



Aspectos jurídicos do  
**impacto e inovação**  
social 2021/2022

MATTOS FILHO

ASPECTOS JURÍDICOS DO IMPACTO E INOVAÇÃO SOCIAL  
2021/2022

Copyright © 2022 Mattos Filho

1ª Edição – Editora GARCIA  
Brasil – Junho de 2022  
ISBN: 978-65-84774-18-6

Catálogo na publicação  
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

A838

Aspectos jurídicos do impacto e inovação social 2021/2022 /  
Mattos Filho (Organização). – Juiz de Fora, MG: Garcia, 2022.

192 p.; 21 X 29,70 cm

ISBN 978-978-65-84774-18-6

I. Direito empresarial. I. Mattos Filho (Organização) II. Título.

CDD 346.81065

Índice para catálogo sistemático

I. Direito empresarial

2022

Editado por: Editora Garcia

Site: [www.editoragarcia.com.br](http://www.editoragarcia.com.br)

E-mail: [editorial@editoragarcia.com.br](mailto:editorial@editoragarcia.com.br)

*Esse livro é dedicado a todas e todos que nos ajudaram e nos ajudam diariamente na construção e fortalecimento da nossa prática de OSC, Negócios sociais e Direitos humanos. Sem vocês esses 20 anos não seriam uma realidade.*

**Flavia Regina de Souza Oliveira e  
Juliana Gomes Ramalho Monteiro**



# APRESENTAÇÃO

Em celebração aos 20 anos da prática de Organizações da sociedade civil, Negócios sociais e Direitos humanos, apresentamos a publicação "Aspectos jurídicos do impacto e inovação social 2021/2022".

Fruto do trabalho conjunto de profissionais de diversas áreas do Mattos Filho, o livro busca abordar, de forma interdisciplinar, temas pertinentes às organizações da sociedade civil na perspectiva da inovação e do impacto social.

Entre as temáticas contempladas pelos artigos estão: investimentos de impacto e fundos patrimoniais, a relação do Terceiro Setor com aspectos ESG, repercussões da nova lei de licitações sobre as organizações da sociedade civil, entre outras.

Este é um momento para relembrar nossas conquistas e os principais marcos jurídicos que impulsionaram o crescimento do setor, além de trazer os desafios que nos aguardam.

Desejamos uma boa leitura a todos!

**Flavia Regina de Souza Oliveira  
e Juliana Gomes Ramalho Monteiro**

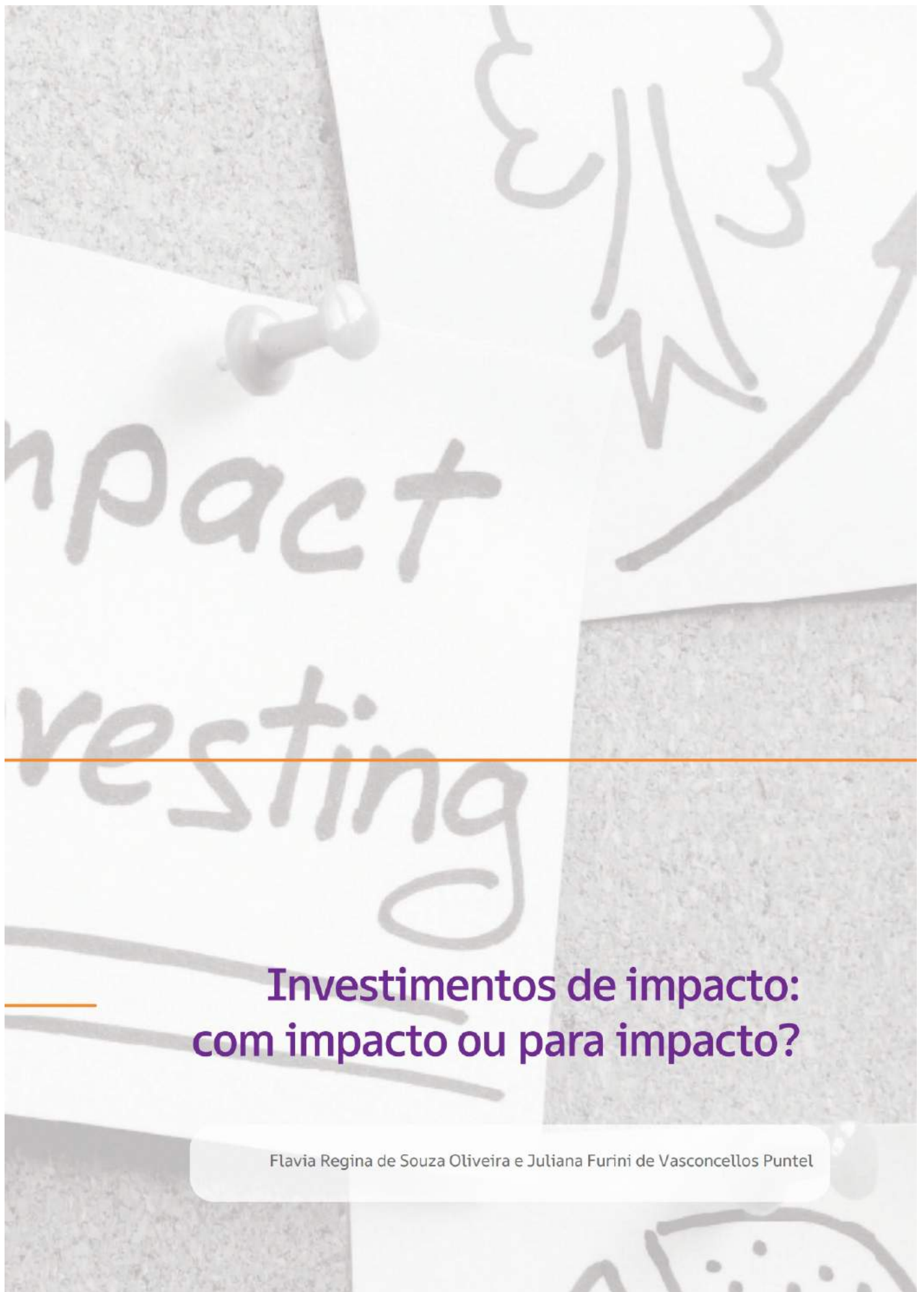


# SUMÁRIO

1	Investimentos de impacto: com impacto ou para impacto? .....	5
2	O papel do Terceiro Setor no "S" do ESG.....	21
3	A (in)aplicabilidade da Lei de Falências e do regime de recuperação judicial para as organizações sem fins lucrativos .....	35
4	Remuneração variável no contexto das OSCs .....	49
5	O desafio de aprender com a pandemia: como transformar as adaptações necessárias para enfrentar a crise em melhorias à regulação do setor educacional.....	73
6	A governança familiar como um mecanismo de perpetuação patrimonial e viabilização da atividade filantrópica.....	94
7	CEBAS e o atual posicionamento do STF.....	109
8	O impacto da nova Lei de Licitações para as OSCs.....	133
9	Governança de fundos patrimoniais: as inovações da Lei nº 13.800/2019 e seu potencial de impacto para a filantropia no país.....	151
10	A LGPD e o Terceiro Setor .....	173







## Investimentos de impacto: com impacto ou para impacto?

Flavia Regina de Souza Oliveira e Juliana Furini de Vasconcellos Puntel

## Introdução: novas tendências de investimento de impacto

Na comemoração dos 15 anos da *European Venture Philanthropy Association* (EVPA), em 2019, foi publicado o relatório **“15 Years of Impact - Taking Stock and Looking Ahead”**<sup>1</sup>, no qual foram identificadas duas diferentes tendências e perfis de investidores no ecossistema de impacto: aqueles que investem **com** impacto e os que investem **para** impacto.

Os investidores que aplicam seu capital **com** impacto, em síntese, consideram o impacto socioambiental de forma vinculada ao retorno financeiro, por exemplo, selecionando e monitorando os investimentos de impacto em vista das possibilidades de retorno financeiro e mitigação do risco de perda de capital, observando critérios e indicadores padronizados para a seleção e mensuração do impacto de seus investimentos, como, por exemplo, o *Blended Finance*.

Já o investimento **para** impacto, caracterizado pela busca primária de impacto social positivo, define de forma clara as questões socioambientais a serem enfrentadas, suas possíveis soluções e tem os beneficiários como ponto de partida de sua estruturação, a exemplo do *Venture Philanthropy*.

Além disso, os investidores para impacto avaliam e selecionam a forma de aplicar seu capital com métodos rigorosos de aferição de impactos, principalmente orientados para gestão, com foco na manutenção do impacto e continuidade das ações apoiadas. A disponibilização de capital privado para impacto é fundamental diante do crescente déficit público e as recorrentes crises financeiras do Estado brasileiro, no qual se verifica uma redução constante no investimento público para fins sociais, demarcando uma falência do modelo de desenvolvimento baseado no bem-estar social proporcionado exclusivamente pelo Poder Público.

Nesse sentido, a demanda por ações e serviços prestados pelas entidades sem fins lucrativos, precursoras das ações de impacto social e ambiental, aumenta cada vez mais. De acordo com o Mapa das **Organizações da Sociedade Civil**<sup>2</sup>, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), existem no Brasil, pelo menos, 781.921 (setecentas e oitenta e uma mil novecentas e vinte e uma) Organizações da Sociedade Civil, que empregam, aproximadamente, 2.284.000 (dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil) brasileiros com vínculo formal de trabalho.

Em face desse grande desafio de financiar suas atividades, projetos e desenvolvimento institucional, é fundamental uma constante adaptação e inovação na busca por novas formas de captação de recursos e investimentos, sejam eles voltados para impacto ou com impacto. Na construção de maneiras

1 A íntegra do relatório está disponível em: <[https://evpa.eu.com/uploads/publications/15\\_Years\\_of\\_Impact-Taking\\_Stock\\_and\\_Looking\\_ahead\\_2019.pdf](https://evpa.eu.com/uploads/publications/15_Years_of_Impact-Taking_Stock_and_Looking_ahead_2019.pdf)>. Acesso em 03.08.2021.

2 O mapa está disponível em: <<https://mapaosc.ipea.gov.br/>>. Acesso em 13.07.2021.



eficazes, dinâmicas e inovadoras para atrair recursos ao ecossistema de impacto, uma série de mecanismos baseados em resultados foram desenvolvidos nos últimos anos.

No presente artigo, iremos abordar duas novas formas inovadoras de investimento de impacto aplicáveis às entidades sem fins lucrativos, quais sejam: **(i) Venture Philanthropy**; e **(ii) Blended Finance**. Ambos os instrumentos, no que pese a ausência de regulamentação específica no Brasil, são novidades que surgiram com o intuito de fortalecer não somente as entidades sem fins lucrativos, mas o ecossistema de impacto como um todo, **e já podem ser implementados no país**, sendo elementos-chave para o desenvolvimento das práticas de impacto socioambiental positivo.

## Venture Philanthropy

### Definição e características

*Venture Philanthropy* pode ser definido como um investimento de alto engajamento, realizado a longo prazo, no qual o investidor para impacto apoia uma organização com propósito social com o intuito de maximizar o **impacto social**<sup>3</sup>. Para cumprir com esse ambicioso objetivo, são utilizadas formas de financiamentos vinculadas ao capital de risco (*venture capital*), com o intuito de injetar capital na organização que gera impacto socioambiental positivo e ajudá-la em seu crescimento e na expansão de seu modelo de atuação.

No entendimento de Wolfgang Hafenmayer, ex-sócio-diretor da LGT Venture Philanthropy e sócio-fundador da SAGANA Capital, podemos verificar oito características centrais do **Venture Philanthropy**<sup>4</sup>:

- (i)** Foco em poucas organizações;
- (ii)** Apoio para organizações recém-constituídas com um alto índice de crescimento;
- (iii)** Diligência extensiva em nível local;
- (iv)** Formas de financiamento sob medida para cada organização;
- (v)** Apoio por meio de capital financeiro, intelectual e social;



3 Definição elaborada pela *European Venture Philanthropy Association*, informações disponíveis em: <<https://evpa.eu.com/>>. Acesso em 14.07.2021.

4 HAFENMAYER, Wolfgang. *Venture philanthropy: approach, features, and challenges*. Trusts & Trustees.

- (vi) Compromisso de longo prazo;
- (vii) Monitoramento constante do desenvolvimento da organização e metrificação de sua *performance*; e
- (viii) Otimização dos retornos sociais e ambientais.

É interessante notar que o *Venture Philanthropy* combina a injeção de capital com a qualificação e acompanhamento da instituição apoiada – o que representa uma quebra de paradigma aos modelos tradicionais de investimento, focados prioritariamente na injeção de capital, sem levar em consideração a importância do fortalecimento institucional para que o recurso seja bem aplicado e gere bons resultados.

Na perspectiva das entidades sem fins lucrativos na busca por financiamento privado e doadores institucionais, é predominante o direcionamento de capital exclusivamente para projetos e não ao fortalecimento das organizações que o executam. Essa é uma crítica antiga das entidades, especialmente na captação de recursos por meio de incentivos fiscais tais como o Incentivo Fiscal à Cultura (Lei nº 8.313/1991), à Saúde (PRONON e PRONAS – Lei nº 12.715/2012), ao Desporto (Lei nº 11.438/2006), ao Audiovisual (Lei nº 14.044/2020), que direcionam verbas exclusivamente para projetos nas respectivas áreas de atuação.

Ora, ao focar unicamente nos projetos, minimizando a importância do fortalecimento das organizações executoras, é muito comum que entidades sem fins lucrativos enfrentem instabilidade

financeira, insegurança sobre a possibilidade de continuidade de sua atuação, desperdício de talentos, oportunidades de crescimento e desenvolvimento, tornando, assim, o impacto em grande escala pouco provável.

Dentro deste contexto, o *Venture Philanthropy* coloca em xeque tal padrão, ao propor uma nova forma de enxergar o investimento na filantropia, optando por oferecer um capital de risco que visa a sustentabilidade da organização no longo prazo com um significativo auxílio que envolve, também, compartilhar o *know-how* e as *expertises* específicas entre investidor e investido – promovendo-se uma parceria para além da duração de um projeto. Como exemplo, o investidor pode capacitar a organização apoiada para utilização dos recursos de forma mais eficiente e para gerar maior impacto, enquanto a entidade pode proporcionar sua *expertise* na área socioambiental para ajudar o investidor a aperfeiçoar eventuais relatórios ou políticas de sustentabilidade e engajamento social.

Para tanto, a realização de uma extensiva diligência presencial da organização a ser apoiada pode ser importante para fornecer uma perspectiva holística da atuação da entidade, garantindo para o investidor uma maior segurança e conhecimento profundo sobre a forma de atuação, as possibilidades de retorno financeiro e de impacto, os desafios enfrentados pela entidade, os conhecimentos já acumulados e oportunidades de aprimoramento. Assim, aumentam as chances de maior sinergia entre investidor e investida (ou instituição apoiada) – que facilitará a maximização do retorno socioambiental.



## Expansão do modelo

A *Latin American Venture Philanthropy Network* (Latimpecto), em seu relatório sobre casos e tendências na América Latina sobre o **investimento social e impacto**<sup>5</sup>, destaca que *Venture Philanthropy* não é um substituto para as demais modalidades de investimento, sejam elas tradicionais ou sociais, mas é uma forma de mobilizar capital e incentivar a experimentação de novos modelos de financiamento e soluções socioambientais.

Um exemplo do sucesso de *Venture Philanthropy* é a **Promotora Social México**<sup>6</sup> (PSM), uma organização autodenominada de filantropia de risco que busca impulsionar empreendedores sociais que orientam sua atuação para alcançar um impacto socioambiental positivo. Por meio do investimento em empresas que geram um impacto socioambiental, com interesse principal na geração de impacto no lugar do lucro, a PSM conta com um portfólio de 21 empresas e 5 fundos de investimentos que impactaram, aproximadamente, 2.380.548 (dois milhões, trezentos e oitenta mil, quinhentas e quarenta e oito) pessoas. Iniciativas similares também podem ser encontradas no Brasil, como é o caso do Fundo Vale, que é focado no apoio a projetos de transformação social dedicados à promoção de uma economia de baixo carbono, regenerativa e sustentável.

O Fundo é pioneiro no país no que diz respeito aos modelos de financiamento inovadores para negócios de impacto, testando diversas modalidades que atendem às necessidades do ecossistema de impacto, como, por exemplo, empréstimo socioambiental, *equity crowdfunding*, *matchfunding*, capital semente, dívida conversível, **entre outros**<sup>7</sup>. Conforme informado em seu **Relatório de Impacto 2020**<sup>8</sup>, o Fundo Vale, nos últimos 10 anos, destinou R\$ 135 milhões para 75 iniciativas de instituições, organizações da sociedade civil, associações, *startups*, projetos, negócios e demais soluções, com um impacto estimado de 23 milhões de hectares de floresta protegidos.

Nas palavras de **Fábio Deboni e Camila Aloí**<sup>9</sup>, importa menos o nome e mais o que ele traz consigo, ressaltando que, para a prática de *Venture Philanthropy*, não é necessário um aval oficial do poder público a determinadas modalidades de investimento ou regulamentação sobre a matéria para que os interessados coloquem em prática tais modelos inovadores.

O essencial é que os investidores adotem os princípios norteadores do *Venture Philanthropy* na hora de construir ferramentas financeiras para seus investimentos de impacto, podendo se valer, inclusive dos exemplos que temos no Brasil.

5 A íntegra do relatório está disponível em: <[https://da6af491-0691-4dfe-b591-51e9e203ab51.usrfiles.com/ugd/da6af4\\_3fbeb740b24a4de2a9a89c92a95\\_fee25.pdf](https://da6af491-0691-4dfe-b591-51e9e203ab51.usrfiles.com/ugd/da6af4_3fbeb740b24a4de2a9a89c92a95_fee25.pdf)>. Acesso em 03.08.2021.

6 A consulta de mais informações pode ser realizada em: <<https://www.psm.org.mx/>>. Acesso em 03.08.2021.

7 *Ibidem*, p. 34.

8 A íntegra do relatório está disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Documents/2021/fundo-vale-relatorio-de-impacto-2020.pdf>>.

9 DEBONI, Fábio; ALOI, Camila. *Venture Philanthropy: importa menos o nome e mais o que ele traz consigo*. gife.org.br, 2019. Disponível em: <<https://gife.org.br/venture-philanthropy-importa-menos-o-nome-e-mais-o-que-ele-traz-consig>>.

