativas imorais e ilegais que devem ser desfeitas via ação ministerial, mesmo que concretamente não tenham danificado a Administração.

A guarda do patrimônio público, da moralidade e da legalidade administrativa traz ao Ministério Público o dever de contemplar a Constituição como lei. Dela se deve retirar o máximo rendimento, aproveitando suas normas de eficácia plena e interpretando sistematicamente seu conteúdo programático.

Não há como negar que da eficácia dos mecanismos de controle externo da Administração Pública depende o maior ou menor grau de improbidade nos cargos, funções ou empregos públicos.

A eficiência da legislação, sem embargo de suas deficiências normais, pode ser produtivamente otimizada, a partir de uma concepção constitucional mais material que formal, seja por parte do Ministério Público, do Poder Judiciário, instituições e entidades amarradas com o Poder Público.

4.1 Sujeitos da Improbidade

É sujeito passivo da improbidade a pessoa jurídica de direito público interno (União, Estado, Município, Autarquia) ou pessoa jurídica de direito privado (Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, empresa ou entidade com envolvimento de capital público). Ou seja, sujeito passivo da improbidade administrativa é qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou em sua receita anual.

O sujeito ativo da improbidade administrativa é o agente público que, com ou sem concurso de terceiro, pratica ato de improbidade.

Ato de improbidade administrativa próprio é o praticado pelo o que a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) chama de agente público. O terceiro com o qual ele concorre materialmente ou por indução, ou ainda que se beneficia, pratica o ato de improbidade administrativa impróprio ou por equiparação.

A Lei Federal nº 8.429/92 (lei de Improbidade Administrativa – LIA), em seu art. 2º, define agente público como sendo a pessoa que exerce, permanente ou transitoriamente, com ou sem remuneração, em virtude de qualquer forma de investidura ou vínculo, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer das esferas governamentais, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de ente para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, ou, ainda, de ente subvencionado, beneficiado ou incentivado por órgão público.

> *Art. 2º.* ***"Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato,***

cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."

O administrador não é responsável por ato ilícito de outros administradores, caso não seja conivente com eles; se negligenciar ou se tiver consciência do ato e deixar de agir para impedir sua prática, será responsabilizado.

Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

Também responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Assim reza o artigo 3º da Lei nº 8.429/92:

Art. 3º. ***"As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."***

A experiência com casos de improbidade administrativa evidencia que na maioria dos casos há um terceiro, estranho aos quadros da Administração Pública que, concorre para a prática do ato ou dele se beneficie, junto com o agente público envolvido. Suborno direto ou indireto e favorecimento

predominam nesta área, em que, sobretudo nos casos que envolvem valores significativos, dificilmente o agente público atua isoladamente.

Dessa forma, alguns instituidores e administradores desonestos que atuam frente a algumas associações, sociedades ou fundações, todas sem fins econômicos, (ONG's), aproveitando-se dos benefícios ofertados pelo Estado como, por exemplo, benefícios fiscais e/ou tributários e a não necessidade de licitação, para o desvio de verbas, superfaturamento de obras e obtenção de vantagens ilícitas em benefício próprio.

4.2 Enriquecimento Ilícito

O artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92) descreve doze diferentes hipóteses de atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Não é um rol taxativo ou exaustivo, como se percebe pelo *caput* do referido dispositivo.

> *Art. 9º.* ***"Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:***
>
> ***I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;***

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por

ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei."

Todos os doze incisos do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa possuem uma característica comum entre si, ou seja, o agente público aufere vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo do cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. É o denominado tráfico da função pública.

Aqui, o instituidor ou administrador de uma entidade sem fins lucrativos, pode ser investigado e punido por haver se beneficiado ilicitamente e enriquecido indevidamente.

4.3 Atos Lesivos ao Erário

Antes de qualquer explanação sobre as condutas atentatórias ao erário, mister se faz estabelecer uma distinção entre erário e patrimônio público.

Erário diz respeito ao econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco.

Patrimônio público é o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, Territórios, de autarquias, de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder público, de empresas incorporadas, de empresas com participação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos. A noção de patrimônio público não se restringe aos bens e direitos de valor econômico.

O artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92 dita:

> *Art. 10.* ***"Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:***
>
> ***I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei;***
>
> ***II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta***

Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviços por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII – conceder beneficio administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para sua aplicação irregular;

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades."

4.4 Licitação e Dispensa ou Inexigibilidade de Licitar

Sinteticamente, licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados que com elas desejem travar relações de cunho patrimonial, para eleger a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

O processo licitatório pressupõe duas fases fundamentais: a primeira, a da demonstração dos atributos necessários, chamado habilitação, e depois a concernente à apuração da melhor proposta, que é o chamado julgamento.

Outra conceituação para licitação é explanada como sendo o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação visa proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados o ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Em suma, a licitação, além de proporcionar o negócio mais vantajoso, tendo em vista que a pessoa estatal poderá escolher dentre todas as propostas apresentadas e, por conseqüência barateadas, ainda, proporciona um processo limpo, público e transparente, sendo que qualquer cidadão poderá tomar conhecimento da prestação de contas referente ao processo licitatório, bem como da contratação.

