

---

# ARTIGO:

## Aspectos críticos da Lei nº 13.019, de 2014 - Uma análise do marco regulatório das organizações do terceiro setor

Autora: Valéria Salgado<sup>1</sup>

O novo marco jurídico das relações de cooperação do Poder Público com o Terceiro Setor, instituído pela Lei nº 13.019, de 2014, tem sido alvo de debates e questionamentos, o que vem adiando sua entrada em vigor, agora prorrogada para início do ano 2016 pela Medida Provisória 684, de 21 de julho de 2015, ante requerimentos de diversos órgãos e entidades públicas, assim como de representantes da sociedade civil<sup>2</sup>.

Embora a lei tenha objetivado aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional no tocante às cooperações entre a Administração Pública e entidades civis sem fins lucrativos no campo das políticas sociais<sup>3</sup>, suas disposições prometem agravar o quadro de questionamentos e inseguranças que rondam essas relações; por isso o seu novo adiamento.

---

<sup>1</sup> Valéria Salgado é especialista em gestão pública (UFBA). É Docente do Curso de Especialização em Direito Sanitário IDISA-Sírio Libanês; palestrante; autora de várias publicações no campo da gestão pública; e consultora junto a órgãos e entidades públicos federais, estaduais, municipais e organismos internacionais. Tem experiência em processos de reforma administrativa no Governo Federal, nos últimos 20 anos, tendo ocupado, dentre outros, os cargos de Diretora de Política e Estratégias sobre Drogas na Presidência da República e de Diretora de Inovação e Melhoria da Gestão no Ministério do Planejamento.

<sup>2</sup> Apenas três meses após a sua edição, a lei teve sua entrada em vigor adiada para julho de 2015, por meio da Medida Provisória nº 658, a pedido de diversos órgãos e entidades públicas, entidades municipalistas e representantes da sociedade civil, que se manifestaram formalmente junto ao Governo Federal, solicitando maior prazo para a assimilação e a adaptação às novas regras. O processo de conversão da MP não foi tranquilo. A Senadora Gleise Hoffmann, relatora da Comissão Mista constituída no Senado para analisar a matéria, apresentou projeto de lei de conversão (PLV) que acrescia mais de 50 novas disposições ao texto original Lei. O PLV não chegou a ser votado. O Presidente da Câmara dos Deputados decidiu não considerar as emendas apresentadas, por considera-las estranhas ao objeto da medida provisória e converteu a MP em lei, com o texto original do Governo Federal. Com a aproximação da data em que entrará em vigor, a matéria voltou ao Congresso, por meio da apresentação de projetos de parlamentares que propõem a alteração do Diploma Legal para isentar as parcerias nas áreas da saúde, da educação e da assistência social - ou seja, parcela significativa das parcerias celebradas pelo governo - da observância dos seus intrincados e burocráticos dispositivos. Além disso, diante de novas solicitações recebidas, o Governo Federal emitiu a nova medida provisória – a MP nº 684 de 2015, prorrogando o prazo de vigência da Lei por mais seis meses.

<sup>3</sup> Conforme explicitado na Exposição de Motivos Interministerial nº 00017/2014 SG CGU MDS MP, de 27 de outubro de 2014.

Haveria muito o que se comentar sobre as impropriedades constatadas na Lei nº 13.019, desde a má qualidade da técnica legislativa empregada até as graves incorreções conceituais que podem desorganizar, ainda mais, o ordenamento jurídico nacional que rege a matéria, e que atualmente já constitui um conjunto desconexo de normas legislativas e infralegais, muitas vezes contraditórias entre si, editadas pelos diversos entes federativos. No entanto, urge no momento centrar nos seus principais equívocos, a fim de subsidiar a discussão sobre a urgente necessidade de revisão em seus dispositivos, de preferência, antes que a lei entre em vigor.