Nos termos do relatório **Guia Prático Para Venture Philanthropy e Investimento Para Impacto Social**<sup>10</sup>, da EVPA:

*“O papel da Venture Philanthropy no ecossistema de impacto social é permitir uma mudança de passo em direção à obtenção de impacto sistêmico, levando soluções e organizações a um nível mais sustentável e escalável. Em essência, ao aplicar o modelo de VP, o financiador deve permitir que a organização receptora de investimento passe de um nível para o próximo (por exemplo, de start-up ao crescimento), tornando-se mais sustentável e escalável em sua trajetória para alcançar mudanças sistêmicas. A Venture Philanthropy pode, como tal, ser vista como uma abordagem aplicável por financiadores interessados em obter impacto social, estejam eles interessados em um retorno financeiro ou não.”*

Portanto, *Venture Philanthropy* pode ser uma ferramenta de sucesso para garantir tanto um investimento sustentável financeiramente como também uma maximização do impacto socioambiental positivo, com o intuito de proporcionar um apoio para além dos projetos das organizações, colocando-as como protagonistas neste desenvolvimento e buscando sua sustentabilidade a longo prazo como forma de garantir a continuidade de suas atividades de interesse público.

## Blended Finance

### Definição e características

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico das Nações Unidas (OCDE), *Blended Finance* (ou, em tradução livre, financiamento combinado) é o uso estratégico de **“financiamento ao desenvolvimento”**<sup>11</sup> para mobilizar investidores comerciais “tradicionais” para investir em causas que envolvam o desenvolvimento sustentável, especialmente direcionados para países **em desenvolvimento**<sup>12</sup>.

Em termos práticos, o *Blended Finance* é um instrumento que busca criar oportunidades de investimento em países em desenvolvimento para investidores privados, que não costumam aplicar seus recursos em projetos especificamente direcionados para a geração de impacto socioambiental. Assim, atores como o Estado, investidores de impacto, filantropos, fundos de investimento, dentre outros, que tenham um viés institucional de financiar causas, projetos e organizações que atuem em prol de um desenvolvimento socioambiental sustentável, atuam como investidores estratégicos que oferecem garantias e mitigam os riscos de exposição política ou de crédito dos investidores comerciais, permitindo, de tal maneira,

10 A íntegra do relatório está disponível em: <[https://evpa.eu.com/uploads/publications/A\\_Practical\\_Guide\\_to\\_VP\\_SII\\_2018\\_PT\\_2020.pdf](https://evpa.eu.com/uploads/publications/A_Practical_Guide_to_VP_SII_2018_PT_2020.pdf)>. Acesso em 03.08.2021.

11 Tradução livre do termo “development finance”.

12 Informações disponíveis em: <<https://www.oecd.org/dac/financing-sustainable-development/blended-finance-principles/>>. Acesso em 15.07.2021.



uma ampliação da participação destes no mercado de impacto.

Para caracterizar o *Blended Finance*, a OCDE define alguns princípios norteadores desta modalidade de investimento, quais sejam:

- (i) **Consolidar o uso do *Blended Finance* para uma lógica de desenvolvimento**, ou seja, todos os financiamentos desenvolvimentistas devem ser baseados em apoiar os países em desenvolvimento a alcançar um desenvolvimento social, econômico e ambientalmente sustentável;
- (ii) **Estruturar o *Blended Finance* para aumentar a mobilização de financiamentos comerciais**, ou seja, os investimentos de desenvolvimento (público, filantrópico ou de impacto) no âmbito do *Blended Finance* devem facilitar a abertura aos investidores comerciais para otimizar o financiamento total em prol dos objetivos de desenvolvimento;
- (iii) **Estruturar o *Blended Finance* sob medida para o contexto local**, ou seja, apoiar as necessidades, prioridades e capacidades locais que exigem desenvolvimento,

contribuindo, inclusive, com o mercado financeiro local;

- (iv) **Focar em parcerias eficientes para o *Blended Finance***, ou seja, o objetivo do financiamento de desenvolvimento deve ser alavancar a motivação dos atores comerciais, sem comprometer os padrões vigentes para a implantação de financiamento de desenvolvimento; e
- (v) **Monitorar o *Blended Finance*** para garantir transparência e resultados, para garantir *accountability* do uso apropriado do dinheiro investido, evidenciando, metrificando e reportando o fluxo financeiro, os retornos comerciais e os resultados de desenvolvimento alcançados.

Pensando no uso da ferramenta pelas entidades sem fins lucrativos, é recomendável que o objeto social previsto no Estatuto Social reflita a possibilidade de investimento de impacto e filantrópico, inclusive sem eventual retorno financeiro, visando evitar alegações de desvio de finalidade ou descumprimento do Estatuto Social.

Ainda, é recomendável que as entidades sem fins lucrativos adotem uma estrutura de governança mais robusta que auxilie na determinação de





quais negócios receberão aporte financeiro por meio do *Blended Finance*. Por exemplo, é possível que seja criado um comitê especializado, com a atribuição de definir **(i)** os critérios que deverão ser observados para seleção dos negócios investidos e **(ii)** métricas contratuais para avaliar e acompanhar o desenvolvimento social e financeiro do investimento, entre outros.

Além disso, também é fundamental atenção aos riscos tributários relacionados às estratégias de investimento mais “arrojadas”. Nesse sentido, cabe avaliar individualmente quais riscos o instrumento desejado (participação societária, doação, empréstimo, debêntures, investimentos nacionais ou estrangeiros, dentre outros) pode trazer para a instituição investidora, a depender do seu regime tributário (imunidade ou isenção).

Em que pese a possibilidade de atuação como investidores, as entidades sem fins lucrativos também têm muito a aproveitar do *Blended Finance* como ferramenta para financiar seu desenvolvimento institucional e as atividades realizadas.

Nessa linha, o próprio Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) já manifestou entendimento

de que a falta de recursos para as entidades pode ser uma oportunidade de desenvolvimento e difusão do *Blended Finance*, conjuntamente com questões como restrições fiscais do setor público para suprir os recursos necessários aos investimentos socioambientais, complexidade dos problemas sociais e ambientais com crises recorrentes, instabilidade política e econômica do país, **entre outros**<sup>13</sup>.

## Expansão do modelo

Para atrair esse tipo de investimento, que está em estágio de desenvolvimento, é necessário que as entidades sem fins lucrativos engajem seus doadores e financiadores, bem como atuem ativamente na captação de recursos com novos atores, com o intuito de demonstrar as formas inovadoras de investimento que estão em debate no mercado. Nesse contexto, as entidades podem novamente ser precursoras de uma tendência, apresentando ao mercado “tradicional” um modelo de investimento transformador e com alto potencial de impacto.

É possível verificar que há uma grande maleabilidade para a forma de

<sup>13</sup> BNDES. *Blended Finance: Financiamento híbrido para impulsionar investimentos socioambientais*. White paper, p. 5, 2021.

operacionalização do *Blended Finance*, podendo ser livremente adequado ao contexto regional onde está sendo aplicado e à organização que receberá o investimento, sendo que a ausência de regulamentação específica, assim como ocorre com o *Venture Philanthropy*, não é um impeditivo para sua estruturação segura. Entre as modalidades de investimento, podemos citar, por exemplo, as doações financeiras diretas, assistência técnica, empréstimos, emissão de títulos de dívida e *equity*.

De acordo com o relatório **Financiando Impacto Social: O Papel dos Investimentos Personalizados e das Finanças Híbridas**<sup>14</sup>, elaborado pela EVPA, o ecossistema de impacto é dominado por uma perspectiva financeira na qual predominam duas mentalidades: **(i)** a oferta sem qualquer expectativa de retorno financeiro (doações); ou **(ii)** investimento com expectativa de retornos a taxas de mercado. A EVPA identifica ainda que o ecossistema de impacto tem um excelente potencial para gerar retornos financeiros especialmente pela utilização de mecanismos inovadores – o que pode quebrar o paradigma tradicional dos investidores – havendo espaço para novas modalidades de obtenção de retornos satisfatórios, inclusive com taxas de mercado.

## Contexto brasileiro: como investir?

O avanço das pautas favoráveis à expansão da cidadania, da filantropia e do comprometimento com a responsabilidade social por parte das empresas promoveu significativas alterações nas perspectivas de desenvolvimento e crescimento das entidades sem fins lucrativos nos últimos anos, introduzindo, inclusive, novos elementos de atuação para os investidores para além do tradicional modelo de organizações doadoras.

De acordo com pesquisa elaborada conjuntamente pelo **Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE)** e o **Instituto Synergos**<sup>15</sup>, entre as principais áreas de atuação dos projetos de entidades sem fins lucrativos que foram favorecidos por doações, podemos citar educação e treinamento, arte e cultura, desenvolvimento comunitário, serviços sociais, desenvolvimento institucional, saúde pública, meio ambiente, direitos humanos etc.

Nesse sentido, a vitalidade das entidades e sua capacidade de atender aos diversos segmentos da sociedade civil, principalmente aos menos favorecidos histórica e financeiramente, dependem do fortalecimento de investimentos e consolidação das atividades de interesse prestadas pelas organizações sem fins lucrativos. Os instrumentos inovadores

14 A íntegra do relatório está disponível em: <[https://evpa.eu.com/uploads/publications/EVPA\\_Financing\\_for\\_Social\\_Impact\\_PT\\_2020.pdf](https://evpa.eu.com/uploads/publications/EVPA_Financing_for_Social_Impact_PT_2020.pdf)>. Acesso em 03.08.2021

15 FALCONER, Andres Pablo; VILELA, Roberto. Pablo. *Recursos privados para fins públicos: As grantmakers brasileiras*. São Paulo: Peirópolis: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas, 2001.

como a *Venture Philanthropy* e o *Blended Finance* têm contribuído para o avanço dessas agendas e podem contribuir ainda mais.

Os investimentos de impacto, seja por meio de *Venture Philanthropy* ou *Blended Finance*, ajudam a orientar as organizações que promovem impacto social por meio de suas atividades para que caminhem para uma sustentabilidade financeira. Além disso, ajudam as organizações a consolidarem um modelo de atuação que potencializa a maximização dos retornos tanto para os beneficiários quanto para os financiadores.

A *Aspen Network of Development Entrepreneurs* (ANDE), em sua pesquisa sobre **investimento de impacto na América Latina**<sup>16</sup>, entrevistou 34 investidores que atuam com impacto há décadas e nos últimos 4 anos intensificaram seus investimentos no Brasil. Nessa pesquisa, foi identificado que a maioria dos investidores esperam retornos a valor de mercado, com apenas uma pequena parcela de investidores com expectativas abaixo dos índices de mercado.

Assim, há espaço para os investidores atuarem em um nicho ainda não consolidado no Brasil, por meio de instrumentos financeiros inovadores que são capazes não somente de proporcionar ao ecossistema de impacto a oportunidade de prosperar como também prometer um retorno financeiro satisfatório (a valor de

mercado). Os riscos na realização de investimentos em indústrias pioneiras e inovadoras que trabalham com impacto social não devem afastar os interessados, mas sim instigar a exploração desse ecossistema por meio da compreensão e gerenciamento dos riscos aplicáveis.

As possibilidades e panoramas de desenvolvimento do investimento de impacto no Brasil, sob o ponto de vista jurídico, estão reportadas no relatório

***A Legal Framework for Impact: Sustainability impact in investor decision-making***<sup>17</sup>, no capítulo dedicado exclusivamente ao cenário brasileiro. O relatório, que foi elaborado a pedido da *United Nations Environment Programme Finance Initiative*, da *Principles for Responsible Investment Association* e da *The Generation Foundation* tem como objetivo mapear os cenários legais em diversas regiões do mundo, tendo contado com a colaboração de diversos escritórios de advocacia locais.

No caso brasileiro, a conclusão é de que o princípio da função social da propriedade e do contrato, consolidados na **Constituição Federal do Brasil**<sup>18</sup>, permite que investidores se engajem em investimentos de impacto, observados os termos da legislação específica aplicável para os instrumentos de investimento escolhidos.

16 ANDE – Aspen Network of Development Entrepreneurs. *Impact Investing in Latin America Trends: 2018-2019, 2020*, disponível em <<https://www.andeglobal.org/?action=tracking&file=2021/02/LatAm-Impact-Investing-2018-2019-EN.pdf>>. Acesso em 04.08.2021.

17 Freshfields Bruckhaus Deringer. *A Legal Framework for Impact: Sustainability impact in investor decision-making, 2021*, disponível em <<https://www.freshfields.com/4a199a/globalassets/our-thinking/campaigns/legal-framework-for-impact/a-legal-framework-for-impact.pdf>>. Acesso em 18.08.2021.

18 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Portanto, no que pese a ausência de regulamentação específica no contexto da legislação brasileira, para o *Venture Philanthropy* e o *Blended Finance* não há qualquer impeditivo para a sua realização dentro de moldes de financiamentos já existentes no Direito brasileiro de forma que garanta segurança jurídica tanto para o investidor como para a investida. Para tanto, devem ser sempre observados os princípios de transparência, impessoalidade, eficiência, economicidade e publicidade.

De fato, *Venture Philanthropy* e *Blended Finance* podem ser financiados por doações, financiamento coletivo, *P2P lending*, microcrédito, aceleradoras, investimento anjo, empréstimos subsidiados, investimento coletivo, fundos de investimento, financiamento bancário, títulos de crédito, ofertas públicas de valores mobiliários. Para tanto, o investidor deve selecionar o modelo que melhor se

encaixa dentro do seu objetivo e expectativa de retorno, tanto socioambiental como financeiro, bem como a realidade da investida após um rigoroso processo de diligência que leve em consideração os riscos de acordo com seu tipo societário, seu Estatuto Social e seu regime de tributação.

Em conclusão, é possível verificar que *Venture Philanthropy* e *Blended Finance* não são, por si só, modelos exclusivos de investimento, mas sim estratégias de financiamento e princípios norteadores para que, conjuntamente, investidor e investida busquem a melhor solução de acordo com suas especificidades e interesses. Destaque-se que sua realização, de forma segura, prática e eficiente, com os instrumentos jurídicos existentes e regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro, é possível.

## CONCLUSÃO

No presente artigo, buscamos apresentar, em primeiro lugar, as possibilidades de investimento de impacto em entidades sem fins lucrativos para a consecução de objetivos de interesse público, incluindo as possibilidades de intercâmbio de conhecimento entre investidor e investida de forma a ressaltar a importância da aplicação de recursos no setor e o seu impacto para a sociedade.

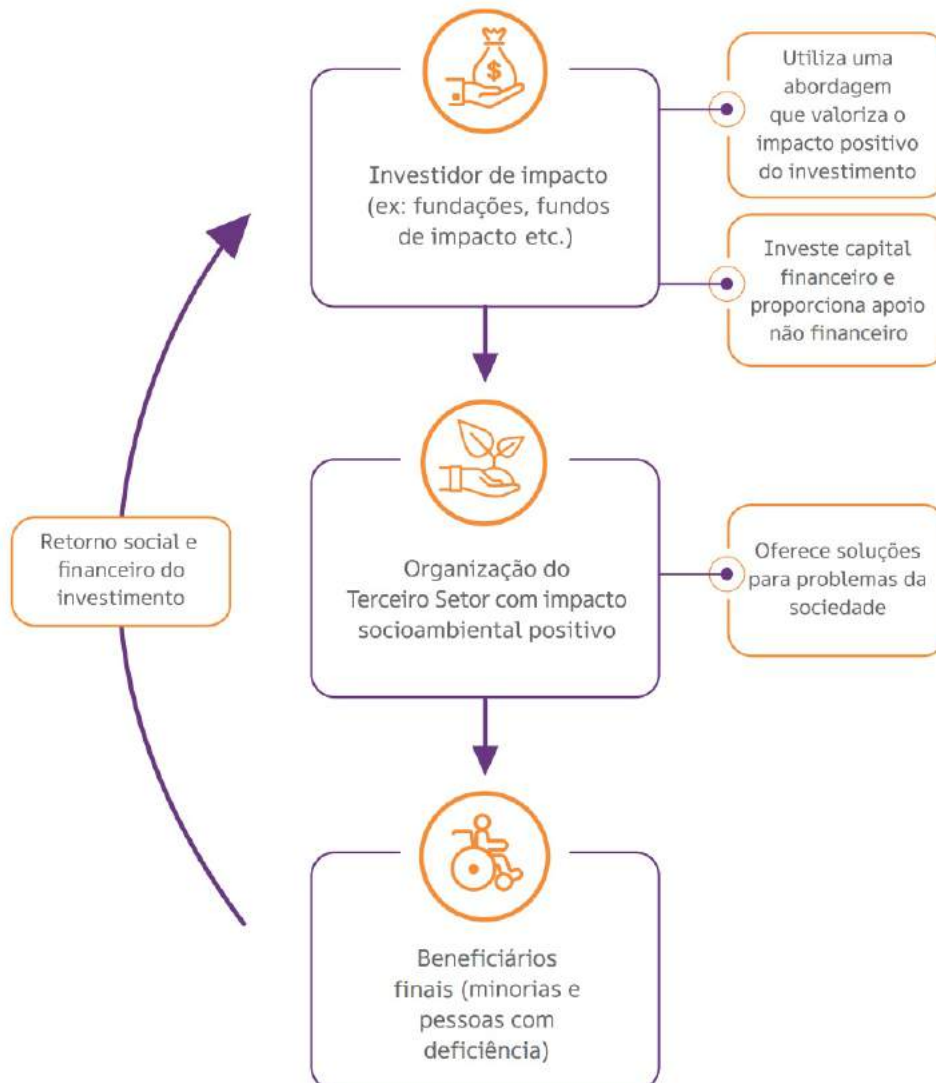
Em seguida, foi abordada especificamente a modalidade de *Venture Philanthropy*, que é caracterizada como um investimento a longo prazo no qual o investidor tem como objetivo não a maximização de seu lucro, mas do impacto socioambiental nas ações desenvolvidas. Tal modelo é marcado por diversas características distintivas, entre as quais podemos citar o apoio para organizações com alto índice de crescimento, diligência extensiva, formas de financiamento sob medida, apoio por meio de capital financeiro, intelectual e social etc.