Destarte, atendem-se três exigências públicas vitais: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade – pela abertura da disputa do certame; e, por fim, obediência aos reclames de probidade administrativa.

De acordo com a Constituição da República estão obrigadas à licitação pública tanto as pessoas de direito público de capacidade política quanto as entidades de suas administrações indiretas, ou seja, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

Merece ressalva a consideração de que são licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação implica em disputa, concorrência entre os ofertantes.

É necessário consignar que existem três modalidades de licitação, ou seja, uma comum e duas especiais. As modalidades chamadas de "comuns" são tidas como concorrência, tomada de preços e convite. As "especiais" são o concurso e o leilão.

Assim se verifica no art. 22 da Lei nº 8.666/93:

Art. 22. ***"São modalidades de licitação:***

I – concorrência;

II – tomada de preços;

III – convite;

IV – leilão;

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, *comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação* ***exigidos no edital para execução de seu objeto.***

§ 2º Tomada de preço é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado

na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do § 2º deste artigo, a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital."

Em alguns casos específicos, há a dispensa ou, ainda, a inexigibilidade de licitação.

A Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações) elenca, em seus artigos 24 e 25, os casos em que a licitação é dispensável e inexigível, respectivamente.

*Art. 24. **"É dispensável a licitação:***

I – para obras e serviços de engenharia de valor até cinco por cento do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II – para outros serviços e compras de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para

a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será permitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou de serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em conseqüência da rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII – nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV – para a aquisição de bens e serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV – para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada

eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivos de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que o seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;

XIX – para as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver a necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado."

Percebe-se, pela redação do inciso XIII do artigo supracitado que as instituições ou entidades conhecidas por ONG's não dispensam a licitação, tampouco o processo licitatório. Ocorre que, na prática, há uma interpretação liberal por parte dos administradores, favorecendo assim algumas entidades em desfavor de outras. Aí está a necessidade de haver algum critério de escolha.

Para compreendermos melhor a situação, necessário se faz a distinção entre contratos e convênios.

Convênios são firmados entre entes públicos, havendo uma reciprocidade de interesses. Já nos contratos, há uma prestação e uma contra-prestação, ou seja, o ente público contrata um ente privado e paga pelo produto ou serviço prestado. Para a realização de um contrato há que haver licitação para a escolha da entidade que fornecerá o produto ou prestará o serviço.

Ocorre que, algumas entidades menos honestas firmam contratos com aparência de convênios com a Administração Pública, aproveitando-se que para a celebração de um convênio a licitação não se mostra necessária.

Situação esta que pode gerar uma série de comprometimentos tanto por parte do instituidor e/ou administrador da entidade não-governamental, quanto por parte do ente público.

A questão é que nessa prática há a falta de isonomia no trato com as instituições sem fins lucrativos, privilegiando algumas entidades em detrimento de outras, sem qualquer espécie de critério de escolha no momento da contratação, ferindo assim o princípio da moralidade administrativa.

Este é mais um, ou melhor, talvez o principal motivo pelo qual o Ministério Público, instituição desvinculada de qualquer dos poderes estatais, tem o dever de fiscalizar e velar pelo bom, correto e lícito funcionamento das fundações, defendendo assim, o interesse de toda a coletividade.

Por fim, devemos ressaltar, mais uma vez, que, apesar de haver esforço, o Ministério Público, tampouco o Tribunal de Contas, não têm condições de fiscalizar, de maneira eficiente, as inúmeras entidades sem fins lucrativos que se encontram em atividade, devendo haver a instituição de conselhos habilitados e devidamente aparelhados para auxiliarem nessa fiscalização, sob pena de responsabilidade.

Somente tomadas medidas dessa espécie, é que Estado, sociedade civil e o próprio Terceiro Setor poderão conviver com a certeza de que suas obrigações estão sendo cumpridas e seus direitos resguardados.

5. O Projeto de Lei nº 3.877

O Projeto de Lei nº 3.877 de 30 de junho de 2004, dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das ONG's (Organizações Não-Governamentais); porém ainda não foi transformado em lei.

Vale constar a redação do Projeto de Lei nº 3.877, o qual traz algumas melhorias significativas no tocante ao controle e à fiscalização:

> ***"Art. 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento de entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos e normas estatutárias visem a fins de interesse público, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.***
>
> ***Parágrafo único. A mera constituição de pessoa jurídica de direito privado, nos termos dispostos no caput deste artigo, não enseja sua qualificação como:***
>
> ***I - instituição criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais de ensino superior e pesquisa científica e tecnológica, assim definida na Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994;***

II – Organização Social, assim definida na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

III - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, assim definida na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Art. 2º As Organizações Não-Governamentais (ONGs) prestarão contas anualmente dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, ao Ministério Público, independentemente da prestação de contas aos respectivos doadores.

Art. 3º Fica criado o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO), administrado pelo Ministério da Justiça, no qual serão inscritas todas as Organizações Não-Governamentais (ONGs) atuantes, a qualquer título, no País.