O primeiro questionamento sobre o Diploma Legal refere-se à sua natureza de lei geral, de caráter nacional. Impende arguir qual o embasamento constitucional considerado pela União para editar norma de caráter nacional, uma vez que seu objeto não está inserido no rol daquelas que incumbem exclusivamente à União legislar (art. 22 da Carta Federal).

Com efeito, a matéria legislativa de que trata não é de direito civil, cuja competência é afeta à União, mas de direito administrativo. Embora tenha sido nominada como “Marco regulatório do Terceiro Setor – MROSC”, a lei não versa sobre o regime jurídico das entidades civis – ou seja, de seus aspectos administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários, das suas responsabilidades social e fiscal; ou das formas de controle e dos incentivos do Estado para a sua atuação. Dispõe, na verdade, sobre as regras a serem observadas pelo Poder Público no fomento a entidades civis sem fins lucrativos na consecução dos objetivos e interesses públicos – assunto diverso e afeto, essencialmente, ao Direito Administrativo e não ao Direito Civil que regula as pessoas jurídicas privadas sem finalidades lucrativas.

Por outro lado, não se pode pretender enquadrar o fomento público a entidades civis sem fins lucrativos dentro dos conceitos de licitação e contratação de que tratam o art. 37, XXI e art. 173, §1º, III da Constituição, explicitamente mencionados no art. 22, XXVII da Carta Maior. Ora, o fomento e a aquisição de bens e serviços no mercado são dois institutos profundamente diferentes, que não podem ser confundidos pelo simples fato de ambos se tratarem de acordos entre o Poder Público e entidades privadas.

Fomento público é uma atividade administrativa que tem como objetivo induzir e incentivar o Terceiro Setor a atuar na realização de atividades de relevância e interesse social. É uma forma de suplementação de recursos às entidades civis sem fins lucrativos prestadoras de serviços essenciais, como estratégia da Administração Pública de estímulo direto à sua atuação em prol do interesse público.

Na forma da Lei nº 4.320, de 1967, o fomento público não está relacionado à contraprestação direta em bens e serviços (art. 12, §2º). É uma modalidade de despesa classificada, na contabilidade pública, como *transferência corrente (modalidade 50)*; diferenciada, portanto, das despesas realizadas pela Administração Pública decorrentes da prestação de serviços por entidades públicas ou privadas, classificadas como *aplicações diretas (modalidade 90)*.

No ordenamento jurídico nacional, há diversas variantes de fomento a entidades civis sem fins lucrativos, que englobam desde a subvenção social prevista na Lei nº 4.320, de

1967<sup>4</sup> até os modelos mais recentes, como o instituído pela Lei Federal nº 9.637, de 1998. Nesse caso, o objeto do fomento são as *atividades de interesse público de natureza continuada* realizadas pelas entidades qualificadas como organizações sociais – atividades que exercem, não em função de contrato de gestão celebrado com o Poder Público, mas *por força das suas finalidades constitutivas, disposta em seus estatutos sociais*.

O contrato viabiliza o fomento e estabelece as bases para a regulação pública sobre os resultados que se comprometeram a alcançar, em decorrência do apoio estatal, explicitados em metas de desempenho, especialmente em relação aos serviços de interesse público por elas disponibilizados à sociedade.

É nesse sentido, inclusive, que dispõe o voto condutor do Ministro Luiz Fux, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em abril deste ano:

*“...as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.” (Voto do Ministro Luiz Fux, ADI n 1923).*

Tem-se, portanto, que o fomento público é um instituto jurídico-administrativo com características intrínsecas que o diferem da aquisição de bens e serviços, regulada pela Lei nº 8.666, de 1993. Nesse último caso, o interesse primordial que caracteriza a relação público-privada é o da obtenção de vantagens na compra e venda no mercado – por um lado, a Administração Pública, em busca da maior qualidade e do menor preço; e por outro lado o agente econômico, fornecedor de bens ou serviços, em busca, para si mesmo, da maior margem de lucro. Ressalte-se que, ainda que o fornecedor seja uma entidade civil sem fins lucrativos, quando *vende* para o Poder Público, ele o faz travestido da natureza de agente econômico, porquanto, seu vetor de motivação básico é a perspectiva do lucro.