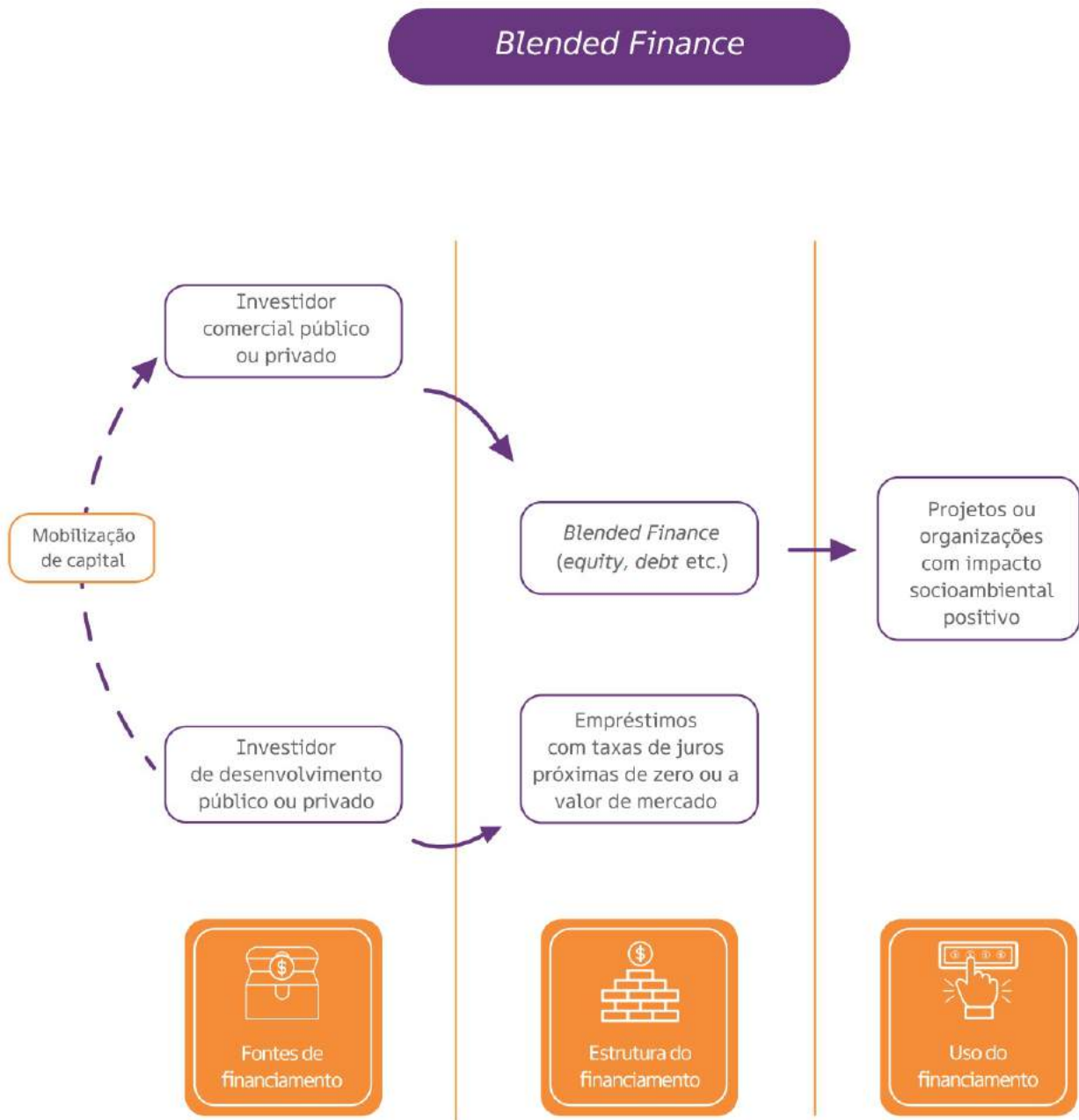
Em terceiro lugar, detalhamos o modelo *Blended Finance*, que consiste na combinação de recursos provenientes de investidores filantrópicos com o capital de investidores comerciais, tradicionalmente focados exclusivamente no retorno financeiro, como uma forma de mitigação dos riscos e ampliação dos recursos disponíveis para organizações geradoras de impacto.

Por fim, analisamos o contexto brasileiro, evidenciando que é possível e recomendável, no âmbito jurídico, a estruturação segura de financiamentos via *Venture Philanthropy* e *Blended Finance*, de acordo com os instrumentos de investimentos já regulamentados no Brasil. Ainda, buscou-se destacar que a ampliação de capital para as entidades sem fins lucrativos é um fator fundamental para a manutenção de suas atividades que focam nas áreas que mais precisam de apoio dentro do contexto de desigualdade social e econômica do país.

## Resumindo este capítulo | Investimentos de impacto: com impacto ou para impacto?

### Venture Philanthropy











# O papel do Terceiro Setor no "S" do ESG

Juliana Gomes Ramalho Monteiro,  
Adriana Moura Mattos da Silva e Marília Lofrano

## Introdução: o capitalismo de stakeholders e a consolidação dos critérios ESG

O capitalismo de *stakeholders* vem ganhando cada vez mais espaço no mundo corporativo e se consolidando como modelo de negócios do presente e do futuro. Em termos gerais, o conceito representa um novo entendimento sobre o propósito dos negócios e o significado do sucesso no âmbito corporativo, não mais limitado à geração de lucro, mas incluindo a capacidade dos negócios de endereçar, sempre que possível, os interesses de seus *stakeholders* em seu planejamento. Nesse caso, o referido planejamento considera perspectivas de interesse de investidores, parceiros comerciais, funcionários, comunidades locais, cadeia de fornecedores, clientes e potenciais clientes, bem como da sociedade em geral.

Entre os principais efeitos da ascensão do capitalismo de *stakeholders* como assunto do momento em âmbito internacional, especialmente impulsionado pela pandemia de Covid-19, está a popularização dos chamados critérios ESG (*Environmental, Social and Governance*, no termo original inglês), os quais representam a visão do investidor sobre um tema que há muito tempo se discute no contexto empresarial: o desenvolvimento sustentável.

Após amplas discussões da década de 1990 sobre sustentabilidade ambiental e emissões de gases estufa, a Organização das Nações Unidas (ONU) lança o relatório intitulado **"Who Cares Wins"**<sup>1</sup> em 2004, por meio do Pacto Global, traçando diretrizes e recomendações sobre como integrar questões ambientais, sociais e de governança às atividades de gestão de ativos e de serviços de corretagem de valores mobiliários. Referido documento foi endossado por mais de 20 (vinte) instituições financeiras globais, oportunidade em que se formalizou o termo "ESG", em referência à expressão em inglês *environmental, social and governance*.

Buscando avançar na temática, em 2006, a ONU ainda elaborou os Princípios para o Investimento Responsável (**"Principles for Responsible Investment" ou "PRI"**)<sup>2</sup>, que estabelecem diretrizes para integração dos critérios ESG às decisões de investimento, como forma de incentivar os investidores a agirem ativamente na incorporação de tais princípios às políticas e práticas de detenção de ativos, além de promover boas práticas de transparência sobre o assunto, a serem adotadas pelas empresas investidas.

Seguindo pelo mesmo caminho, em 2011, a ONU também editou os **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos**<sup>3</sup>, estabelecendo os três pilares

- 
- 1 A íntegra do documento está disponível em: <[https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics\\_ext\\_content/ifc\\_external\\_corporate\\_site/sustainability-at-ifc/publications/publications\\_report\\_whocareswins\\_wci\\_1319579355342](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/publications/publications_report_whocareswins_wci_1319579355342)>. Acesso em 24.10.2021.
  - 2 Os Princípios para o Investimento Responsável podem ser consultados em: <<https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>>. Acesso em 24.10.2021.
  - 3 Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos podem ser consultados em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/disponibilizada-a-cartilha-referente-aos-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>>.

para a correta atuação das empresas em respeito aos direitos humanos de pessoas a elas relacionadas – proteger, respeitar e reparar –, bem como fixando diretrizes para o endereçamento dos impactos sociais gerados direta ou indiretamente pela atividade econômica desempenhada.

Em 2015, foram aprovados os **17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)**<sup>4</sup> com parte da chamada “*Agenda 2030*”, pauta voltada à promoção do desenvolvimento sustentável por meio de compromisso interdisciplinar e intersetorial amplo, o qual engaja atores do poder público, do setor econômico e da sociedade civil.

Sob a mesma perspectiva, em janeiro de 2020, executivos de diversos setores participaram de reunião do Fórum Econômico Mundial realizado em Davos e reafirmaram o compromisso de construir o chamado “capitalismo de *stakeholders*”, consolidando o Manifesto de Davos para reforçar que o propósito de uma empresa é se empenhar na criação de um valor sustentável e compartilhável com todos os ***stakeholders***<sup>5</sup>.

A partir desse marco, o ano de 2021 iniciou com uma tendência de aprofundamento dos compromissos firmados em 2020, a exemplo da tradicional mensagem anual de Larry Fink, CEO da *BlackRock*, oportunidade em que defendeu a criação de valor sustentável para todos os *stakeholders* a longo prazo, destacando que 81% das companhias listadas em índices sustentáveis que adotaram o chamado “capitalismo de *stakeholders*” tiveram desempenho financeiro acima do esperado,

quando comparados aos índices de referência originários.

É nesse contexto que os critérios ESG, conforme sigla adotada em 2004, vêm adquirindo força inédita, não só no mercado financeiro, como nos setores produtivos e na iniciativa privada em geral. Isso porque referidos parâmetros traduzem a congregação de diversos interesses e diretrizes já consolidadas nos compromissos internacionais acima mencionados.

Porém, muitas ainda são as dúvidas com relação aos atores e ferramentas capazes de traduzir os critérios ESG para a atividade prática e operacional das empresas ou organizações institucionais, uma vez que não existe apenas um único caminho a seguir.

Nesse panorama, o objetivo do presente artigo é analisar as possibilidades de participação e engajamento do dito “Terceiro Setor”, aqui representado pelas organizações da sociedade civil, na implementação dos critérios ESG, seja como parceiro da empresa ou como destinatário dos mecanismos de governança corporativa.

4 Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, elaborados pela Organização das Nações Unidas, podem ser consultados em: <<https://odsbrasil.gov.br/>>. Acesso em 30.03.2021.

5 A íntegra do documento está disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/>>. Acesso em 30.03.2021.

## Terceiro Setor como ferramenta do “S”: a responsabilidade social corporativa e o investimento social privado

Como visto, os debates já antigos em torno do conceito de ESG se intensificaram especialmente em 2020, acabando por causar ruídos quanto à definição dos temas efetivamente englobados por cada uma das letras que compõe a agora famosa sigla. Especificamente com relação ao “S” – tema em que nos aprofundaremos no presente artigo –, algumas das dúvidas dos *players* de mercado decorrem da confusão entre os conceitos de responsabilidade social corporativa e investimento social privado.

De acordo com conceito do Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável (*World Business Council for Sustainable Development*), responsabilidade social corporativa é **“o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, melhorando simultaneamente a qualidade de vida de seus empregados e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo”**<sup>6</sup>.

Sob essa perspectiva, o Instituto Ethos defende que as empresas podem buscar o lucro como objetivo, mas devem focar em sua obtenção de longo prazo, observando a regulação aplicável às suas atividades e considerando o impacto não mercadológico de suas decisões. Assim, ao invés de priorizarem a maximização de lucros de curto prazo, suas atividades devem incluir a busca por maneiras de **melhorar a sociedade**<sup>7</sup>.

Nesse contexto, o referido conceito estabelece um viés ético para condução das atividades empresariais, o qual aceita o desenvolvimento de ações pontuais, como realização de doações, promoção de atividades esporádicas de voluntariado, dentre outras práticas aliadas ao conceito de filantropia, mas não se restringe a isso.

Por outro lado, **investimento social privado** consiste em uma ação planejada, estruturada e coordenada que prevê repasse voluntário de recursos privados para projetos de interesse público, como aqueles com finalidades sociais, ambientais, culturais, socioassistenciais, educacionais, científicas, **entre outros**<sup>8</sup>.

Portanto, entende-se como sendo o desenvolvimento de ações não pontuais de médio e longo prazo, pautadas em preocupações com planejamento, monitoramento e avaliação de resultados dos projetos apoiados, como forma de garantir resultados sustentáveis de impacto e transformação social por meio do envolvimento da comunidade.

6 World Business Council for Sustainable Development – *Corporate Social Responsibility*. Disponível em: <<https://growthorientedsustainableentrepreneurship.files.wordpress.com/2016/07/csr-wbcsd-csr-primer.pdf>>. Acesso em 24.10.2021.

7 Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-epresarial/>>. Acesso em 24.10.2021.

8 Definição disponível em: <<https://gife.org.br/investimento-social-privado/>>. Acesso em 24.10.2021.



Como exemplos de iniciativas de investimento social privado, temos o aporte de recursos via doações e patrocínios a projetos beneficiados por incentivos fiscais, a constituição de *endowments* para fomento de causas de interesse público e a estruturação de associações (também conhecidos como institutos empresariais) e fundações para consecução de finalidades socioambientais de forma integrada à atuação empresarial.

Porém, o “S” do ESG em si demanda reflexões complementares. Como já mencionado, os critérios ESG refletem a concepção do capitalismo de *stakeholders* e a ressignificação do propósito empresarial, visando a garantia de impacto social positivo àqueles que de alguma forma experimentam efeitos ou consequências do negócio. Assim, para que os critérios ESG sejam atendidos sob a perspectiva social, é necessário considerar a premissa de que as atividades empresariais não devem gerar impactos negativos a esse universo de *stakeholders*, mas também devem proporcionar resultados positivos, ou seja, compartilhar valor com todos.

Dessa forma, o “S” alcança ações empresariais de cunho filantrópico, de voluntariado, de patrocínios ou parcerias com organizações sem fins lucrativos, mas não pode, nem deve, se limitar a elas, pois exige uma atuação de maior impacto, pautada na centralidade dos *stakeholders* sociais na tomada de decisões do negócio.

Significa dizer que, se o ESG, em todas as suas dimensões, representa a concretização de ações e compromissos *beyond compliance*, ou seja, além das

regras objetivas sobre atuação ética, participação da comunidade e disposições previstas na legislação sobre não causar impactos negativos diretos ou indiretos, o “S” se mostra responsável por transformar os *stakeholders* em protagonistas da atuação empresarial e seus beneficiários diretos.

Enquanto a sociedade civil é destinatária das iniciativas de responsabilidade social corporativa e investimento social privado, no âmbito ESG temos a sociedade civil como parte essencial da estratégia de negócios da empresa, uma vez que figura como *stakeholder* em seus diversos desdobramentos: colaboradores próprios e da cadeia de valor da empresa, comunidade local e/ou do entorno dos empreendimentos, consumidores, organizações da sociedade civil e movimentos sociais, comunidades tradicionais potencialmente impactadas pelo negócio, entre outros, colocados lado a lado de investidores, dirigentes, parceiros comerciais, acionistas etc.

Assim, o “S” traz uma preocupação multifacetada, que objetiva gerar impactos positivos em diversos âmbitos, dentre os quais detalhamos a seguir:

- **Capital humano:** iniciativas com foco no trabalhador, como treinamento e capacitação em temas sociais diversos; práticas de garantia da saúde, meio ambiente e segurança do trabalho; promoção da diversidade, inclusão e não discriminação de gênero, raça, orientação sexual, condição física, origem, classe social ou crença religiosa; combate ao assédio moral e sexual; combate e

- prevenção ao trabalho em condições análogas à escravidão ou indigno, ao trabalho infantil e à exploração sexual; manutenção de processos internos que garantam privacidade e segurança de dados, liberdade associativa e sindical e acessibilidade; entre outros;
- **Transparência social:** estabelecimento de bom relacionamento com comunidades locais do entorno dos empreendimentos onde a companhia opera; disponibilidade para atendimento às necessidades das comunidades locais relacionadas à problemas públicos; estabelecimento de diálogo social amplo com *stakeholders*, incluindo comunidades tradicionais potencialmente impactadas pelas atividades da companhia; disponibilização de canal de denúncia, queixas e reclamações, bem como o endereçamento de questões apresentadas nesse contexto; garantia da segurança, do acesso à informação e do devido atendimento de consumidores; entre outros;
  - **Cadeia de valor:** informação, gestão, monitoramento, supervisão, treinamento e capacitação recorrentes dos integrantes da cadeia de parceiros, fornecedores e terceirizados, garantindo a devida repercussão dos compromissos assumidos pela companhia nessa cadeia de valor; contratação, capacitação e treinamento de fornecedores e colaboradores locais; entre outros; e
  - **Ecossistema social:** fomento e fortalecimento institucional da sociedade civil organizada local; aplicação de recursos financeiros, materiais e/ou humanos em projetos de cunho social; atuação em rede, mediante celebração de parcerias para implementação de iniciativas sociais; mediação e interlocução de relações com o poder público local etc.
- Cumprir destacar que, à luz dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, especialmente o ODS 17 “Parcerias e meios de implementação”, o compromisso intersetorial pelo desenvolvimento sustentável só é possível **“mediante um compromisso renovado de cooperação entre a comunidade internacional e uma parceria global ampla que inclua todos os setores interessados e as pessoas afetadas pelos processos de desenvolvimento”<sup>9</sup>**, sendo uma das suas metas a promoção e o incentivo de parcerias eficazes, sejam elas públicas, público-privadas, privadas ou com a sociedade civil, a partir da definição de estratégias de mobilização de recursos.
- Por essas razões, ainda que não se confundam os conceitos, um planejamento “S” eficaz deverá prever ações complementares de responsabilidade social corporativa e investimento social privado, ou seja, deverá considerar a realização de práticas éticas pontuais como doações, patrocínios e voluntariado, integradas a iniciativas planejadas e estruturadas para benefício de causas de interesse público no médio e longo prazo. Ainda, soma-se ao cenário a garantia dos necessários espaços de diálogo, participação, consulta e engajamento social, voltados à compreensão da amplitude dos

9 Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/17/>>. Acesso em 24.10.2021.

possíveis e efetivos impactos do negócio na sociedade e capazes de proporcionar uma correta identificação de riscos, oportunidades e potencialidades.

E para tanto, a participação das organizações da sociedade civil na estruturação de operações de prevenção ou reparação social no ambiente corporativo se mostra essencial, em posições e estratégias que variam conforme a perspectiva, o que torna a abordagem do “S” do ESG ainda mais profunda.

Soma-se a isso o valioso *know-how* socioambiental que as fundações e institutos podem oferecer às empresas, contribuindo para o desenvolvimento interno de indicadores ESG, por meio de sua experiência prática e conhecimento técnico. Organizações da sociedade civil focadas em preservação do meio ambiente podem, por exemplo, auxiliar empresas na implementação de procedimentos e no cumprimento de metas de logística reversa, da mesma forma que entidades de direitos humanos podem contribuir com treinamentos para inclusão de pautas de diversidade na cultura institucional ou com a interlocução do diálogo com comunidades próximas às áreas de operação da companhia. Também, entidades voltadas à promoção dos direitos da pessoa com deficiência podem elaborar planos e metas para assegurar a plena inclusão dos funcionários com deficiência na lógica organizacional da companhia.

Diante desses e tantos outros exemplos, as possibilidades de interação do dito Terceiro Setor nas perspectivas ESG são muito amplas, permitindo que a sociedade civil organizada, seja formal (associações, fundações, organizações religiosas) ou não (movimentos sociais, articulações,



coletivos etc.) atue como verdadeira parceira na construção do impacto positivo, seja como mediadora de diálogo e participação social ou como beneficiária das iniciativas, e, ainda, quando se tratar de veículo próprio de investimento social privado, como de verdadeiro instrumento agregador de inteligência social para a companhia.

## Aplicação de critérios ESG pelo Terceiro Setor

Diante da relevância e importância que o contexto acima detalha, a adoção de práticas ESG também é recomendada para associações (ou institutos) e fundações, em cada uma de suas três vertentes.

