

André Brayner: O Leviatã contra a cultura

23/03/2022

Consta entre as principais formas de consecução de políticas públicas para a cultura a descentralização de recursos do Estado por parcerias com a sociedade civil, seja por meio de convênios, termos de fomento, contratos de gestão, termos de cooperação financeiras ou outros. No entanto, o desejo de vingança e a busca por punição estatal presente na sociedade [1] não se restringem ao campo criminal. Pelo contrário, o arbítrio punitivo no campo administrativo é a regra. Na dúvida — aplica-se multa e exige-se a devolução dos recursos de parceria.



Inicialmente, vale destacar que normas de caráter

punitivo se interpretam de maneira restritiva — trata-se de garantia democrática fundamental, mas às favas com a Hermenêutica, o que importa é atender ao afã moral da sociedade de "condenar os corruptos", "todos atiramos primeiro a pedra". Deixemos esta questão de lado, para reconhecer que parte importante do problema é o amplo desconhecimento sobre as regras aplicáveis ao terceiro setor, razão pela qual o STF teve de ratificar o óbvio — terceiro setor não faz parte da Administração Pública, razão pela qual não realiza licitação, mesmo atuando com recursos públicos (ADI nº 1.923/DF/2015) [2].

Quantas organizações culturais sérias e comprometidas com a arte, com a memória, com o fomento de manifestações culturais foram condenadas e executadas por confusões com esta? Remuneração de dirigentes, legalidade de taxa de administração, excedentes operacionais, legislação aplicável, procedimentos para contratações, subcontratação, dentre outras questões que já não deveriam ser mais objeto de dúvidas continuam justificando arbitrariedades.

Importante destacar, ainda preliminarmente, para aproximar o leitor deste conteúdo pouco debatido na doutrina, que — apesar da primeira referência mais próxima no campo legal sobre o terceiro setor ser de 1935 (Lei da Declaração de Utilidade Pública Federal) [3], apenas em 1986 é que se permitiu transferência de recursos de maneira a fomentar atividades não exclusivas da Administração Pública para "ONGs" (Decreto nº 93.872/1986) [4]. Ou seja, são de fato questões muito recentes e praticamente não enfrentadas pela doutrina jurídica tradicional,

exceto de maneira tangencial. A principal norma sobre o tema é que deveria ter pacificado a maioria destas questões é de 2014, o marco regulatório do terceiro setor (Lei.13.019/2014), mas a falta de entendimento sistemático do ordenamento jurídico sobre a matéria torna importantes conquistas desta quase inócuas.

É neste meio confuso que diversos Tribunais de Contas e secretarias de Estado têm exigido a devolução integral de recursos mesmo quando a entidade executa integralmente o objeto da parceria. Ou seja, abandonando a lógica de controle de resultados, pune-se com rigor máximo, questões que, na melhor das hipóteses, são controversas.

Ora, a principal característica de uma parceria é a comunhão de interesses recíprocos, a junção de esforços para a realização de atividade/serviço de interesse público. Observe, caro leitor, que estranho: quando se trata de licitação para execução de obras, por exemplo, em que uma das partes está ali para lucrar e o Estado pelo serviço, o controle é feito por medição, por entregas e não se cobra "lista de fornecedores", orçamentos que a empresa contratada exigiu de terceiros, homologação e adjudicação de objetos a serem comprados, mas sim os resultados.

Já nas parcerias na cultura em que os aportes são em regra extremamente tímidos, o resultado já não importa. Ou seja, constitui-se parceria, novamente meramente exemplificativo, para realização de carnaval com quinze bandas, cinco oficinas e sete intervenções artísticas. Todas acontecem, mas aqui o Leviatã não se importa com o resultado.

Ora, o Estado atesta a realização das atividades, financiou sua realização, mas querem exigir a devolução integral por atraso na prestação de contas? Por que a entidade não cumpriu uma formalidade nas cotações de preço? Trata-se de enriquecimento ilícito do Estado. Esta questão, aliás, é bem difundida no Judiciário, mas muito poucas entidades possuem assessoria jurídica que possa reverter estas condenações.

Convênio para execução de projeto cultural. Reprovação da prestação de contas. Comprovação do cumprimento do objeto do convênio. [...]

Nesse viés, não cabe falar em ressarcimento aos cofres públicos do importe [...] haja vista que os valores disponibilizados foram efetivamente utilizados para a realização do objeto do contrato, sob pena de se estar albergando enriquecimento ilícito ao Estado [5].

Ora, não precisaríamos de jurisprudência, mas apenas de razoabilidade (princípio de direito, aliás). Quem cumpriu com o objetivo do pacto, mas eventualmente não cumpriu com alguma condição acessória não poderia arcar com o ônus máximo. Trata-se de enriquecimento ilícito que, ao imputar desproporcionais punições, tentam promover a cultura com dinheiro alheio.

Ação. Ressarcimento ao erário. Prova do prejuízo ao erário. Ônus do autor. Não demonstração. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. Honorários sucumbenciais majorados. [...]A ausência de prestação de contas ou sua tardia apresentação, por si só, não se mostram suficientes para a condenação de quem recebe verbas públicas a título de convênio, devendo ser demonstrada, com o mínimo de prova o prejuízo ao erário diante do não cumprimento do que fora avençado entre as partes, sob pena de enriquecimento ilícito do próprio Estado [6].



Diante do exposto, é notório que, quando não houver malversação de recursos públicos, dolo ou fraude, deveria o Tribunal de Contas aplicar multa e o Estado, na pior das hipóteses exigir o ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho com fulcro no artigo 72, III, §2º, da Lei 13.019/2014 [7].

[1] FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Leya, 2014.

[2] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL. Disponível em <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> > .

A decisão ora comentada versa sobre a Constitucionalidade da Lei que regulamenta as Organizações Sociais e os Contratos de gestão, todavia constitui-se como uma das principais decisões da Suprema Corte sobre matéria atinente ao Terceiro Setor, sendo diversas questões ali abordadas extensivas as demais formas de parcerias.

[3] Previu a possibilidade de o Estado outorgar declaração de Utilidade Pública Federal às entidades que servissem desinteressadamente à comunidade. Conceito trazido equivocadamente pela Lei, pois a própria constituição de uma associação privada (ou outra entidade de terceiro setor) exige a definição de seus interesses, objetivos. Ali a lei se referia à falta de interesse em obtenção de lucro. Esta confusão terminológica perdurará até 2015 e – ao menos no campo do texto legal – é superada com o advento da lei 13.019/2014.

[4] Decreto nº 93.872/1986. Permite que o convênio seja utilizado na relação público-privada, quando destinada a serviços de interesse público, sob regime de mútua cooperação. (Em 1967 já fora previsto convênio entre entes Federativos)

[5] Processo: 0103442-73.2019.8.06.0001 — Apelação Cível Apelante: Estado do Ceará Apelado: [proponente]. Relator (a): DESEMBARGADOR INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Data do julgamento: 20/07/2020).

[6] Relator (a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 10ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 03/02/2020; Data de registro: 04/02/2020

[7] Artigo 72., III — §2º Quando a prestação de contas for avaliada como irregular, após exaurida a fase recursal, se mantida a decisão, a organização da sociedade civil poderá solicitar autorização para que o ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração ou de fomento e a área de atuação da organização, cuja mensuração econômica será feita a partir do plano de trabalho original, desde que não tenha havido dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos (Lei 13.019/2014).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-mar-23/andre-brayner-leviata-cultura/>