Na relação de compra e venda, o preço é o aspecto central e a competição é um princípio basilar, viabilizada na ampla disputa entre os agentes econômicos pela possibilidade de fornecer ao Poder Público a proposta mais vantajosa de venda de bens e serviços.

---

<sup>4</sup> Na forma do disposto no art. 16 da Lei nº 4.320, de 1967 e nas leis federais de diretrizes orçamentárias, a subvenção social é uma modalidade de transferências a entidade civil sem fins lucrativos prestadora de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica.

Desfeita qualquer dúvida sobre a impossibilidade de enquadrar o fomento público como relação de compra e venda de serviços, é de se entender que a extensão das normas da lei aos outros entes federativos é inconstitucional, devendo seus ditames ficarem restritos à aplicação ao âmbito federal, em razão da ausência de competência constitucional da União para dispor sobre o tema para os demais entes federativos.

Outro ponto de relevante discussão são as exceções à aplicação da Lei, previstas em seu art. 3º, principalmente no que tange às legislações anteriores sobre parcerias, dentre elas as leis de organizações sociais e de OSCIPs, promulgadas pelos entes federativos. Em primeiro lugar, a lei isenta as parcerias regidas por lei específica, *naquilo em que houver disposição expressa em contrário* (art. 3º, inciso II), abrindo um campo de dúvidas quanto à intenção do legislador: qualquer ente federativo poderá afastar a aplicação da lei (caso em que a norma geral perderia totalmente seu efeito padronizador) ou apenas a União poderá fazê-lo? Qual a interpretação apropriada para a expressão “*naquilo em que houver expressão disposição em contrário*”? Inclui as leis anteriores à Lei nº 13.019 ou apenas as leis posteriores que afastem, expressamente, os seus dispositivos? Nesse último caso, como ficam as legislações que regulam modelos federais de parceria não abordados pela Lei, tais como os de fundações de apoio; o das unidades executoras do Programa Dinheiro Direto na Escola, o das entidades delegatárias das funções de agência de águas, sem falar nas parcerias com serviços sociais autônomos não integrantes do Sistema S, tais como a Rede Sarah e a Anater – Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural; dentre outros? Haverá necessidade de editar novas leis para afastar a incidência da Lei nº 13.019, nesses modelos? E como ficarão os modelos aprovados pelos demais entes federativos?

Os questionamentos não param por aí. O art. 3º, inciso III, exige, da observância de seus ditames, as parcerias estabelecidas com organizações sociais, cujos contratos tenham sido estabelecidos na forma da Lei nº 9.637, de 1988. Ao mencionar, de forma específica, apenas a lei federal de organizações sociais, a Lei deixa interrogações sobre qual o tratamento a ser dado às leis sobre OSs aprovados pelos demais entes federativos.

Embora, em uma primeira análise, se possa considerar que, pelas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: “*ubi eadem ratio ibi idem jus*” (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito); e “*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*” (onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo dispositivo legal), a excepcionalização dada aos contratos de gestão com OS federais poderia ser estendida aos celebrados pelos estados, Distrito Federal e municípios segundo suas leis próprias; o ponto de discussão é que nem todas essas leis tratam de institutos jurídicos semelhantes, a despeito de usarem a mesma nomenclatura de “organizações sociais”. Há relevantes aspectos diferenciadores entre o modelo de parceria público-privado consagrado na Lei Federal nº 9.637, de 1988 e em leis de alguns estados e municípios, que os tornam institutos jurídicos diversos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Como exemplo das especificidades da lei federal de OS em relação a algumas leis estaduais e municipais, pode-se citar o fato de que ela prevê um mecanismo de co-gestão público-privada, no qual o Poder Público participa do órgão decisório máximo da entidade civil qualificada como parceira. Aliás, com a qualificação como OS, os fundadores da entidade privada perdem a maioria de sua governança para o Poder Público e representantes da sociedade civil. Além disso, para se qualificar como OS, a entidade civil deve renunciar