Considerando o contexto em que as organizações da sociedade civil estão inseridas e as finalidades não lucrativas que já perseguem, é compreensível que tenham maior facilidade na implementação de práticas institucionais





com foco ambiental e social. Porém, a integração dos pilares ESG nos mostra que a efetividade de tais práticas depende igualmente da atenção voltada para ações que envolvem governança, como alocação eficiente de capital e mensuração de retornos e resultados.

Sendo assim, é essencial que as entidades do Terceiro Setor utilizem mecanismos de governança corporativa – inspirados na estrutura organizacional das empresas – como forma de garantir o profissionalismo e a confiabilidade de sua gestão. Mecanismos esses capazes de ampliar a transparência e equidade, bem como beneficiar a prestação de contas aos seus doadores e, conseqüentemente, sua sustentabilidade financeira.

Isso porque, com uma governança robusta, é possível utilizar mecanismos que facilitem a arrecadação de recursos e contribuam para o desenvolvimento e fortalecimento institucional. Como consequência, a adoção de critérios ESG pode inspirar confiança aos doadores, pois evidencia que os recursos são empregados de forma transparente, eficiente e responsável.

Se de um lado vimos que as organizações da sociedade civil representam *stakeholders* essenciais para articulação do “S” dentro das companhias, de outro temos a experiência das companhias contribuindo para o fortalecimento institucional dessas organizações, abrindo uma via de mão dupla para que ambos os atores contribuam para construção de um sistema de promoção social robusto e consistente.

De toda forma, embora o pilar da governança seja o maior desafio para o Terceiro Setor, as entidades não devem perder as métricas ambientais e sociais de vista, reforçando o compromisso com as finalidades sociais as quais se dedicam.

Nesse sentido, o esperado é que garantam procedimentos internos alinhados com a preservação do meio ambiente e com o bem-estar de seus colaboradores e demais *stakeholders* eventualmente impactados. É o caso, por exemplo, de entidades de saúde que devem elaborar um plano de gerenciamento de resíduos hospitalares para conduzir um correto processo de separação e descarte. Na mesma linha, entidades educacionais podem enfrentar desafios relacionados à saúde mental de seus colaboradores e atendidos – em especial professores e alunos, respectivamente –, de modo que podem pensar em iniciativas institucionais capazes de mitigar potenciais efeitos psicológicos decorrentes da pandemia.

## CONCLUSÃO

A partir do contexto histórico, conceitos e exemplos trazidos pelo presente estudo, é possível concluir que o Terceiro Setor representa importante aliado das companhias para consecução do capitalismo de *stakeholders* e, conseqüentemente, para cumprimento das tão almejadas métricas ESG exigidas pelo mercado atual, já que as organizações da sociedade civil acumulam conhecimento e experiência suficientemente capazes de direcionar as empresas na construção de uma atuação social responsável, ética e focada em resultados positivos.

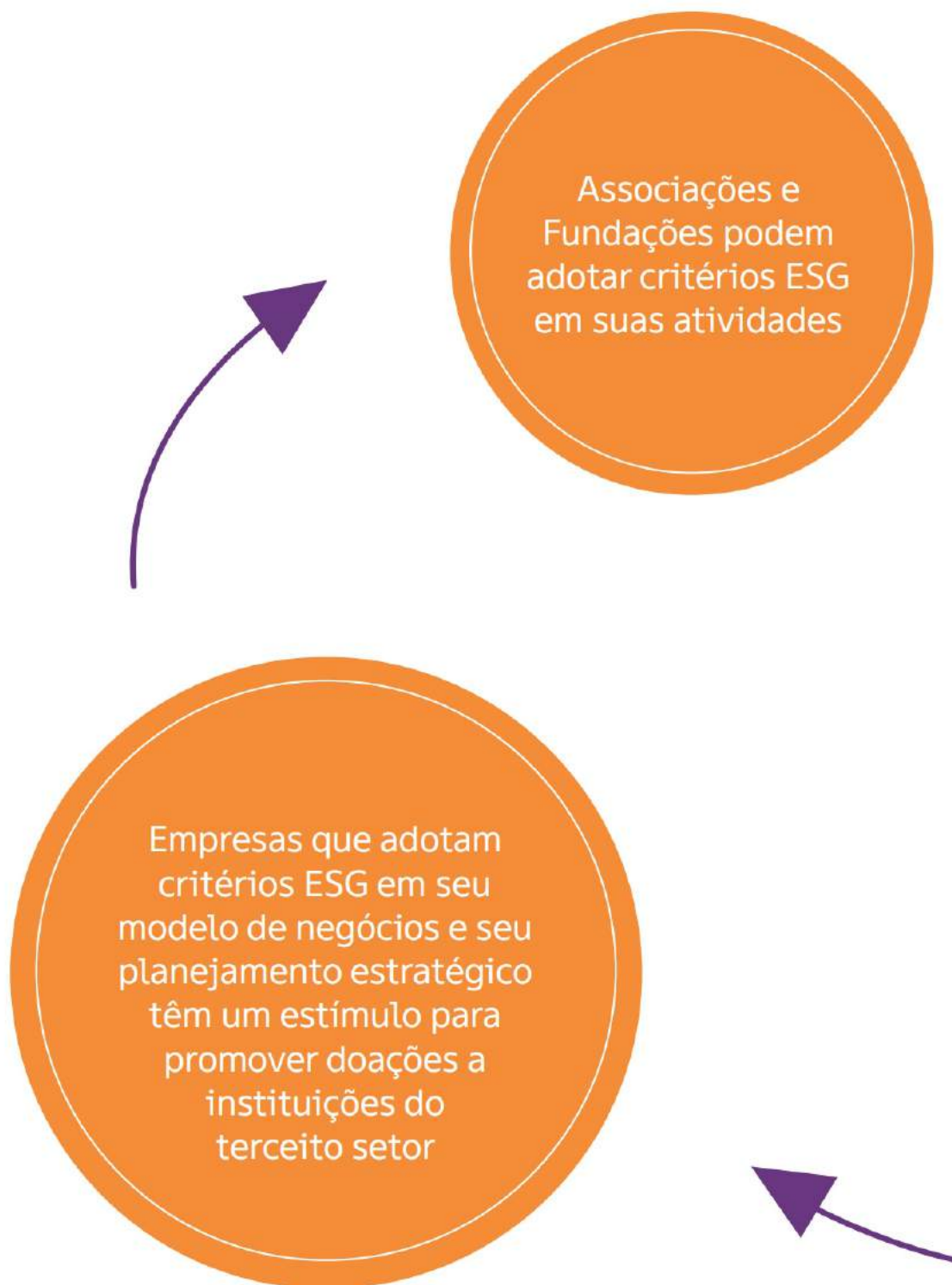
Por outro lado, ao adotarem critérios ESG internamente, as entidades também têm muito a ganhar, em especial

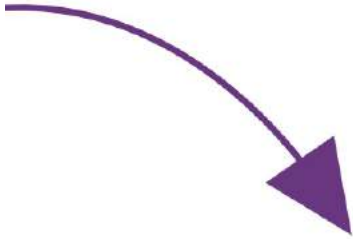
utilizando-se das práticas de governança corporativa adotadas pelas empresas para profissionalizar sua gestão e fortalecer sua credibilidade para captação de recursos.

Nesse sentido, a busca pelo atendimento dos critérios ESG representa uma agenda positiva para ambos os setores da iniciativa privada, auxiliando tanto as companhias quanto as organizações da sociedade civil no fortalecimento do seu impacto social. Esforço conjunto esse que deve, idealmente, partir de um ambiente colaborativo, permitindo o fortalecimento e a formação de parcerias duradouras, focadas na geração de valor, em especial para as comunidades impactadas pela atividade empresarial, mas também para a sociedade como um todo.





**Resumindo este capítulo | O papel do Terceiro Setor no "S" do ESG**



Associações e Fundações podem ser atores essenciais para o desenvolvimento do "S", com papel estratégico para empresas que adotam o ESG em seu modelo de negócios







---

## A (in)aplicabilidade da Lei de Falências e do regime de recuperação judicial para as organizações sem fins lucrativos

Flavia Regina de Souza Oliveira, Alex Hatanaka,  
Priscila Hirschheimer e Beatriz Ostasiuk Izquierdo Vera

## Introdução

A pandemia ocasionada pela Covid-19 deflagrou-se não apenas como uma crise sanitária, mas também econômica. Apesar de seus efeitos concretos ainda não terem surtido efeito em toda sua extensão, a expectativa corrente é de que muitas empresas e agentes econômicos, que atualmente enfrentam dificuldades financeiras, precisarão se socorrer de mecanismos trazidos pela Lei nº 11.101/2005, a Lei de Recuperação Judicial e Falência (LRF), a saber, a recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência.

Esse também é o caso de muitas associações e fundações que, apesar de não terem finalidade lucrativa, desempenham verdadeira atividade econômica, como é o caso de mantenedoras de instituições de ensino, hospitais, **clubes de futebol**<sup>1</sup>, dentre outros. Essas entidades, que foram gravemente afetadas pela pandemia ocasionada pela **Covid-19**<sup>2</sup>, estão buscando, atualmente, mecanismos jurídicos que propiciem o equacionamento dessa situação de crise.

Com isso, vem à tona, novamente, a polêmica sobre a possibilidade de associações e fundações sem fins lucrativos valerem-se das benesses trazidas pela LRF, uma vez que suas atividades podem ter relevante impacto social e econômico. Esse debate, apesar

de não ser recente no direito brasileiro, tem sido alvo de decisões recentes inéditas que podem alterar, definitivamente, o regime jurídico de associações e fundações sem fins lucrativos.

O debate tem como ponto de partida o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, que restringe, a priori, os efeitos da recuperação judicial, extrajudicial e falência ao *"empresário e sociedade empresária"*. O art. 2º do mesmo dispositivo, por sua vez, prevê expressamente que estariam excluídas da aplicação da lei a *"empresa pública e sociedade de economia mista"*, bem como a *"instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas"*, sem excluir expressamente a aplicação da LRF às associações e fundações sem fins lucrativos.

Diante disso, em um primeiro momento, poderia se argumentar que, a partir da leitura literal do artigo 1º da LRF, que faz referência ao *"empresário"* e *"sociedade empresária"*, associações e fundações não poderiam se valer dos remédios legais preconizados na LRF. No entanto, não é esse o entendimento que tem prevalecido, atualmente, nos tribunais pátrios, quando enfrentaram casos recentes envolvendo o assunto. O que se observa é uma tendência pela adoção de

1 Atualmente, grande parte dos clubes de futebol brasileiros são constituídos como associações, na forma dos artigos 53 e seguintes do Código Civil. De todo modo, recentemente, foi promulgada a Lei nº 14.193/2021 que permitiu, em seu artigo 2º, inciso I, a transformação de clube constituído como associação civil, dedicado ao fomento e à prática do futebol, em Sociedade Anônima do Futebol. Para tanto, recomendamos a leitura da nota de rodapé número 9.

2 Estudo: Impacto da Covid-19 nas OSCs Brasileiras: da resposta imediata à resiliência.



uma interpretação finalística, calcada, em essência, nos princípios da preservação da empresa e de sua função social, de modo a admitir que associações e fundações sem fins lucrativos fossem equiparadas à verdadeiras empresas, como se passa a explicar.

## O conceito de empresa no Direito brasileiro

A origem do debate posto se baseia na existência de um regime dicotômico clássico, pelo qual **(i)** empresários seriam aqueles inscritos perante os competentes registros públicos de empresas mercantis, sujeitos às disposições da LRF para situações de crise; **(ii)** ao passo que outras pessoas jurídicas de direito privado, como as associações ou fundações, seriam aquelas constituídas em cartórios de registro civil, sujeitas ao regime de liquidação de insolvência civil.

Não obstante, na prática, tem se verificado uma relativização de tal regime dicotômico, dado que as diferenças entre os empresários e as demais pessoas jurídicas de direito privado, na realidade, nem sempre são significativas. Assim, mostra-se fundamental entender, no detalhe, quem seria o agente econômico e as atividades por ele exercidas, para que se possa verificar se, mesmo sendo

uma associação ou fundação sem fins lucrativos, tais características podem levá-lo a ser equiparado a um empresário ou empresa e, conseqüentemente, se valer do regime trazido pela LRF.

O artigo 966 do Código Civil define como empresário aquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços*”, sendo a sociedade empresária aquela que “*tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro*”.

O cerne da discussão acerca do enquadramento das associações e fundações na classificação de “empresário”, seria o fato de que essas entidades de direito privado se organizam “para fins não econômicos”, ou seja, diferentemente de empresas, não buscam lucros e retorno a seus associados ou **instituidores**<sup>3</sup>. Com base nisso, há entendimento de que tais pessoas jurídicas, que não são consideradas empresárias, não podem se submeter à recuperação judicial ou extrajudicial ou, mesmo, ter a sua falência decretada. Estão, assim, fora do escopo circunscrito, de forma clara, pelo **artigo 1º da LRF**<sup>4</sup>.

Por outro lado, não há dúvida de que certas associações e fundações assumem relevância social marcante, não só pelo cumprimento de seu objeto, com o desempenho de atividades de importância

3 BATT, Paloma; HIRSCHHEIMER, Priscila. *Escolas e faculdades podem pedir recuperação judicial*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, ano 9, nº 25, p. 181/193, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/135/42003/92690>>. Acesso em: 16.07.2021.

4 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52. Em sentido similar, ver TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56; MELLO FRANCO, Vera Helena de; e SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 20; e MAMEDE, Gladson. *Manual de direito empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

social, mas também por criar empregos, pagar tributos e movimentar a economia. Em outras palavras, elas têm impacto econômico e social e exercem, de forma habitual e profissional, atividades que se aproximam de funções de uma empresa típica, mediante a coordenação de fatores de produção para a prestação de serviços ou de produtos.

No mais, ressalta-se que não há impedimento legal para que associações e fundações auferam ganhos decorrentes de suas atividades, denominados superávit, em determinados exercícios financeiros, desde que tais resultados positivos não sejam distribuídos para seus associados/instituidores, bem como sejam aplicados na manutenção do desenvolvimento de seus objetivos sociais.

Dessa forma, há entendimento no sentido de que as associações e fundações poderiam se sujeitar ao regime concursal da LRF, dado que estariam equiparadas a empresas. Assim, em atenção aos princípios estruturantes da LRF, como o da preservação da empresa e da função social, as entidades sem fins lucrativos poderiam se valer dos instrumentos de recuperação judicial, extrajudicial e falência. Alguns argumentam, inclusive, que as instituições sem fins lucrativos não foram expressamente excluídas do regime de aplicação da LRF no **artigo 2º<sup>5</sup>**, o que permitiria uma interpretação a *contrario sensu*.

O debate teórico, como se vê, é acirrado, dada a tensão entre a redação inequívoca da legislação dicotômica entre entidades civis e empresas e, de outro lado, a aplicação dos princípios gerais da LRF de preservação da empresa e função social. Essa última interpretação ganha força em situações concretas em que há justificativa social e, em especial, em situações de crise. No Poder Judiciário, por sua vez, a situação também não é pacífica, embora, observa-se uma prevalência da posição de que seria possível, em tese, outorgar às associações sem fins lucrativos o favor legal da recuperação judicial, como se passa a demonstrar.

## Posicionamento da jurisprudência

O marco teórico acima discutido vem, nos últimos anos, sendo colocado em teste pelos tribunais brasileiros. Dessa forma, é possível utilizar a jurisprudência atual sobre a temática como um termômetro para identificar a aceitação do judiciário brasileiro sobre a possibilidade de recuperação judicial por organizações sem fins lucrativos.

Em primeiro lugar, cabe destacar o posicionamento da 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, que, no dia 17 de maio de 2020, deferiu o processamento da recuperação judicial da Associação Sociedade Brasileira de Instrução, mantenedora da Universidade

5 AYQUB, Luiz Roberto e CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas* [livro eletrônico]. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017; MANDEL, Julio Kahanº *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 518; e WAISBERG, Ivo e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldades*. In: *Temas de direito da insolvência: Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 708.



Cândido Mendes e do Instituto Cândido Mendes, ambas constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos.

**Na decisão<sup>6</sup>** que acatou o pedido da Universidade Cândido Mendes, a 5ª Vara Empresarial destacou não somente a ausência de exclusão expressa de associação sem fins lucrativos na Lei nº 11.101/2005, como também ressalta que a feição empresarial das atividades realizadas não fica adstrita à natureza jurídica do agente econômico. *In verbis*:

*“Porém, quando o legislador pretendeu excluir diretamente, elencou as pessoas jurídicas nos dois incisos do art. 2º. Não há, portanto, como estender à associação civil a proibição expressa contida no art. 2º e seus incisos, vedada a possibilidade de ampliação da interpretação das normas legais restritivas (...) **Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente.**”* (grifou-se)

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs recurso, sob o argumento que as associações civis sem fins lucrativos, especialmente as de cunho filantrópico, não poderiam ser enquadradas na Lei de Recuperação Judicial e Falências por não

serem constituídas na forma jurídica de sociedade empresarial lucrativa e por não estarem inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis.

No dia 2 de setembro de 2020, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a decisão da 5ª Vara Empresarial, em **acórdão<sup>7</sup>** paradigmático, no qual os desembargadores, em sua maioria, entenderam que a Universidade Cândido Mendes está organizada para a circulação de serviços, com atuação educacional, proporcionando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, de tal sorte que, ainda que esteja formalmente constituída como associação civil, na prática as atividades desempenhadas eram de natureza empresarial, nos termos do disposto no art. 966 do Código Civil. Nas palavras do relator:

*“Assim, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa, por se tratar de atividade preponderante, que, **embora não distribua lucro entre seus associados, gera imensa riqueza para o meio social, comprovando assim seu caráter econômico.** deve-se permitir o deferimento do processamento da recuperação judicial desde que comprovado mais de dois anos de efetivo exercício da atividade educacional, o que para o requerente é público e notório.”* (grifou-se)

6 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Processo nº 00093754-90.2020.8.19.0001, Juíza Maria de Penha Nobre Mauro, julgamento em 13.05.2020.

7 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 003151553.2020.8.19.0000, Relator Des. Nagib Slaibi, julgamento em 02.09.2020.

Tal decisão é um marco importante para o desenvolvimento da jurisprudência nacional da legitimidade de associações civis para ingressarem com pedidos de recuperação judicial, como uma alternativa viável para enfrentar as dificuldades econômico-financeiras decorrentes de suas atividades.

Diante de tal precedente, no dia 18 de março de 2021, a 4ª Câmara Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar **Apelação**<sup>8</sup> proposta pelo Figueirense Futebol Clube diante do indeferimento do seu pedido de homologação judicial de plano de recuperação extrajudicial, reformou a sentença do juízo de 1º grau que afirmava que as associações civis sem fins lucrativos não podem se valer da recuperação extrajudicial por não serem constituídas como sociedade empresária.