§ 1° Por ocasião da inscrição de que trata o caput deste artigo, a Organização Não-Governamental (ONG) prestará esclarecimentos sobre suas fontes de recursos, linhas de ação, tipos de atividades, de qualquer natureza, que pretenda realizar no Brasil, o modo de utilização de seus recursos, a política de contratação de pessoal, os nomes e qualificação de seus dirigentes e representantes e quaisquer outras informações que sejam consideradas relevantes para a avaliação de seus objetivos.

§ 2° Todos os órgãos governamentais que detenham informações não confidenciais sobre Organizações Não-Governamentais (ONGs), inclusive de natureza fiscal, registrária e financeira, deverão torná-las disponíveis para o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, conforme dispuser regulamento.

Art. 4º Somente poderão ser beneficiárias de fomento governamental, através de convênios, incentivos sob forma de

auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais ou transferências orçamentárias, as Organizações Não-Governamentais (ONGs) inscritas no Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO) que sejam qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Parágrafo único. A qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é dispensada para as Organizações Não-Governamentais (ONGs) que detiverem pelo menos uma das seguintes qualificações:

I - Título de Utilidade Pública, conferido na forma da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 2 de abril de 1961;

II - Atestado de Registro fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), previsto na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, alterada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001;

III - Qualificação de Organização Social, instituída pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - Condição de Entidade de Apoio, disciplinada pela Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

Art. 5º Fica condicionada a prévia autorização do Ministério da Justiça, conforme dispuser regulamento, o desenvolvimento de atividades no País por parte de Organizações Não-Governamentais (ONGs) estrangeiras.

Parágrafo único. As ONGs constituídas antes da vigência desta Lei terão prazo, a ser definido em regulamento, para atender ao disposto neste artigo.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revoga-se o art. 18 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999."

As principais modificações acerca do funcionamento das Organizações Não-Governamentais estão contidas nos arts 2º e 3º do acima citado Projeto de Lei.

A primeira consiste em que as ONG's prestarão contas anualmente ao Ministério Público de todos os recursos recebidos, inclusive doações, independentemente das prestações aos respectivos doadores. Assim, haverá maior transparência na utilização dos recursos angariados por tais entidades não-governamentais e sem fins lucrativos, havendo, por conseqüência, maior transparência na utilização do dinheiro público.

A segunda prevê a criação de um cadastro onde constarão todas as ONG's atuantes no país e será administrado pelo Ministério da Justiça, medida esta que facilitará o controle e a conseqüente fiscalização dessas entidades.

CONCLUSÃO

Concluímos, inicialmente, que a presença do Terceiro Setor, na atualidade, mostra-se fundamental e tem contribuído, e muito, com o bem-estar social, além de cooperar e, não raras vezes, suprir a ausência do Estado (Primeiro Setor) no atendimento das necessidades da população em geral, contribuindo, também, com o Mercado (Segundo Setor), na geração de empregos e conseqüentemente de renda.

Contudo, restou-nos claro que, por prestar serviços públicos e auxiliar no atendimento da coletividade, receber benesses fiscais e/ou tributárias em regime de compensação, há a facilidade de algumas entidades menos sérias e desonestas, obterem vantagens ilícitas, em proveito próprio ou de outrem.

Para assegurar que tal situação não ocorra, aparece-nos o Ministério Público, instituição neutra e incumbida da defesa dos interesses públicos e sociais, o qual tem por dever constitucional o velamento das entidades formadoras do Terceiro Setor.

Concluímos, ainda, que com o constante e atento velamento do Ministério Público, acompanhando desde a instituição, regular funcionamento e até, se for o caso, a extinção da entidade, as instituições sem fins lucrativos cumprirão seu propósito em meio à sociedade, qual seja o atendimento das necessidades de toda a coletividade.

Ocorre que, o Ministério Público e o próprio Tribunal de Contas, o qual faz uma análise mais formal, não têm condições de, sozinhos fiscalizarem de forma eficiente tais entidades sem fins lucrativos.

Isso acontece, quer pelo elevado número de entidades atuantes, quer pela falta de estrutura e aparelhagem.

Por fim, acreditamos que, para um acompanhamento e uma fiscalização suficiente, efetiva e, sobretudo, eficiente; faz-se necessário a instauração de conselhos especializados e agentes públicos devidamente estruturados e aparelhados para auxiliarem nesta fiscalização, os quais seriam responsabilizados há hipótese de negligência ou outra irregularidade ou ilegalidade qualquer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. ***Curso de Direito Administrativo.*** 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPEZ, Fernando. ***Lei de Improbidade Administrativa.*** 2. ed. São Paulo: Paloma, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. ***Elementos de Direito Constitucional.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. ***Licitações e Contratações Administrativas.*** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. ***Norma Constitucional e Seus Efeitos.*** 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRARRI, Regina Maria Macedo Nery. ***Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais.*** 2. ed. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

GUASQUE, Luiz Fabião. ***Direito Público: Temas Polêmicos.*** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. ***Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir.*** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito Municipal Brasileiro.*** 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. ***Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999.*** 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

PAES, José Eduardo Sabo. ***Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários.*** 4. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. ***Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público/***Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior. São Paulo: Atlas, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Fundamentos de Direito Público.*** 4. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.