É preciso, ainda, destacar que a vedação do art. 41 da Lei à criação de outras modalidades de parceria ou à combinação das previstas na Lei, parece, em princípio, confrontar a excepcionalização dada às parcerias regidas por lei específica (art. 3º, II). Esse dispositivo remete, mais uma vez, à discussão sobre a competência da União de dispor nacionalmente sobre a matéria e inibir, mediante lei ordinária, a competência legislativa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios no que diz respeito às atividades de fomento, pelas suas respectivas administrações públicas; à atuação do Terceiro Setor.

Essas dúvidas abrem um preocupante campo de insegurança jurídica para legisladores e administradores dos estados e municípios cujo desenlace, lamentavelmente, deverá se afastar das searas do Legislativo e do Executivo, e recair na via da judicialização, não sem antes causar questionamentos, atrasos, e outros prejuízos ao interesse público.

Relativamente ao chamamento público, disciplinado na Lei nº 13.019 como o processo de eleição da entidade com a qual será celebrada a parceria, cabe comentar o lamentável equívoco expresso na lei, ao tratá-lo quase como um processo de licitação simplificado, com dispositivos claramente transcritos da Lei nº 8.666, de 1993: observa os mesmos princípios da lei geral de licitação; suas etapas seguem a lógica e ordem do processo licitatório; ou seja, a “*competição*” entre os projetos é etapa realizada antes de o Poder Público fazer uma pré-qualificação das OSCs proponentes para verificar se essas atendem ou não aos requisitos exigidos para se tornarem parceiras (art. 38); são utilizados livremente termos próprios da licitação tais como “*competição*” (art. 24, § 2º; art. 28, *caput*; art. 31) ao se referir ao chamamento; e “*preço*” (art. 22, V; e art. 41 cuja redação foi *importada* do art. 22, § 8º da Lei nº 8.666, de 1993, sem sentido claro, visto que não veda outras modalidades de chamamento mas outras modalidades de parceria, permitidas no art. 3º, II da própria lei.

Essa aproximação entre chamamento e licitação, com a “*importação*” de atributos do último na caracterização do primeiro, é altamente questionável, visto que eles atendem a institutos administrativos díspares entre si – como o são o fomento público e a compra de serviços no mercado.

É nesse sentido que dispõe o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em seu voto condutor do julgamento da ADI nº 1923, relativa à lei federal de organizações sociais:

*“Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema, afirma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”, porquanto fortemente*

---

ao seu patrimônio que, em caso de desqualificação ou extinção pode ser destinado a outra OS ou ao Poder Público. Outro tópico importante da lei federal de OS é que não há limitações legais à vigência e à renovação do contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e a entidade qualificada, visto tratar-se de um modelo de parceria de longo prazo, para fomento a atividades de natureza continuada.

*calcada na efetivação do princípio da consensualidade e da participação no direito administrativo”.*

Na mesma linha, dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada no voto do Ministro Ayres Brito no julgamento da ADI 1923:

*“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.*

*Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”<sup>7</sup>*

O processo de eleição da entidade a ser fomentada deve ser diferente do processo licitatório, uma vez que não se trata de apenas eleger o melhor projeto, mas também de identificar a entidade que reúne os requisitos essenciais para ser parceira do Estado. Isso inclui, desde o alinhamento de sua finalidade estatutária e do seu campo de atuação às atividades e serviços a serem fomentados; a natureza de seus instituidores<sup>6</sup>; a sua reputação na sociedade; a adequação de sua constituição e seu funcionamento à legislação que rege as entidades civis sem fins lucrativos; a sua saúde financeira; e a sua idoneidade, até aspectos relativos à região em que atua; ao público destinatário de suas atividades e serviços; à sua inserção dentro da comunidade beneficiada; dentre outros.