Em sua fundamentação, o desembargador relator entendeu que, independente da forma societária adotada, as associações civis podem ser submetidas ao instituto

da recuperação judicial caso exerçam atividade empresária nos termos do Código Civil, uma vez que as entidades sem fins lucrativos podem desenvolver atividades econômicas, desde que não possuam finalidade lucrativa, utilizando, inclusive, o caso da Universidade Cândido Mendes como referência. Senão vejamos:

*“A propósito, matéria semelhante já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (...) Concluo, portanto, que o fato de o primeiro apelante enquadrar-se como associação civil não lhe torna ilegítimo para pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 11.101/2005, porquanto não excluído expressamente do âmbito de incidência da norma (art. 2º), equiparado às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé e, notadamente, **diante da sua reconhecida atividade desenvolvida em âmbito estadual e nacional desde 12/6/1921, passível de consubstanciar típico elemento de empresa** (atividade econômica organizada).”*  
(grifou-se)

Em que pese a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 (Lei Pelé) equipare, de maneira expressa, em seu art. 27, § 13, as entidades de práticas desportivas, independente da forma jurídica sob a qual foram



8 4ª Câmara Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação nº 5024222-97.2021.8.24.0023/SC*, Relator Des. Torres Marques, julgamento em 18.03.2021.

constituídas, às **sociedades empresárias**<sup>9</sup>, é possível notar que a argumentação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina fez questão de ressaltar que, para além desta previsão normativa, o núcleo da questão está em: **(i)** averiguar a adequação ao art. 2º da Lei nº 11.101/2005; e **(ii)** as atividades desenvolvidas pela organização que pleiteia a recuperação judicial são de caráter empresarial, ainda que exercidas sem a finalidade lucrativa.

Ora, apesar da ausência de elementos legais expressos sobre a possibilidade de aplicação da recuperação judicial às associações sem fins lucrativos, é possível verificar um avanço deste posicionamento acertado pela jurisprudência ao redor dos tribunais brasileiros.

Nesta seara, no dia 10 de maio de 2021, a 2ª Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Porto Alegre do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **deferiu o pedido**<sup>10</sup>, de recuperação judicial de todas as dez pessoas jurídicas sem fins lucrativos vinculadas a Associação da Igreja Metodista.

A corte porto-alegrense defendeu que o judiciário deve ser protagonista, ao invés de se omitir, diante da controvérsia sobre as associações civis atuarem como agentes econômicos responsáveis pela circulação

de bens e serviços na economia, conforme exposto pelo magistrado:

*"Os autores, por serem associações civis de ensino superior agentes econômicos responsáveis por circular a economia, deve o judiciário adotar o protagonismo e não fechar os olhos para essa realidade. Doutrinadores já reconhecem a empresarialidade nas associações civis. Os requerentes, mesmo com dificuldade, estão à procura da reestruturação que deverá ser realizada no curso do processo de recuperação judicial. Essa diferença entre associação sem fins econômicos e associação com fim econômico conduz à conclusão de que associações que praticam atividades econômicas e **que, portanto, são verdadeiros agentes econômicos que interessam à nação, são empresas sob o ponto de vista substancial.**" (grifou-se)*

Portanto, o entendimento jurisprudencial converge para dar respaldo para que associações civis que exercem atividades econômicas de interesse público sejam consideradas teoricamente aptas a

9 Importa ressaltar que, no dia 09 de agosto de 2021, foi promulgada a Lei nº 14.193/2021 que permitiu, em seu artigo 2º, inciso I, a transformação de clube constituído como associação civil, dedicado ao fomento e à prática do futebol, em Sociedade Anônima do Futebol. A nova legislação cria o Sistema do Futebol Brasileiro, que se dará por meio da constituição de uma sociedade anônima, de modo que os clubes de futebol poderão, portanto, adotar diversas medidas para se erguerem como, por exemplo: pedir recuperação judicial, extrajudicial e falência e levantar recursos por meio da emissão de debêntures. Destacamos que esta não é a primeira vez em que há um esforço legislativo para profissionalização dos clubes de futebol, dado que, no passado, além da Lei Pelé, houve a promulgação da Lei nº 13.155/2015, conhecida como "PROFUT", que buscava transparência, bem como incentivar investimentos neste mercado. De todo modo, em que pesem tais iniciativas legislativas, ressaltamos que a figura dos clubes constituídos como Associações Civis, regidas pelo Código Civil, ainda está vigente no ordenamento jurídico brasileiro, não impactando na argumentação apresentada no presente artigo.

10 2ª Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Porto Alegre do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Tutela Cautelar Antecedente nº 5035686-71.2021.8.21.0001/RS*, Juiz Gilberto Schäfer, julgamento em 10.05.2021.

solicitarem a recuperação judicial ou falência, apesar de não terem finalidade lucrativa.

## Aspectos tributários

Ainda, importa destacar que a possibilidade de aplicação de recuperação judicial ou falência às entidades sem fins lucrativos pode desencadear discussões quanto aos regimes tributários usufruídos por tais entidades.

Isso porque, como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois regimes tributários distintos aplicáveis às entidades sem fins lucrativos: a imunidade e a isenção.

Ambos regimes representam um alívio da carga tributária da entidade, por afastarem a obrigação de recolher determinados tributos, ao passo que a sua natureza jurídica é distinta e o enquadramento em um regime é determinada pela natureza do objeto social e atuação da entidade.

No entanto, ao se utilizar dos benefícios concedidos pela LRF, é possível argumentar que tais entidades estariam sujeitas a um duplo regime jurídico e, conseqüentemente, a uma dupla utilização de benefícios legais, dado que, de um lado, estariam caracterizadas como empresas, para fins de recuperação judicial e, de outro, como “*não empresas*”, para fins de imunidade e isenção tributária.

Este, inclusive, foi um dos argumentos utilizados pelo Ministério Público, quando da discussão acerca do caso da Universidade Cândido Mendes e do Instituto Cândido

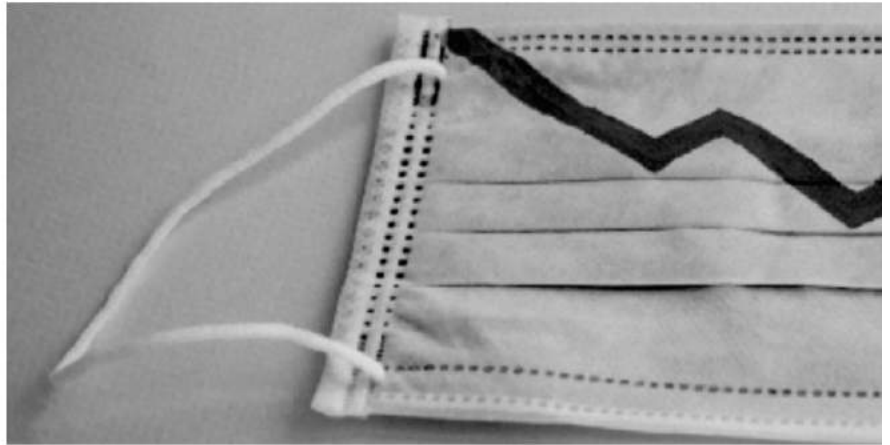
Mendes, acima detalhado. No entanto, naquela ocasião, os desembargadores entenderam que as atividades desempenhadas pela Universidade possuíam natureza empresarial, nos termos do art. 966 do Código Civil, de forma que os argumentos trazidos pelo *Parquet* foram negados.

De todo modo, em que pese esta decisão favorável a respeito do tema, nos parece que, até que ocorra uma pacificação da matéria no Superior Tribunal de Justiça, ainda permanecerá uma certa insegurança jurídica em torno do regime aplicável às entidades sem fins lucrativos, especialmente sob a perspectiva da fruição de imunidades e isenções tributárias.

## Futuro

Conforme exposto, a discussão acerca da possibilidade de entidades sem fins lucrativos usufruírem das benesses da LRF não é recente e se mantém acirrada em esfera judicial.

Na tentativa de solucionar mencionado debate, o Projeto de Lei nº 1.397/2020, recebido em abril de 2020 pela Câmara dos Deputados, propôs, dentre diversas medidas de caráter emergencial para enfrentamento da pandemia, sugestão de alteração da LRF, através de uma nova definição para o conceito de agente econômico, o qual abarcaria, originalmente, “*qualquer pessoa natural ou jurídica que exerça ou tenha por objeto o exercício de atividade econômica em nome próprio, independentemente de inscrição ou da natureza empresarial de sua atividade*” (artigo 2º, parágrafo 1º).



Tal modificação, em tese, poderia permitir que associações, fundações e outros agentes econômicos não caracterizados como empresas, pudessem se valer da recuperação judicial, extrajudicial ou falência, uma vez que o dispositivo expressamente amplia a natureza das atividades exercidas.

No entanto, mencionado Projeto de Lei permanece em lenta tramitação no **Senado Federal**<sup>11</sup>, enquanto outro Projeto de Lei o ultrapassou, reformando de modo mais amplo a LRF, por meio da Lei nº 14.112/2020. Tal diploma legal nada dispôs sobre o conceito de “agente econômico”, apesar de ter incorporado

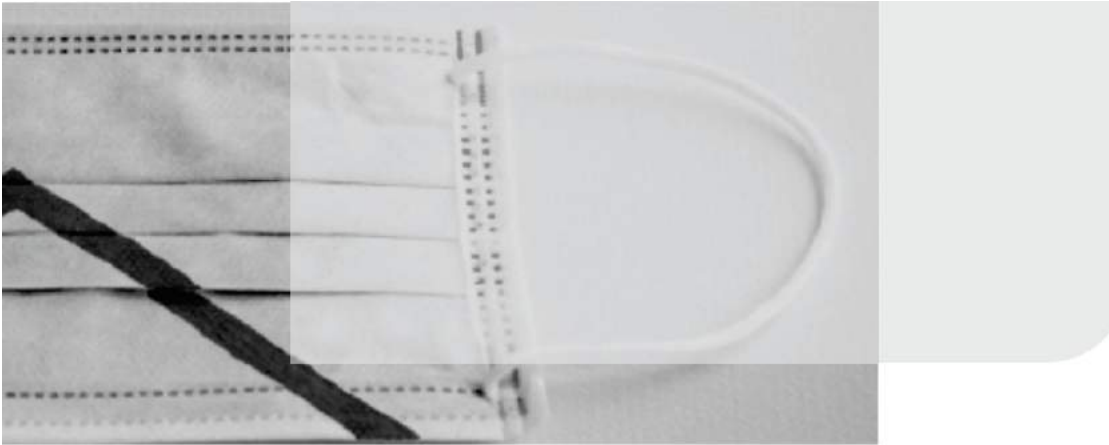
aspectos semelhantes aos propostos pelo Projeto de Lei nº 1.397/2020, como a disciplina de produtores rurais e da conciliação e mediação antecedentes.

Deste modo, o debate acerca da aplicabilidade da LRF às entidades sem fins lucrativos ainda não foi cristalizado, de modo que, depende, em grande medida, da evolução do entendimento jurisprudencial acerca do tema, bem como da capacidade comprobatória e argumentativa de tais entidades, em cada caso concreto, de demonstrar o seu impacto social e o preenchimento dos requisitos da teoria de empresa.

---

11 **Projeto de Lei nº 1397**, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142143>>. Acesso em: 27.07.2021.





## CONCLUSÃO

Em vista do exposto, entende-se que, mesmo após a reforma da LRF, trazida pela Lei nº 14.112/2020, e dos esforços das autoridades legislativas em busca de maior segurança jurídica a respeito do tema, o futuro da discussão acerca da aplicabilidade da LRF às entidades sem fins lucrativos permanece incerto, de forma que a jurisprudência tem desempenhado um papel crucial no debate, por meio da análise casuística direcionada à comprovação e desempenho de relevante impacto social, bem como do preenchimento dos requisitos teóricos do conceito de empresa pelas entidades sem fins lucrativos, com exceção da distribuição de lucros (ou superávit) a seus associados e instituidores.

## Resumindo este capítulo | A (in)aplicabilidade da Lei de Falências e do regime de recuperação judicial para as organizações sem fins lucrativos

### Contexto

- A pandemia ocasionada pela COVID-19 deflagrou uma crise não só sanitária, mas também econômica.
- Entre os agentes econômicos afetados, encontram-se diversas entidades sem fins lucrativos que, sem o repasse de entes federativos e auxílio de investidores sociais, acabam enfrentando graves crises financeiras.
- Nestas situações, o mecanismo da recuperação judicial pode ser um interessante instrumento para a reestruturação de uma entidade.

Ilegitimidade de associações para ingressarem com pedidos de RJ

Artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 prevê que *"esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor"*

Existem diversos benefícios fiscais destinados às associações e fundações sem fins lucrativos principalmente por não serem consideradas "empresas".

## Legitimidade de associações para ingressarem com pedidos de RJ

Artigo 2º da Lei nº 11.101/2005 prevê que serão excluídos dos efeitos da lei “*empresa pública e sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores*”.

Interpretação finalística com base nos princípios da preservação da empresa e função social.

Casos paradigmáticos:



Cândido Mendes



Metodista



Figueirense

## Reflexões

- Como se vê, a possibilidade de instituições sem fins lucrativos buscarem amparo nos mecanismos de equacionamento de dívidas previstos na Lei de Recuperação e Falência permanece uma discussão acalorada, a ser ainda pacificada.
- Apesar de existirem argumentos nos dois sentidos, os Tribunais têm admitido que organizações sem fins lucrativos se utilizem das benesses trazidas pela Lei nº 11.101/2005. As consequências desse tipo de decisão podem surtir efeitos em diversos ramos do Direito, como por exemplo em relação aos benefícios fiscais atualmente existentes.





## Remuneração variável no contexto das OSCs

Juliana Gomes Ramalho Monteiro, Luiz Fernando Goedert Leite, Beatriz Ostasiuk Izquierdo Vera e Octavio Sampaio de Moura Azevedo

## Introdução

Ao longo dos últimos anos, tem se observado uma tendência crescente de fortalecimento institucional das entidades sem fins lucrativos, especialmente das chamadas Organizações da Sociedade Civil (OSC), que tem resultado em processos de profissionalização de seu quadro de dirigentes e colaboradores.

Tal tendência pode ser entendida como um reflexo do protagonismo que tais organizações têm assumido no desenvolvimento e execução de políticas públicas, atuando enquanto verdadeiras parceiras do Estado na oferta de serviços públicos de qualidade nas áreas de saúde, educação e assistência social, entre outros. Em paralelo, as OSCs desempenham um papel fundamental no fortalecimento e crescimento da sociedade civil organizada, promovendo o avanço de pautas caras às sociedades **democráticas**<sup>1</sup>.

Seja na condição de parceiras do Estado ou enquanto recipientes de investimentos voltados ao **impacto social**<sup>2</sup>, o fato é que as OSCs estão administrando orçamentos cada vez mais **significativos**<sup>3</sup> de modo que a necessidade de profissionalização e transparência do setor tem se tornado cada vez mais presente. Para atender a essa demanda, não só interna, mas da

sociedade como um todo, as OSCs têm buscado ativamente reestruturar sua governança e aprimorar as competências de suas equipes. Para tanto, uma das estratégias implementadas tem sido a oferta de remunerações competitivas frente àquelas oferecidas pelo mercado em geral, com o objetivo de atrair e manter talentos, especialmente para cargos de alta liderança.

Neste panorama, torna-se necessário discutir como incentivos de curto e longo prazo se inserem na realidade das OSCs, uma vez que o mercado profissional tem exigido remunerações fixas em patamares competitivos, além de benefícios e parcelas variáveis de remuneração atraentes. Contudo, tratando-se de OSCs, entidades que devem seguir uma série de requisitos para fruição de seus regimes tributários especiais, tais temas são polêmicos e acarretam certas dúvidas.

Deste modo, no presente artigo, serão abordados alguns aspectos da remuneração a ser concedida por OSCs a seus colaboradores e dirigentes, pela perspectiva do Direito Tributário e do Trabalho, trazendo o histórico da discussão, contexto atual e principais tendências para o futuro da temática, na tentativa de nortear as entidades que buscam otimizar sua sistemática de remuneração atual.

- 
- 1 Segundo estudo realizado pelo Mapa das Organizações da Sociedade Civil, organizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), em junho de 2020, havia 781.921 OSCs no Brasil, espalhadas por todas as regiões do país e com diferentes origens, perfis e propósitos. A íntegra do Relatório está disponível em: <<https://mapaosoc.ipea.gov.br/post/61/relatorio-traca-o-perfil-das-oss-e-oscips-brasileiras>>. Acesso em 24.10.2021.
  - 2 O recente relatório feito pela Benchmarking do Investimento Social Corporativo, sobre o comportamento das empresas durante a pandemia de COVID-19, houve o crescimento de 13% (treze por cento) nos investimentos sociais realizados por empresas participantes do estudo, durante o ano-calendário de 2020. A íntegra do Relatório está disponível em: <<https://mapaosoc.ipea.gov.br/post/66/relatorio-bisc-2020-aponta-crescimento-de-13-nos-investimentos-sociais-no-brasil>>. Acesso em 24.10.2021.
  - 3 De acordo com o último Censo GIFE realizado, publicado em 2018, os investimentos sociais chegaram a R\$ 3,25 bilhões de reais em 2018, superando até mesmo o orçamento de alguns Ministérios, como os até então existentes Ministérios da Cultura, Meio Ambiente e Esporte. (Ferreti, Michelle. Censo GIFE 2018 - São Paulo, SP: GIFE, 2019).

## Do regime tributário aplicável às OSCs

Dado o caráter social da atuação das OSCs, o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois regimes tributários aos quais tais entidades podem estar sujeitas: a imunidade e a isenção. Mais benéficos, ambos regimes afastam a obrigação de recolhimento de alguns tributos, representando um alívio na carga tributária das entidades.

Em contrapartida, a fruição de um regime tributário mais favorável está condicionada a observância de certos requisitos e condições, que variam conforme o regime aplicável. Ainda, os regimes de imunidade e de isenção possuem naturezas jurídicas distintas, que também impactam a regulação da matéria.

A imunidade está prevista na Constituição, na forma de uma limitação expressa ao poder de tributar do Estado. A isenção, por sua vez, pode ser entendida enquanto um favor concedido pelo legislador ordinário, por meio de legislação infraconstitucional, podendo, inclusive, ser revogado. Isso significa que, no caso da imunidade, esta poderia ser regulada apenas por meio de Lei Complementar, dado seu caráter constitucional, enquanto que isenções podem ser disciplinadas por meio de Lei Ordinária.

Ainda, no caso da imunidade, a Constituição Federal prevê duas hipóteses: **(i)** a imunidade a impostos, prevista

no artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal; e **(ii)** a imunidade às contribuições para a seguridade social, prevista no artigo 195, §7º da Constituição Federal.