Quando for o caso de haver mais de uma entidade que atenda a todos os requisitos, deve-se, então, proceder ao processo de eleição, que possibilite escolher a melhor parceira e/ou o melhor projeto<sup>7</sup>.

Não há, portanto, como se falar em *competição; em preço; e em condições mais vantajosas para a Administração Pública*, na escolha da entidade civil a ser fomentada. Não se espera escolher a melhor oferta e obter a maior vantagem. O que a Administração Pública deve pretender é escolher a parceira mais adequada. Por essa razão, o valor do fomento é consequência e não premissa na escolha da entidade. Ele não deve ser

<sup>6</sup> No Programa Dinheiro Direito na Escola, instituído pela Lei Federal nº 11.947, de 2009, o Governo Federal concede apoio financeiro, mediante transferência direta, a entidades civis sem fins lucrativos qualificadas pelas escolas públicas como suas “unidades executoras”, em função, *exatamente, da representatividade da comunidade em seu órgão de direção superior* (art. 22, 2º).

<sup>7</sup> É nessa direção que as leis federais de organizações sociais e de oscips estabelecem processos de pré-qualificação cujo objetivo é certificar, previamente, as entidades habilitadas a celebrar ajustes de parceria com o Poder Público e receber fomento estatal. No caso da Lei nº 9.790, de 1999, a escolha da entidade parceira pode observar um processo de seleção de projetos, do qual podem participar todas as oscips já qualificadas.

calculado com base em preço de serviços no mercado<sup>8</sup>, mas a partir da análise detalhada dos recursos necessários para a entidade parceira alcançar as metas de prestação de serviços almejada pela Administração Pública, considerados, especialmente, os recursos próprios, já disponíveis.

Vale citar, ainda, o art. 24, §2º da Lei, que em nome da “*garantia da competitividade*” veda ao Poder Público estabelecer critérios de localização geográfica para a seleção das OSCs que possam privilegiar entidades civis locais, instituídas na comunidade onde serão realizadas as atividades e serviços fomentados<sup>9</sup>. Em nome da ampla concorrência, a lei torna obrigatório que qualquer chamamento realizado por administração pública federal, estadual ou municipal abra espaço para participação de OSCs de todo o país, inclusive de OSCs estrangeiras, ferindo as diretrizes de territorialidade distintivas da maioria das políticas públicas sociais brasileiras. Favorece, portanto, OSCs mais robustas, muitas vezes dotadas de estrutura organizacional de conglomerado, com atuações ramificadas em vários pontos do território nacional, em detrimento das locais. Isso fere o princípio da subsidiariedade tão caro ao mundo contemporâneo que pretende trazer para perto da Administração Pública e seus administrados os serviços prestados. Se se pretende fomentar atividades de interesse social quase sempre desenvolvidas por entidades locais, como se falar em concorrência entre entidades em âmbito nacional? É um contrassenso!

É com essa direção, de privilegiar a relação direta do Poder Público com grandes OSCs que, inclusive, dispõe o art. 25 daquele Diploma Legal, ao dar permissão para a “*participação em rede*” de entidades civis sem fins lucrativos nos chamamentos públicos, numa inequívoca analogia ao consórcio de empresas permitido na Lei nº 8.666, em licitações públicas (art. 33). Para a “*participação em rede*”, a Lei exige que apenas a entidade signatária atenda aos requisitos impostos para a celebração do ajuste com o Poder Público. As demais entidades que compõem a “*rede*” devem ser relacionadas em anexo ao instrumento de parceria e comprovarem sua regularidade jurídica e fiscal.

Uma vez que o fomento não configura compra de serviços, a autorização do “fomento em rede” representa a terceirização da atividade de fomento, porquanto a OSC signatária do termo de colaboração ou de fomento fica responsável por fomentar as demais OSCs da sua rede. Ela passa a funcionar como “cabeça” de uma *holding* de entidades civis diversas, que não celebram a parceria diretamente com o Poder Público e, portanto, não se responsabilizam perante a ele.

O consórcio previsto na Lei nº 8.666 - possível em ambientes de mercado, onde a empresa mãe é responsável por um contrato com o Poder Público e subcontrata serviços ou produtos que integram o objeto da contratação - revela-se inaplicável em ambiente de parceria, onde não há relação de compra e venda, mas relações de cooperação com entidades cujas finalidades estatutárias são, por essência, voltadas ao objeto do fomento.

---

<sup>8</sup> Nessa direção, o parágrafo único do art. 16, da Lei nº 4.320, de 1967, ao dispor sobre o valor das subvenções, estabeleceu que, sempre que possível, ele deveria ser calculado com base em *unidades de serviços postos à disposição dos interessados* e não em *preço de serviços*.

<sup>9</sup> O conteúdo do art. 24 da Lei nº 13.019, de 2014 é cópia do art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666, de 1993.



O art. 25 levanta várias indagações e, até mesmo, a suspeição quanto à sua constitucionalidade: seu objetivo seria terceirizar o fomento público a entidades civis de pequeno porte e, especialmente a gestão dos ajustes de parceria com essas entidades? É possível o Poder Público fomentar projetos e atividades de entidades sem avaliar de forma suficiente e direta a sua idoneidade, as suas capacidades financeira e operativa de realizar o objeto a ser fomentado? É possível terceirizar fomento público, dado que essa função é considerada privativa de Estado, indelegável a pessoas de direito privado? Esses são aspectos que merecem maior debate e aprofundamento, antes da aplicação do instituto, sob pena de transformar o fomento em negócio com grandes ONGs e privilegiar a formação de “cartéis” ao invés de “redes”, com inexorável prejuízo para a capacidade regulatória do Poder Público.

Ao lançar mão de institutos próprios da licitação para dispor sobre chamamento público, a Lei nº 13.019, de 2014 está na contramão da doutrina e da jurisprudência do Direito Público brasileiro. Em outras palavras, a linha de fomento instituída pela Lei nº 13.019 destaca-se por tratar o fomento público mais como pagamento da contraprestação de serviços pelas OSC - matéria já regulada pela Lei de licitações, nº 8.666, de 1993 -, do que como parceria mediante apoio financeiro do Poder Público a atividades e projetos de interesse social sob a responsabilidade de entidades civis sem fins lucrativos, que atuam de forma cooperativa, nobre e desinteressada. Melhor seria, nesse caso, ter emendado a Lei de Licitações para disciplinar a compra de serviços pelo Estado de entidades civis sem fins lucrativos, do que atentar contra o instituto do fomento público.

As incongruências e inconsistências da Lei nº 13.019 não param por aí. Seu art. 84, *caput*, extingue o uso dos convênios tradicionalmente utilizado para ajustar parcerias entre a Administração Pública e entidades civis sem fins lucrativos, restringindo-os às parcerias entre os entes federativos<sup>10</sup>. Não obstante, adota regras semelhantes à daquele modelo de ajuste entre entes administrativos, impondo regras de Direito Público às parcerias que incidem, diretamente, no modelo de gestão das entidades privadas.

Dentre essas regras, podem ser mencionadas as que obrigam a entidade parceira a: (a) submeter-se a regras financeiras e de contabilidade claramente de natureza pública; (b) apresentar *regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiro, aprovado pela administração pública celebrante*<sup>11</sup>; (c) exigir de seus fornecedores a autorização de

<sup>10</sup> Outro ponto que vem sendo questionado é se a lei poderia extinguir o uso dos convênios para regular as relações públicas com entidades civis sem fins lucrativos, visto que ele está previsto na Constituição Federal, como é o caso do §1º do art. 199. Pode a lei ir de encontro ao que está na Constituição? Não teria sido melhor disciplinar regras específicas para os convênios entre o Poder Público e os particulares, diferenciados dos convênios entre entes públicos?