Quanto à primeira hipótese, a Constituição Federal veda a instituição de impostos sobre o “*patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei*”.

Para além do enquadramento enquanto entidade de educação ou de assistência social em sentido amplo, a fruição da imunidade a impostos pelas OSCs está condicionada à observância dos requisitos estabelecidos no artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela Constituição enquanto Lei Complementar:

- (i)** a não distribuição de parcela do patrimônio ou renda da entidade, a qualquer título;
- (ii)** a aplicação integral dos recursos no país e em seus objetivos institucionais; e
- (iii)** a manutenção de escrituração contábil revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Adicionalmente, as Autoridades Fiscais também exigem o cumprimento das disposições da Lei nº 9.532/1997, ainda que não se trate de **Lei Complementar**<sup>4</sup>.

4 A **Lei nº 9.532/1997**, entre outras matérias, dispõe acerca dos requisitos a serem cumpridos pelas entidades imunes e isentas para fruírem de sua respectiva imunidade ou isenção. Contudo, no tocante às entidades imunes, há discussões quanto à necessidade de observarem as disposições da Lei nº 9.532/1997, na medida em que esta não detém o caráter de Lei Complementar, de forma que somente os requisitos estabelecidos pelo Código Tributário Nacional (CTN) seriam aplicáveis a essas entidades.

Quanto à imunidade às contribuições, por sua vez, a Constituição Federal determina que *“são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”*. Apesar de o dispositivo falar em isenção, trata-se, na realidade, de uma imunidade, na medida em que consiste em vedação expressa ao poder de tributar do Estado, prevista na Constituição Federal.

De todo modo, para a fruição da imunidade a contribuições, é preciso cumprir os requisitos dispostos na recém-editada Lei Complementar nº 187/2021, e assim obter a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

Referida lei complementar, aos moldes da legislação anterior, a Lei nº 12.101/2009, recentemente revogada, prevê a concessão da Certificação mediante o cumprimento de certos requisitos pelas entidades interessadas, os quais variam conforme **a sua área de atuação (educação, saúde e assistência social)**<sup>5</sup>.

É importante distinguir entre as duas hipóteses de imunidade, uma vez que a remuneração de dirigentes pelas entidades sem fins lucrativos atualmente é disciplinada de forma distinta, podendo gerar questionamentos distintos, conforme a hipótese aplicável.

Por fim, no caso do regime tributário de isenção, as OSCs devem observar os requisitos previstos na Lei nº 9.532/1997, que prevê requisitos semelhantes aos que

devem ser observados pelas entidades imunes no tema da remuneração de dirigentes especificamente.

## Remuneração de dirigentes estatutários: contextualização

Antes de adentrar na temática central deste artigo, qual seja a instituição de incentivos de curto prazo na forma de remuneração variável, é necessário tratar da remuneração de dirigentes estatutários, visto que a aplicação de tal instituto foi objeto de inúmeras alterações legislativas nos últimos anos e ainda é objeto de dúvidas por parte das OSCs, em especial no que diz respeito aos limites aplicáveis a tal remuneração.

A remuneração de dirigentes estatutários de entidades sem fins lucrativos é disciplinada pela já mencionada Lei nº 9.532/1997. No passado, referida lei vedava a remuneração de dirigentes estatutários, como condição para a fruição dos regimes.

Ainda, especificamente em relação às entidades portadoras de CEBAS, imunes a impostos e a contribuições para a seguridade social, portanto, os requisitos aplicáveis estavam previstos no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, que replicava a vedação prevista na Lei nº 9.532/1997, impedindo que as entidades instituísem qualquer forma de remuneração a seus dirigentes.

5 A constitucionalidade das contrapartidas previstas na Lei nº 12.101/2009 foi objeto de ampla discussão, inclusive no Supremo Tribunal Federal, uma vez que referida lei, na qualidade de lei ordinária, não poderia regular a imunidade a contribuições para a seguridade social. Com a edição da Lei Complementar nº 187/2021, esta discussão, em tese, teria sido superada, ainda que alguns pontos referente às contrapartidas e a Certificação permaneçam passíveis de discussão.



Contudo, após pleito das entidades, em 2013, foi publicada a Lei nº 12.868/2013, que alterou ambas as Leis, possibilitando expressamente a remuneração tanto dos dirigentes estatutários quanto dos não estatutários (com vínculo empregatício).

Assim, o artigo 12 da Lei nº 9.532/1997 passou a ter a seguinte redação:

*“Art. 12 (...) § 2º, a) não percebam, seus dirigentes estatutários, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou*

*atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; (...)*

*§ 4º A exigência a que se refere a alínea “a” do § 2º não impede: I – a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; e*

*II – a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal.*

*§ 5º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 4º deverá obedecer às seguintes condições:*



*I – nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e*

*II – o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste §.*  
 § 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.” (g.n.)

No tocante à Lei nº 12.101/2009, estabeleceu-se a seguinte redação para seu artigo 29:

*“Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:*

*I – não percebam, seus dirigentes estatutários, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou*

*benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;*

*(...)*

*§ 1º A exigência que se refere o inciso I do caput não impede:(...)*

*II – a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração dos servidores do Poder Executivo Federal.*

*§ 2º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições:*

*I – nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e*  
*II – o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo. (...).” (g.n.)*

Assim, no que diz respeito ao valor da remuneração, tanto a Lei nº 9.532/1997 quanto a Lei nº 12.101/2009 passaram a estabelecer o limite de 70% (setenta por cento) da remuneração concedida aos

servidores públicos integrantes do Poder Executivo Federal.

Passados dois anos, as duas leis foram novamente alteradas, dessa vez por meio da Lei nº 13.151/2015.

Quanto à Lei nº 9.532/1997, alterou-se a alínea “a” do artigo 12, nos seguintes termos:

“Art. 12 (...)

§ 2º, a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações; (...)” (g.n.)

Em relação à Lei nº 12.101/2009, alterou-se o artigo 29, inciso I, que passou a prever a seguinte redação:

“Art. 29. (...)

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por

qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações (...)” (g.n.)

Em virtude de tal alteração, ambas as legislações passaram a prever, concomitantemente, dois limites distintos para a remuneração de dirigentes, o limite de 70% (setenta por cento da remuneração concedida a servidores públicos integrantes do Poder Executivo Federal e o limite dos valores praticados pelo mercado onde a entidade atua, gerando dúvidas para as OSCs quanto ao limite aplicável.

## Discussões quanto ao limite aplicável

Dado o panorama normativo acima apresentado, as discussões quanto ao limite de remuneração aplicável a cada uma das entidades logo surgiram.

No caso das entidades imunes a contribuições para a seguridade social (com CEBAS), era possível defender a prática do limite dos valores praticados no mercado, uma vez que tal limite estava previsto no inciso I, do artigo 29, não havendo necessidade de observância aos requisitos previstos nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, dentre os quais o limite de 70% (setenta por cento) da remuneração concedida aos servidores públicos integrantes do Poder Executivo Federal.

No tocante à legislação aplicável às entidades imunes (sem CEBAS) e isentas, o termo “associações assistenciais” utilizado pelo legislador foi objeto de muitas críticas, em razão da ausência de precisão sobre o que poderia ser considerado uma “associação assistencial”.

Assim, a Lei nº 9.532/1997 foi alterada novamente, dessa vez pela Lei nº 13.204/2015, que passou a permitir a remuneração às OSCs que cumprissem os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.790/1999, quais sejam se enquadrar no **rol de objetos de interesse público dispostos pelo artigo 3º<sup>6</sup>** e a **vedação à**

**participação da entidade em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais (artigo 16)<sup>7</sup>:**

“Art. 12 (...)

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e desde que cumpridos os requisitos previstos nos arts. 3º e 16 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, respeitadas como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações; (...)” (g.n.).

- 6 **Lei nº 9.790/1999**, Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo; XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins. (...)
- 7 **Lei nº 9.790/1999**, Art. 16. É vedada às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas. No exercício fiscal de 2021, o teto da remuneração de servidores do Poder Executivo Federal é de R\$ 39.293,32 (trinta e nove mil, duzentos e noventa e três reais e trinta e dois centavos), conforme Lei nº 13.752/2018. Assim, o limite de 70% (setenta por cento) disposto na legislação corresponde a R\$ 27.505,33 (vinte e sete mil, quinhentos e cinco reais e trinta e três centavos).

A despeito das alterações trazidas pela Lei nº 13.204/2015, a remuneração de dirigentes estatutários permanece gerando incertezas para as entidades, especialmente quanto aos limites estabelecidos para o pagamento de tais montantes.

Isso porque, de um lado, a redação do artigo 12 da Lei nº 9.532/1997 permite que entidades que cumpram os requisitos dos artigos 3º e 16 da Lei nº 9.790/1999 remunerem seus dirigentes estatutários que efetivamente atuem na gestão executiva, desde que respeitados os enominados limites praticados no mercado. No entanto, simultaneamente, os parágrafos seguintes continuam a estabelecer que a remuneração deve ser inferior a

70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal.

Nesse sentido, atualmente, é possível defender que, uma vez atendidos os artigos 3º e 16 da Lei nº 9.790/1999, as entidades poderiam remunerar seus dirigentes estatutários respeitando apenas os limites praticados no mercado.

Inclusive, a Receita Federal do Brasil (RFB) chegou a se manifestar no sentido de que o **limite de 70% (setenta por cento)**<sup>8</sup> seria aplicável apenas às entidades que não se dediquem a causas de interesse público, sendo que as demais poderiam remunerar a **valor de mercado**<sup>9</sup>.



- 8 Até a presente data (exercício fiscal de 2021), o teto da remuneração de servidores do Poder Executivo Federal é de R\$ 39.293,32 (trinta e nove mil, duzentos e noventa e três reais e trinta e dois centavos), conforme Lei nº 13.752/2018. Assim, o limite de 70% (setenta por cento) disposto na legislação corresponde a R\$ 27.505,33 (vinte e sete mil, quinhentos e cinco reais e trinta e três centavos).
- 9 Solução de Consulta COSIT nº 50/2019: "Impende assinalar que a exceção positiva da vedação da alínea "a" do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, não é aplicável à consultante, ex vi do art. 3º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, *in verbis*: Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; Observa-se, portanto, que a autoqualificação da consultante, que assinala "associação civil que presta serviços de operadora de plano privado de assistência à saúde", com prestação dos serviços a grupo fechado de pessoas, a coloca em desconexão com a exigência de universalização dos serviços do art. 3º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Isso, no entanto, não significa que uma "associação civil que presta serviços de operadora de plano privado de assistência à saúde, sem fins lucrativos" não possa remunerar seus dirigentes estatutários. A condição de não remunerar os dirigentes, sem a qual não é possível a isenção do IRPJ, da CSLL, da Cofins, nem o recolhimento da Contribuição para o PIS/Pasep sobre a folha de salários, foi abrandada pelos §§ 4º a 6º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, incluídos pela Lei nº 12.868, de 2013."

Assim, a limitação de valores praticados pelo mercado seria aplicável às entidades que atendessem aos artigos 3º e 16º da Lei nº 9.790/1999, ao passo que o limite disposto pelo parágrafo 4º, o qual determina que a remuneração praticada deve ser inferior a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal, seria aplicável às demais entidades sem fins lucrativos.

Adicionalmente, o artigo 12 da Lei nº 9.532/1997 traz ainda outras duas condições para que as entidades possam remunerar seus dirigentes estatutários, quais sejam:

- (i)** nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição; e
- (ii)** o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual mencionado acima.

A respeito dos requisitos acima, é possível defender que estes seriam aplicáveis apenas em caso de pagamento no limite de 70% (setenta por cento) da remuneração do Poder Executivo Federal, vez que estão expressamente relacionadas ao parágrafo 4º, inciso II, do artigo 12 da Lei nº 9.532/1997. Ou seja, apenas para aquelas entidades que não cumprem os requisitos estabelecidos pelos artigos 3º e 16 da Lei nº 9.790/1999.

Não bastasse as questões suscitadas quanto aos limites previstos na Lei nº 9.532/1997, no que tange às entidades imunes a contribuições à seguridade social, a disciplina sofreu nova alteração com a publicação da Lei Complementar nº 187/2021, que revogou a Lei nº 12.101/2009.

Referida Lei Complementar, ao disciplinar a remuneração de dirigentes de entidades imunes à contribuição para seguridade social, em seu artigo 3º, não replicou a redação do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 a respeito da temática, prevendo a seguinte redação:

*“Art. 3º Farão jus à imunidade de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal as entidades beneficentes que atuem nas áreas da saúde, da educação e da assistência social, certificadas nos termos desta Lei Complementar, e que atendam, cumulativamente, aos seguintes requisitos:  
I - não percebam seus dirigentes estatutários, conselheiros, associados, instituidores ou benfeitores remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, das funções ou das atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;*

(...)

§ 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput deste artigo não impede:

I - a remuneração aos dirigentes não estatutários; e

II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal, obedecidas as seguintes condições:

a) nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até o terceiro grau, inclusive afim, de instituidores, de associados, de dirigentes, de conselheiros, de benfeitores ou equivalentes da entidade de que trata o caput deste artigo; e  
b) o total pago a título de remuneração para dirigentes pelo exercício das atribuições estatutárias deverá ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido para a remuneração dos servidores do Poder Executivo federal.

§ 2º O valor das remunerações de que trata o § 1º deste artigo deverá respeitar como limite máximo os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação e deverá ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado

em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações.” (g.n.)

Pela redação atual da norma, pode-se entender que os limites são cumulativos, devendo ser observados simultaneamente pelas entidades. Assim, as OSCs imunes às contribuições para a seguridade social, ao remunerar seus dirigentes estatutários, deveriam observar, ao mesmo tempo, o limite de 70% do teto da remuneração dos servidores do Poder Executivo Federal e os limites praticados pelo mercado na região e área de atuação da organização.

Considerando as diferenças regionais e territoriais do país, há que se considerar que em muitos locais o valor de mercado será muito inferior a 70% do teto do funcionalismo público federal, ao passo que em outras, não. Em grandes centros, os valores praticados pelo mercado (especialmente em instituições de educação e saúde de grande porte) superam o percentual indicado.

Assim, a nova previsão poderia representar um retrocesso para as entidades portadoras de CEBAS, num contexto em que as entidades estão buscando a oferta de remunerações competitivas em relação ao mercado em geral, visando a atração de talentos.

Caso o cenário seja mantido, a nova Lei estaria na contramão das melhores práticas de gestão para OSCs, contrariando a tendência vivenciada nos últimos anos de maior profissionalização do setor. De todo modo, considerando se tratar de alteração legislativa bastante recente, não há ainda manifestação das Autoridades

Fiscais ou do Poder Judiciário sobre a questão, de modo que o tema ainda é passível de discussão, motivo pelo qual demanda atenção por parte das OSCs, em particular as entidades imunes às contribuições para a seguridade social.

## Remuneração variável no âmbito das OSCs

Em igual medida, no que diz respeito à remuneração variável, em função da própria natureza das entidades sem fins lucrativos, tal modalidade de remuneração também pode gerar incertezas.

Desta forma, o presente tópico será dedicado aos requisitos tributários obrigatórios às entidades sem fins lucrativos que usufruem de regimes de isenção e imunidade, a fim de analisar a sua compatibilidade com as modalidades mais comuns para o pagamento de remuneração variável, com ênfase para aquelas comumente denominadas incentivos de curto prazo (bônus, prêmio, gratificação e participação nos lucros ou resultados).

Novamente, é necessário atentar à distinção entre a imunidade a impostos e a imunidade a contribuições para a seguridade social, pois o pagamento de remuneração variável no âmbito de uma entidade sem fins lucrativos imune gera impactos distintos sobre a imunidade em relação aos impostos e sobre a imunidade em relação às contribuições para a seguridade social.

No que diz respeito às **entidades imunes a impostos**<sup>10</sup>, conforme abordado, dentre os requisitos previstos pelo artigo 14 do CTN e pelo artigo 12 da Lei nº 9.532/1997, encontra-se a exigência de aplicação de eventuais superávits integralmente na consecução de suas finalidades sociais, estando vedada a distribuição de seu patrimônio ou renda, sob qualquer forma.

Para precisarmos o alcance da vedação, vale notar que o CTN define renda como o acréscimo patrimonial produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Dessa forma, renda, tal qual conceituada pelo CTN corresponderia a um acréscimo patrimonial e, portanto, a uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica, auferida no lapso de tempo considerado pela legislação.

Nesse sentido, não pode ser confundida com receita, que consiste na entrada total de elementos no ativo da instituição, previamente aos descontos referentes às despesas operacionais, isto é, o conjunto de despesas que a instituição acumula a fim de custear o desenvolvimento de suas atividades. Entre as despesas destaca-se, por exemplo, os pagamentos de salários a empregados da instituição, conforme aponta o professor Luís Eduardo Schoueri:

***“(...) Assim, por exemplo, não distribuí uma parcela do patrimônio a associação que concede bolsas de estudo a pessoas carentes, quando é exatamente este seu objetivo.***

10 No tocante às entidades isentas, o artigo 15 da Lei nº 9532/1997 dispõe que aplicam-se a tais entidades os requisitos previstos no artigo 12, §2º, alíneas “a” a “e”, bem como o §3º de referido dispositivo. Nesse sentido, ainda que o artigo 14 do CTN não se aplique às entidades isentas, para fins da discussão acerca da remuneração variável, as reflexões apontadas neste tópico acerca da imunidade a impostos, aplicam-se também às entidades isentas, no que se refere à isenção ao IRPJ e à CSLL.



***Tampouco é distribuição o pagamento de salário de seus empregados.*<sup>11</sup>**

Logo, o potencial impacto tributário decorrente do pagamento de remuneração variável pelas OSCs depende da natureza remuneratória ou não do referido valor.

Quanto às entidades imunes às contribuições para a seguridade social, entre os requisitos previstos na Lei Complementar nº 187/2021, ressaltamos particularidade trazida pelo artigo 3º, V, da referida Lei, que - nos moldes do artigo 29, inciso V da Lei nº 12.101/2009 - **condiciona a fruição da imunidade em relação às contribuições sociais, entre outros requisitos, à não distribuição de resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas de seu patrimônio por parte da entidade.**<sup>12</sup>

A determinação da natureza da verba paga a título de remuneração variável, portanto, também é central no caso das entidades imunes a contribuições para a seguridade social, uma vez que seu pagamento pode gerar questionamentos quanto ao atendimento dos requisitos previstos na lei, considerando os termos do dispositivo.

## Noções gerais sobre remuneração variável

A remuneração variável difere, por óbvio, da remuneração fixa por se tratar de uma parcela que pode ser paga ou não, em maior ou menor valor, a depender das condições estabelecidas. Como regra, as parcelas variáveis normalmente estão atreladas a um critério de *performance* individual ou da organização, podendo estar mais ou menos sob o controle do profissional o atingimento desses critérios. Assim, tanto um pagamento pela assiduidade do profissional quanto um pagamento pelo atingimento de determinados resultados da organização, por exemplo, estão contidos nessa ideia geral de remuneração variável.

Além disso, o mercado divide a remuneração variável em duas categorias principais: incentivos de curto prazo e incentivos de longo prazo. Os incentivos de curto prazo são aqueles que normalmente são pagos em decorrência de um evento que acontece dentro de um exercício fiscal (isto é, dentro de um intervalo de 12 meses). Por sua vez, os incentivos de longo prazo acabam capturando eventos que acontecem em prazos mais alongados, costumeiramente a partir de 3 (três) anos.

11 SCHOQUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

12 **Lei Complementar nº 187/2021**: Art. 3º Farão jus à imunidade de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal as entidades beneficentes que atuem nas áreas da saúde, da educação e da assistência social, certificadas nos termos desta Lei Complementar, e que atendam, cumulativamente, aos seguintes requisitos:  
(...)  
V - não distribuam a seus conselheiros, associados, instituidores ou benfeitores seus resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto, e, na hipótese de prestação de serviços a terceiros, públicos ou privados, com ou sem cessão de mão de obra, não transfiram a esses terceiros os benefícios relativos à imunidade prevista no § 7º do art. 195 da Constituição Federal;



Nosso enfoque neste artigo são os incentivos de curto prazo. Porém, antes de adentrar nessa temática, é importante destacar que o termo “bônus”, apesar de largamente disseminado, não é técnico sob o ponto de vista legal. Trata-se apenas de uma denominação genérica de remuneração variável que pode se confundir com outros institutos, a depender de cada contexto.

Soma-se a isso a preocupação de eventual questionamento por parte das autoridades fiscais em face das exigências contidas no artigo 3º da Lei Complementar nº 187/2021, mencionadas acima, diante do pagamento de “bonificações”, de modo que o uso do termo deve ser evitado.

Em razão disso, no presente artigo serão analisadas apenas as rubricas previstas na legislação vigente, com ênfase para aqueles **incentivos pagos a empregados**<sup>13</sup>, a fim de apontar de maneira clara os reflexos tributários e trabalhistas desses pagamentos.

## Incentivos de curto prazo

### Gratificação

Com a edição da Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), a qual alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o tratamento das gratificações também sofreu alterações. Anteriormente, o artigo 457, parágrafo 1º, da CLT determinava que

integravam “o salário, não só a importância fixa estipulada, como também (...) gratificações ajustadas”.

Ocorre que, com a Reforma Trabalhista, o texto legal foi alterado para determinar que as gratificações previstas em lei passam a integrar o salário:

*“Art. 457. (...)*  
*§ 1º. Integram o salário*  
*a importância fixa estipulada,*  
*as gratificações legais e as*  
*comissões pagas pelo*  
*empregador.”*

O termo “gratificações ajustadas” foi substituído por “gratificações legais” e a lei restou silente em relação às gratificações ajustadas, concedidas por liberalidade do empregador – que são objeto deste artigo, visto que não estamos tratando de pagamentos previstos em lei.

Assim, por exclusão, depreende-se dessa alteração que a gratificação ajustada não integraria automaticamente o salário dos empregados, desde que concedida de forma eventual. Isso porque, caso haja habitualidade no pagamento, o valor pode ser interpretado como parte da remuneração, visto que a recorrência a torna razoavelmente esperada pelo empregado, incorporando-se então ao seu contrato de trabalho.

Trata-se de um aspecto importante, uma vez que a habitualidade e incorporação da gratificação ajustada ao patrimônio jurídico do empregado têm duas consequências principais.

<sup>13</sup> É importante destacar que profissionais contratados sob outros regimes, como diretores estatutários sem vínculo de emprego, poderão ser destinatários ou não dessas rubricas específicas, a depender das regras e limitações legais e do tratamento tributário conferido a essas parcelas.

Em primeiro lugar, a incorporação da gratificação ao patrimônio jurídico do empregado gera reflexo nas verbas salariais do empregado (a exemplo do 13º salário, depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias acrescidas de 1/3, horas extras e aviso prévio). No entanto, caso a gratificação seja paga de forma semestral (ou em periodicidade ainda mais esparsa, como anual), deve refletir apenas sobre o 13º salário e FGTS, nos termos da súmula 253 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

*“Súmula 253 do TS  
GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL.  
REPERCUSSÕES. A gratificação  
semestral não repercute no  
cálculo das horas extras,  
das férias e do aviso prévio,  
ainda que indenizados.  
Repercuta, contudo, pelo  
seu duodécimo na indenização  
por antiguidade e na  
gratificação natalina.”*

Adicionalmente, a incorporação da gratificação faz com que o empregador não possa simplesmente suprimi-la ou alterá-la unilateralmente e por mera liberalidade. Segundo o artigo 468 da CLT, a alteração do contrato de trabalho só pode ocorrer **(i)** com anuência do empregado; e

**(ii)** desde que não lhe cause prejuízos direta ou indiretamente. Ou seja, ainda que o empregado concorde com a mudança, só será válida se não lhe causar prejuízos.

Isso não significa que a remuneração variável não possa, como o próprio nome indica, variar de um ciclo para o outro; mas implica que, ainda que o valor pago ao empregado possa oscilar em razão dos fatores determinados no ajuste da gratificação, as condições e critérios definidos para o seu pagamento não podem ser alterados de forma prejudicial ao empregado. A possibilidade de o empregado perceber uma certa gratificação, portanto, não pode se tornar mais árdua, quanto menos inatingível, pela mudança de critérios.

Quanto à perspectiva tributária, é preciso analisar a natureza de cada verba paga, conforme indicado previamente. Considerando que a **gratificação ajustada** paga aos empregados habitualmente tem **natureza salarial**, seu pagamento não acarretaria risco fiscal para as entidades sem fins lucrativos, dado que não constitui uma forma de distribuição de patrimônio. Inclusive, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já se manifestou nesse sentido **em outras oportunidades**<sup>14</sup>.

14 "(...) A hipótese destes autos versa exclusivamente sobre a constatação do pagamento de salários, fato que, por si só, como visto, não se subsume à hipótese tratada no CTN. Portanto, aplica-se ao caso os requisitos previstos no CTN, que não fixa como requisito à fruição do incentivo fiscal a ausência de remuneração de dirigentes, mas tão somente a não distribuição de parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título. O pagamento de salários pelos serviços prestados, por si só, não configura fato impeditivo para a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal, por se tratar de despesa necessária, essencial ao desenvolvimento das atividades institucionais da entidade, não se confundindo com distribuição de patrimônio ou renda. No presente caso, conforme Termo de Constatação e Notificação Fiscal de fls. 34/42, a autoridade fiscal afirmou que "da leitura das atas das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias, identificamos que os administradores da fiscalizada, no período alcançado pela ação fiscal, constatando em seguida, nas folhas de pagamento apresentadas, a existência de pagamentos efetuados aos mesmos, a título de salários base e gratificação. Os professores têm uma estrutura salarial incluindo 'ADICIONAL EXTRA CLASSE', 'SALÁRIO AULA', 'ADICIONAL P/ ALUNO' etc." Conforme consignado no Termo de Constatação e Notificação Fiscal, a remuneração atribuída aos administradores da fiscalizada refere-se à contraprestação de prestação de serviços de professor. Frise-se que não foram questionados os valores atribuídos aos salários - somente no caso de pagamentos excessivos é que se poderia cogitar a distribuição disfarçada de lucros e, por conseguinte, do patrimônio ou rendas da contribuinte. Frise-se que a aplicação dos requisitos constantes no CTN, para fins de fruição da imunidade tributária, tem por fundamento legal o art., 146, II, da Constituição Federal e o caput do art., 14 do CTN, norma de natureza complementar. Ademais, havendo mais de uma norma disciplinando a mesma matéria, deverá prevalecer aquela de hierarquia superior para a solução do conflito. Tal medida 00.424).

## Prêmio

A Reforma Trabalhista também alterou o conceito de prêmio, definindo-o como as *“liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”* (artigo 457, parágrafo 4º), que não integram o salário dos empregados, ainda que pagos de forma habitual.

Assim, para que se evite a caracterização da natureza salarial dos prêmios, devem ser observados dois requisitos principais: **(i)** liberalidade, i.e. o prêmio deve ser concedido de forma espontânea; e **(ii)** desempenho superior ao ordinariamente esperado, i.e. o prêmio deve ser atípico, restrito aos empregados que tenham demonstrado desempenho extraordinário.

Em resposta a essa alteração, a RFB, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 151/2019 (“SC COSIT nº 151/2019”), ofereceu uma definição dos **requisitos previstos em lei**<sup>15</sup>:

- (i) Liberalidade:** para a RFB, a “liberalidade” mencionada na lei excluiria todas as hipóteses de imposição legal ao empregador, previsão em negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho) e, ainda, qualquer “ajuste expresso” prévio à concessão do prêmio. Em uma visão restritiva, entendeu o fisco que qualquer prévia pactuação do prêmio, incluindo políticas, regulamentos, campanhas e outros instrumentos gerenciais da entidade, desnaturaria o pagamento como aquele prêmio introduzido pela Reforma Trabalhista; e

Não tem o condão de negar vigência ao art. 12, § 2º, “a”, da Lei nº 9.532/97, mas a interpretação e “aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”, em consonância com o art. 1º do Regimento Interno CARF.” (Acórdão nº 9101-00.605)  
 “ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL EMENTA  
 Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. Cancela-se o ato de suspensão da imunidade tributária quando não restar devidamente comprovada a remuneração pelo exercício do cargo de dirigente da entidade. O pagamento regular, aos dirigentes, de salários e gratificações a que fazem jus como integrantes do corpo funcional da entidade, de acordo com seu plano de carreira, em iguais condições com os demais funcionários que não exercem cargo de direção, não se identificam como distribuição velada de patrimônio. Recurso Voluntário Provido. (...)” (Acórdão nº 1402 00.424).

15 Solução de Consulta COSIT nº 151/2019: “A partir de 11 de novembro de 2017, não integra a base de cálculo, para fins de incidência das contribuições previdenciárias, o prêmio decorrente de liberalidade concedida pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.  
 No período compreendido entre 14 de novembro de 2017 e 22 de abril de 2018, o prêmio por desempenho superior, para ser excluído da base de cálculo das contribuições previdenciárias, não pode exceder ao limite máximo de dois pagamentos ao ano.

Os prêmios excluídos da incidência das contribuições previdenciárias: (1) são aqueles pagos, exclusivamente, a segurados empregados, de forma individual ou coletiva, não alcançando os valores pagos aos segurados contribuintes individuais; (2) não se restringem a valores em dinheiro, podendo ser pagos em forma de bens ou de serviços; (3) não poderão decorrer de obrigação legal ou de ajuste expresso, hipótese em que restaria descaracterizada a liberalidade do empregador; e (4) devem decorrer de desempenho superior ao ordinariamente esperado, de forma que o empregador deverá comprovar, objetivamente, qual o desempenho esperado e também o quanto esse desempenho foi superado.”

- (ii) Desempenho superior ao ordinariamente esperado:** o empregador deve ser capaz, segundo o fisco, de comprovar objetivamente qual o desempenho esperado e qual o grau/nível/volume de desempenho superior verificado. Embora a SC não tenha definido o que seria essa “comprovação objetiva”, ao se analisar os casos de PLR como paradigma em que o fisco questiona a objetividade das metas, é possível que a RFB não reconheça qualquer critério subjetivo/comportamental ou que não seja possível de aferir de forma quantitativa.

Assim, o prêmio pago em conformidade com os requisitos estabelecidos em lei, ao contrário da gratificação ajustada, não refletiria sobre as verbas salariais do empregado nem seria incorporado ao seu patrimônio jurídico.

No entanto, na ausência de precedentes da RFB com base nesse entendimento consolidado, bem como de decisões dos tribunais administrativos e judiciais a respeito de prêmios, ainda persistem dúvidas quanto à interpretação mais adequada do instituto.

De todo modo, há uma distinção importante a ser observada entre os objetivos da gratificação ajustada e do prêmio. Enquanto que a primeira tem como propósito a remuneração do trabalho do empregado de forma contínua, o segundo é, por definição, naturalmente atípico, destinado a premiar

o empregado que supere as expectativas estabelecidas pelo empregador. Logo, é possível até mesmo que os pagamentos se sobreponham em relação a um mesmo trabalhador, se vigentes tanto plano de gratificação quanto campanha de premiação.

Nesse sentido, seria possível um cenário em que ambos pagamentos coexistissem em relação a um mesmo trabalhador, que faria jus, simultaneamente, à gratificação, decorrente de plano de gratificação estabelecido pelo empregador, e ao prêmio estabelecido em campanha de premiação, por exemplo.

Por fim, é importante destacar que, apesar de a Reforma Trabalhista permitir que o prêmio não incorpore os salários, a regra não se aplicaria aos prêmios pagos em caráter contínuo. Afinal, ao serem pagos de forma contínua, criaria-se, por parte do empregado, a expectativa de recebê-lo sempre – ou de forma constante – o que contraria a ideia de que o prêmio seria pago em hipóteses excepcionais, nas quais o empregado tivesse um desempenho extraordinário, acima do esperado em circunstâncias ordinárias.

## Participação nos Lucros ou Resultados (PLR)

A Participação nos Lucros ou Resultados (PLR) se apresenta como uma nova opção em potencial para entidades do Terceiro Setor, em razão de recente alteração da legislação.



Prevista no artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, a PLR é regulamentada pela Lei nº 10.101/2000 e tem por objetivo incentivar a produtividade dos trabalhadores. Ela pode ser estabelecida por meio de negociação coletiva com o Sindicato ou por meio do estabelecimento de uma comissão paritária, composta por representantes dos trabalhadores e do empregador, de acordo com regras claras e objetivas. Seu pagamento está limitado a 2 (duas) vezes no mesmo ano civil, vedada periodicidade inferior 1 (um) trimestre civil.

A principal vantagem da PLR é que, nos termos do artigo 3º da Lei nº 10.101/2000, não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se aplicando o princípio da habitualidade. Não há, ainda, incidência de contribuições previdenciárias, e o imposto de renda na fonte se aplica com base em tabela progressiva anual anexa à mesma Lei.

Antes da mudança legislativa de 2020, a Lei restringia sua aplicação a empresas,

estabelecendo que não se equiparavam a elas, para seus fins, as entidades sem fins lucrativos que, cumulativamente:

- (i) não distribuam resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;
- (ii) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional em seu país;
- (iii) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; e
- (iv) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

Todavia, a Lei nº 14.020/2020 (aprovada após a derrubada do veto do Presidente da República justamente neste ponto) incluiu o §3º-A ao supramencionado artigo 2º, que estabelece que "a não equiparação de que trata o inciso II do § 3º deste artigo não é aplicável às hipóteses em que tenham sido utilizados índices de produtividade ou qualidade ou programas de metas, resultados e prazos".

Portanto, considerando o novo dispositivo, é defensável a negociação de Programa de Participação nos Resultados entre a OSC e seus empregados, desde que esse programa se baseie exclusivamente em índices de produtividade ou em metas, resultados e prazos. Em contraponto, o Programa de Participação nos Lucros segue sendo incompatível com a entidades sem fins lucrativos, uma vez que não há aferição de lucros pelas OSCs, dada sua natureza não lucrativa.

O objetivo do legislador ao incluir essa previsão foi o de justamente evitar que o pagamento de remuneração variável a título de participação nos resultados fosse utilizado como uma forma de disfarçar eventual distribuição de lucros e patrimônio, por isso a exigência de que a remuneração seja auferida a partir de índices ou programas que confirmem objetividade e previsibilidade ao seu pagamento.

Apesar de a alteração legislativa atualmente reforçar a tese que é possível que as entidades sem fins lucrativos ofereçam programas de participação em resultados aos seus empregados, considerando que referida alteração legislativa só entrou em vigor em 2020, não se descarta a possibilidade de que as Autoridades Fiscais entendam que só a partir desse momento é que seria permitida tal modalidade de remuneração.

Ademais, por se tratar de mudança recente, ainda não há jurisprudência trabalhista nem fiscal sobre o tema, de modo que é recomendável cautela na aplicação do instituto no contexto das OSCs.

De todo modo, a inclusão de previsão expressa autorizando a implementação de Programa

de Participação nos Resultados por parte das OSCs indubitavelmente representa um avanço para tais organizações no que diz respeito à profissionalização e atração de talentos.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se apresentar os fundamentos legais da remuneração variável no âmbito das OSCs, bem como os entendimentos da jurisprudência e das autoridades fiscais a seu respeito.

A despeito da crescente demanda por maior profissionalização do terceiro setor, em que o pagamento de remuneração variável se mostra uma importante ferramenta para a atração e retenção de talentos, ainda não se verifica uma posição completamente consolidada a respeito da possibilidade de sua instituição no âmbito das OSCs. Ainda, a própria remuneração de dirigentes estatutários ainda gera dúvidas, no que tange os limites aplicáveis às OSCs para





tal remuneração, sobretudo para as entidades portadoras de CEBAS.

A ausência de um entendimento claro sobre ambos os temas é sensível para organizações visto que qualquer questionamento quanto à sua imunidade ou isenção tem impacto direto sobre a sua sustentabilidade financeira.

Diante desse cenário de indefinição, o presente artigo se propôs a oferecer um norte para as entidades sem fins lucrativos que desejam implementar novas modalidades de remuneração dentro de sua estrutura, destacando os aspectos centrais das principais modalidades de remuneração variável de curto prazo previstas na legislação.