<sup>11</sup> Essa imposição causa estranheza, em primeiro lugar, por exigir que o regulamento de compras da entidade civil seja aprovado pela Administração Pública, o que é uma ingerência injustificável na gestão privada da entidade, considerando que o objeto do controle, na aplicação de recursos públicos transferidos a título de fomento, devem ser os resultados obtidos com essa transferência e não os aspectos de gestão da entidade instituída por terceiros e regida integralmente pelo Direito Privado.

Pode-se contra argumentar que a exigência reflete o cuidado da Administração na escolha de uma parceira que tenha seus processos internos de compras e contratos organizados e padronizados. E é, inclusive, nessa linha que as leis federais de OS e OSCIP exigem que as entidades parceiras publiquem seus regulamentos de compras e de contratação com recursos transferidos pelo Governo. Entretanto, exigir que a Administração aprove esses regulamentos é interferir na gestão privada e impingir aos órgãos e entidades



acesso livre a servidores ou empregados públicos, inclusive de órgãos de controle<sup>12</sup>; (d) a utilizar o sistema eletrônico da administração pública para processar suas compras e contratações; (e) a movimentar os recursos do fomento em conta bancária específica, em instituição financeira determinada pela administração pública; (f) a conceder livre acesso a servidores públicos do órgão ou entidade fomentador e dos órgãos de controle interno e externo aos seus processos, documentos, informações referentes aos termos de colaboração ou fomento, bem como aos locais de execução do objeto; (g) autorizar a intervenção pública nos seus serviços em caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade<sup>13</sup>; e (h) restituir os recursos recebidos a título de fomento, nos casos previstos na Lei.

Essas imposições atentam contra a liberdade de organização e funcionamento dessas pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares. De fato, não há respaldo constitucional para submeter organizações da sociedade civil aos controles de legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência de seus atos de gestão. Esses controles são próprios dos seus órgãos de decisão superior; ou seja, a sua Assembleia Geral e os Conselhos de Administração e Fiscal. É bom lembrar que o Direito Público não alcança os atos de gestão das entidades civis, regidas que são pelo Direito Privado e protegidas da interferência estatal pelo inciso XVIII do art. 5º da Constituição.

Sabo Paes (2013) destaca, com base em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que os direitos à vida e ao respeito à sua personalidade jurídica asseguram o direito à livre constituição e funcionamento desses entes privados, independe da vontade do Poder Executivo. Os ajustes de parceria e fomento que celebram com o Poder Público não têm força para alterar a sua natureza jurídica e submeter a sua gestão ao controle do Poder Executivo e aos órgãos de controle externo.

No que se refere ao controle da aplicação de recursos públicos transferidos a título de fomento, a interpretação conjugada dos incisos XVIII e XIX do art. 5º e do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal leva ao entendimento de que a entidade civil sem fins lucrativos que celebrar termo de colaboração ou de fomento com o Poder Público deve, sim, prestar contas, visto que utiliza dinheiros e, eventualmente, bens e valores públicos, na consecução dos objetivos da parceria. No entanto, essa prestação de contas deve recair sobre os resultados da parceria, ajustados no respectivo termo de colaboração ou fomento e não sobre sua gestão, em respeito à vedação constitucional

---

públicos signatários de termos de colaboração ou fomento uma competência que eles não têm; ou seja, a de avaliar e aprovar processos de compras de entidades privadas. Além disso, é importante indagar no que esse procedimento adicional agrega valor aos projetos e atividades fomentados. Outro aspecto que causa estranheza é a Lei permitir que a OSC apresente um regulamento de compras ou contratações que não seja dela, mas de um terceiro.

<sup>12</sup> O art. 42, inciso da Lei nº 13.019, de 2014 exige que a entidade civil insira cláusula, nos contratos com seus fornecedores que autoriza o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, nos termos da Lei, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante.

<sup>13</sup> A prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade”.

à interferência do Poder Público no funcionamento dessas entidades, salvo mediante decisão judicial transitada em julgado.

## Conclusões.

Quando a Lei nº 13.019, de 2014 entrar efetivamente em vigor, suas impropriedades conceituais e de redação conduzirão, indiscutivelmente, ao agravamento do quadro de burocratismo e de insegurança jurídica do administrador no manejo das parcerias público-privadas e a sua possível inibição ou mesmo inviabilização.

Na verdade, pode-se dizer que o Diploma Legal não tratou de fomento público e sim de uma forma alternativa à Lei nº 8.666 de compra de serviços pelo Poder Público de entidades sem fins lucrativos. Muito provavelmente, foi por confundir fomento com compra de serviços que a União considerou poder legislar em caráter nacional. Somente esse equívoco de entendimento poderia explicar os diversos dispositivos praticamente transpostos da lei de licitações para a lei das parcerias público-privadas.

De forma contraditória, apesar de tratar fomento como compra de serviços, a Lei não aplicou o mesmo modelo de controle de resultados previstos na Lei de Licitações. Ou seja, não restringiu as regras de fiscalização e controle do fomento aos resultados obtidos pela entidade fomentada. Para isso, lançou mão da lógica de fiscalização utilizada nos convênios, que recai sobre a gestão das entidades conveniadas. Note-se que a própria Lei, em seu art. 84, restringiu o uso de convênios às parcerias entre entes administrativos.

A imposição de regras de direito público na organização e no funcionamento das entidades civis sem fins lucrativos - criadas por particulares e protegidas pelo art. 5º, inciso XVIII da ingerência estatal - pode causar graves consequências para as relações entre o Poder Público e o Terceiro Setor. Há espaço para arguir a constitucionalidade das exigências estabelecidas às OSCs de terem um regulamento próprio de compras e contratações aprovado pelo Poder Público; de preverem nesse regulamento a imposição aos seus próprios fornecedores de dar livre acesso a servidores público, especialmente dos órgãos de controle aos seus documentos e registros contábeis; a submissão ao controle público de seus atos administrativos e financeiros; dentre outros.

Em uma avaliação geral da Lei nº 13.019, conclui-se que é um texto escrito sob o estigma da desconfiança no administrador público e nas entidades civis do Terceiro Setor, contaminado pelo medo da corrupção. Pretende fortalecer as relações de cooperação e confiança mútua entre Estado e Sociedade na construção de soluções para os desafios nacionais mas se referênciam no paradigma do controle burocrático e procedimental dos atos – agora incidentes, não só sobre os atos de governo, mas também na atuação privada das entidades parcerias; muito embora a priorização do controle de resultados figure como uma diretriz fundamental das relações de parceria (art. 6º, inciso II).

O conteúdo altamente procedimental da Lei, além de ferir a competência regulamentar dos Chefes do Poder Executivo, nas três esferas de Governo, está em clara dissintonia com os modelos adotados pelas agências oficiais de fomento ao setor privado lucrativo;

nas concessões de serviços públicos privativos ao setor privado e, até mesmo, nas relações de compra de serviços no mercado, regulado pela Lei nº 8.666<sup>14</sup>.

Por fim, é preciso destacar que é uma lei escrita sem a preocupação com os custos administrativos e financeiros de sua aplicação tanto para o governo federal, quanto para estados e municípios; o que é inadmissível em tempo de escassez de recursos e da necessidade de se promover a eficiência dentro da máquina pública. Seu teor é promessa certa de morosidade, ineficiência e atrasos em campo sempre urgente que são as políticas sociais.

Diante de tantas fragilidades, resta saber qual será o entendimento da comunidade jurídica nacional e da própria Administração Pública no trato com o Diploma Legal.

Considero que a melhor solução para o interesse público é a sua revogação!

## Bibliografia

**MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. *Sistema de Direito Político (Estudo juspolítico do poder) Teoria do Poder*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1992.

**PAES**, José Eduardo Sabo, *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 8ª Edição. Editora Forense, 2013.

---

<sup>14</sup> Em nenhum desses modelos há controles administrativos sobre a *gestão* das entidades com as quais o Poder Público celebra contratos.