Apesar das dúvidas que ainda cercam o assunto, a união de esforços por parte das entidades sem fins lucrativos e seus parceiros para fins de *advocacy*, mostra-se uma estratégia importante para promoção e atualização do debate, uma vez que, como visto no passado, seus pleitos já

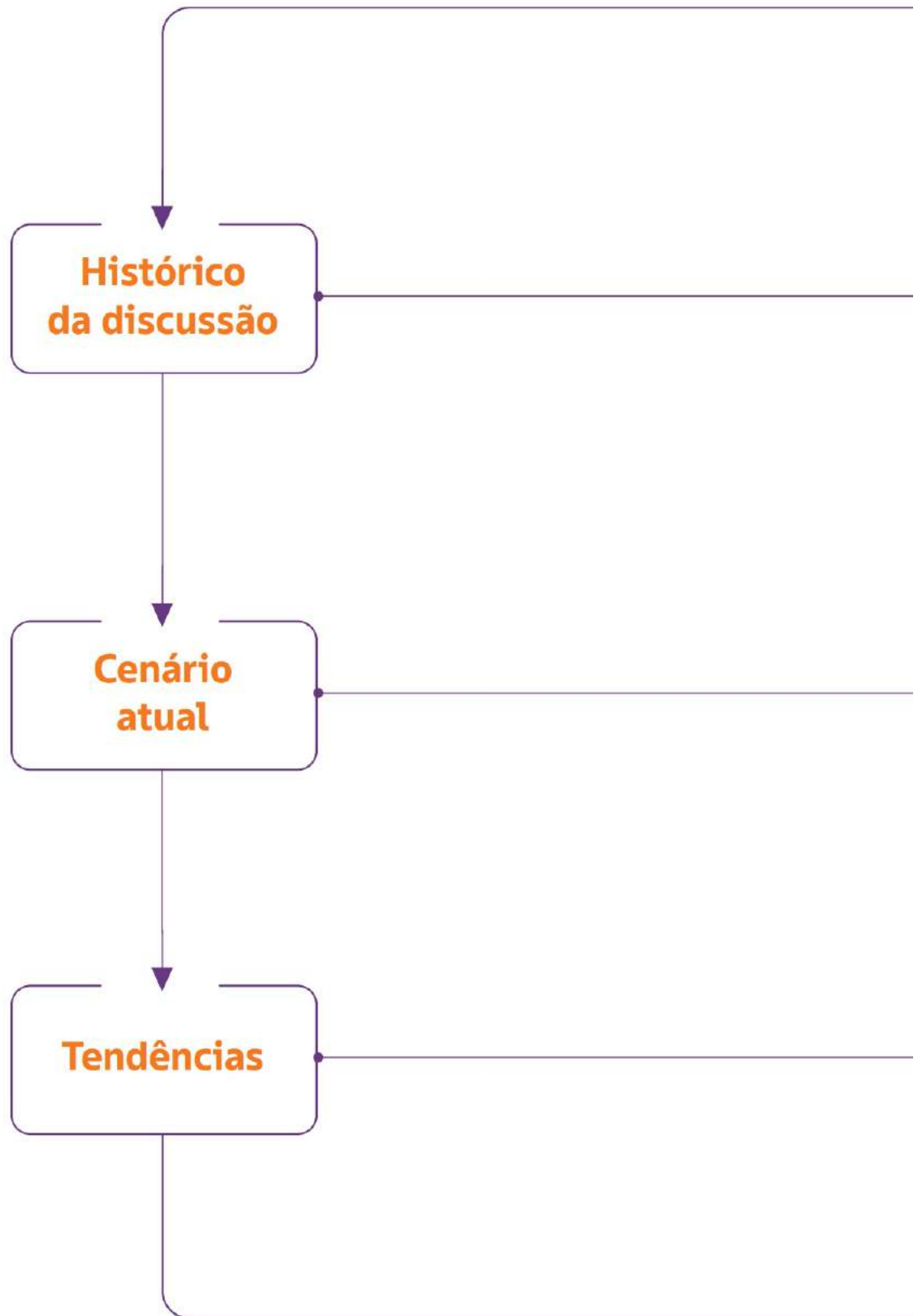
resultaram em alterações legislativas significantes.

Ainda, um próximo passo a ser dado em relação à temática, ainda que ambicioso, é a vinculação de incentivos de curto e longo prazo de dirigentes e demais colaboradores a métricas voltadas à sustentabilidade, como redução de emissão de carbono, otimização do uso de recursos naturais e aumento da diversidade no quadro de empregados, além de outras adequadas à realidade de suas respectivas operações.

Apesar de essa tendência se mostrar, por ora, confinada aos limites da atuação da iniciativa privada, entende-se que seja interessante cogitar a possibilidade de que métricas dessa natureza também façam parte dos incentivos dos dirigentes de organizações da sociedade civil. Na realidade, mais do que isso, há aqui uma oportunidade de as OSCs tomarem a dianteira desse tipo de arranjo, que se mostra estritamente ligado ao seu propósito natural de causar impacto positivo na sociedade – que pode ocorrer tanto por meio de sua atuação externa, quanto de sua governança interna.



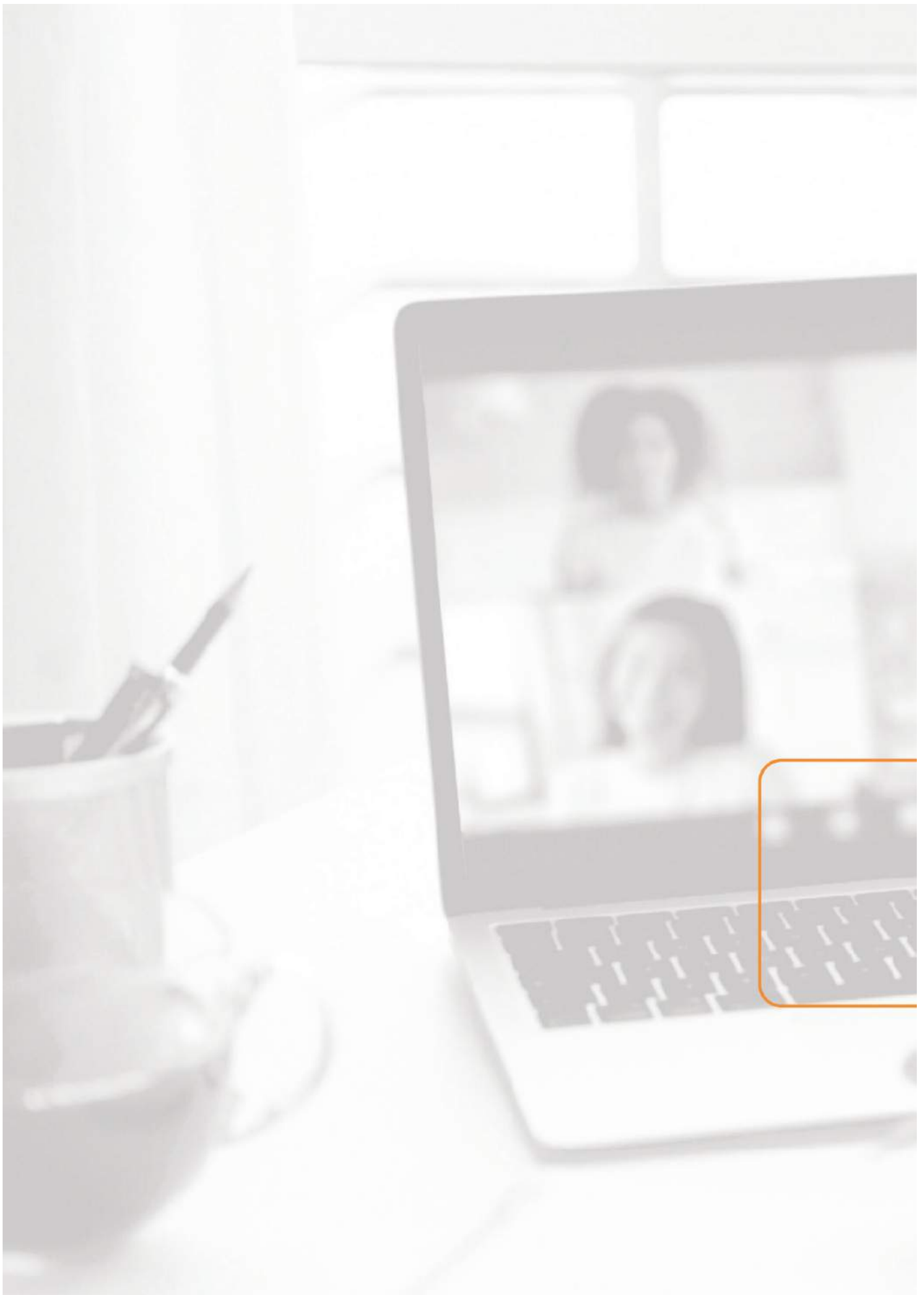
Resumindo este capítulo | Remuneração variável no contexto das OSCs

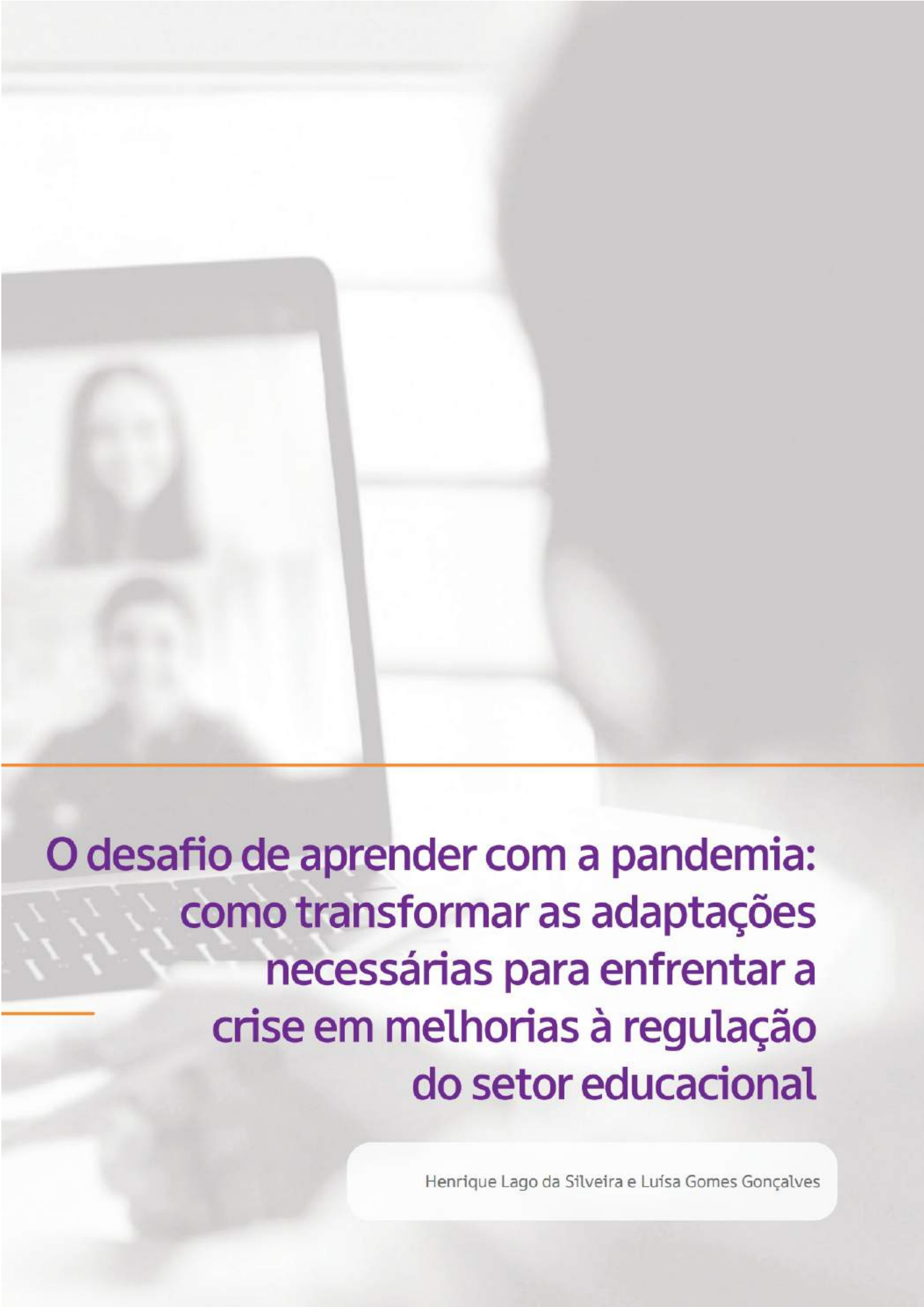


- A **Lei nº 9.532/1997**, ao estabelecer as condições para a fruição à imunidade e isenção a impostos, **impedia que as entidades remunerassem seus dirigentes, inclusive dirigentes estatutários.**
- Com a publicação da **Lei nº 12.868/2013**, que alterou a **Lei nº 9.532/1997**, passou a ser possível às entidades imunes e isentas remunerar seus diretores estatutários, desde que tal remuneração seja **inferior a 70% do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal**, bem como sejam observados os outros requisitos previstos na legislação.
- Posteriormente, a **Lei nº 9.532/1997** foi alterada novamente, desta vez pela **Lei nº 13.204/2015**, que estabeleceu como limite para a remuneração de dirigentes de organizações da sociedade civil os **valores praticados pelo mercado na região em que atuam**, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos nos artigos 3º e 16 da **Lei nº 9.790/1999**, que dispõe sobre a qualificação de entidades como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPI)**.
- Assim, a possibilidade de remunerar os dirigentes estatutários **a valor de mercado estaria condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.790/1999.**

- Dúvidas quanto à aplicabilidade dos incentivos de curto prazo no contexto das entidades sem fins lucrativos, em função da própria natureza da atividade, tais como:
  - **Gratificação ajustada** – Incentivo concedido por livre negociação das partes.
  - **Prêmio** – Incentivo concedido se alcançado desempenho superior ao ordinariamente esperado.
  - **Participação nos Lucros ou Resultados (PLR)** – Incentivo concedido se cumpridos índices de produtividade, qualidade e lucratividade da empresa, programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente. No contexto das OSCs, conforme alterações da Lei nº 10.101/2000 pela Lei nº 14.020/2020, é defensável a negociação de Programa de Participação nos Resultados entre a organização da sociedade civil e seus empregados, desde que esse programa se baseie exclusivamente em índices de produtividade ou em metas, resultados e prazos.

- **Lei Complementar nº 187/2021** - Estabelece requisitos para que as entidades beneficentes que prestam serviços nas áreas de saúde, educação e assistência social gozem da imunidade tributária prevista no §7º do art. 195 da Constituição Federal, isto é, da imunidade a contribuições para a seguridade social. A Lei Complementar, em grande medida, reproduz os dispositivos da lei anterior, a Lei nº 12.101/2009, de modo que a compatibilidade entre o CEBAS e o pagamento de remuneração variável ainda pode ser objeto de discussão.
- **Movimento de mercado** - Vinculação de incentivos de curto e longo prazo de seus dirigentes a métricas como redução de emissão de carbono, otimização do uso de recursos naturais e aumento da diversidade no quadro de empregados, além de outras metas adequadas à realidade de suas respectivas operações. Apesar de essa tendência nos parecer, por ora, confinada aos limites da atuação da iniciativa privada, entendemos que seja interessante cogitar a possibilidade de que métricas dessa natureza também façam parte dos incentivos dos dirigentes de organizações da sociedade civil.





**O desafio de aprender com a pandemia:  
como transformar as adaptações  
necessárias para enfrentar a  
crise em melhorias à regulação  
do setor educacional**

Henrique Lago da Silveira e Luísa Gomes Gonçalves

## Introdução

Longe da convivência pessoal em função dos imperativos da pandemia, foi necessário reinventar processos de ensino e aprendizagem tradicionais, adaptando-os à nova realidade para permitir (alguma) continuidade da educação de crianças, jovens e adultos. Como consequência e, também, para dar segurança jurídica aos atores desse processo, foi essencial promover uma série de mudanças na legislação, flexibilizando regras até então estruturantes do sistema educacional.

No âmbito da **educação básica**<sup>1</sup>, Conselhos Municipais e Estaduais de Educação modificaram normas para viabilizar o uso do ensino à distância (EAD) nas disciplinas regulares, ainda que em caráter excepcional. Especialmente no âmbito do ensino médio, tais mudanças serviram para ampliar os limites de emprego do EAD para além dos 20% para alunos do período diurno e 30% do noturno, previstos pela Resolução nº 3/2018 do Conselho Nacional de Educação (CNE).

Já no âmbito da educação superior, o EAD se desenvolveu ainda mais, permitindo o desenvolvimento de mais tecnologias para viabilizar que atividades práticas, como os laboratórios virtuais e avaliações, sejam realizadas totalmente *online*. Com a experiência, muitos alunos viram vantagens na flexibilidade de horário, em evitar se deslocar até a Instituição de Ensino Superior (IES) e poder

investir cerca de 68% a menos em suas mensalidades, comparativamente aos valores de um mesmo curso na modalidade presencial. Com isso criou-se o ambiente de mercado para, finalmente, provocar a reflexão sobre a criação de cursos totalmente virtuais, na forma do art. 8º, § 1º, da Portaria Normativa nº 11/2017 (PN 11) do Ministério da Educação (MEC).

A avaliação e regulação do ensino superior tampouco passaram ilesas à nova realidade. Como os avaliadores do Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) foram impedidos de se deslocar para realizar avaliações *in loco* em instituições e cursos, os processos regulatórios ficaram paralisados por aproximadamente um ano, gerando um estoque de visitas que poderia comprometer a capacidade estatal de as realizar no curto prazo. Esse cenário extremo criou as bases para a edição da Portaria INEP nº 165/2021, implantando a avaliação externa virtual *in loco*, que tem se revelado como uma ferramenta capaz de oferecer soluções duradouras para solucionar a fila de avaliações, conhecido **gargalo institucional brasileiro**<sup>2</sup>.

Os exemplos mencionados sugerem que a situação excepcional causada pela pandemia criou novas práticas que, no mais das vezes, ressignificaram formas de relacionamento entre alunos e instituições de ensino ou entre elas e os reguladores da atividade. Essa nova conjuntura pode se perpetuar para além do período de exceção, modificando as preferências das pessoas sobre os processos

1 Na forma do art. 21, I, da LDB, a educação básica é "formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio".

2 De acordo com dados do MEC, o uso da ferramenta tem sido preferido pelas IES e, ao longo de apenas dois meses no ano de 2021, já viabilizou a realização do mesmo número de visitas realizadas ao longo de todo ano de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/modalidade-virtual-viabiliza-670-avaliacoes-desde-abril>>. Acesso em: 14.07.2021.

de ensino e aprendizagem, o que, por sua vez, tende a criar tensões com algumas regras estruturantes do setor que vão na contramão dessas inovações.

Na nossa avaliação, a pandemia foi uma grande janela de oportunidade para a experimentação regulatória (SABEL; SIMON, 2011) no setor de ensino. O conceito se refere a uma abordagem a partir da qual as regras são estruturadas de modo a que o regulador possa oportunizar que as entidades responsáveis por as aplicar “na ponta” adotem variados mecanismos de implementação, conforme suas realidades, cuja efetividade será avaliada posteriormente, oferecendo dados empíricos que orientem a construção ou a reforma da regulação vigente.

A partir dessa perspectiva, a regulação não possui necessariamente o condão de induzir um comportamento e aplicar sanções, mas o de, a partir da cooperação, incentivar que condutas bem-sucedidas sejam replicadas e aquelas que não obtiveram bons resultados sejam revistas.

O presente artigo se insere exatamente nesse debate e tem por objetivo identificar possíveis reflexões para o futuro da regulação setorial da educação a partir do experimentalismo realizado ao longo da pandemia. A fim de enfrentar o desafio, adotamos o conceito de experimentalismo como referencial para examinar com detalhes como a regulação foi modificada em cada um dos três exemplos mencionados nesta introdução e, na medida do possível, explorar que tipos de mecanismos de implementação foram adotados pelas instituições de ensino em cada caso.

Esse exame permitiu sugerir que diversas experiências bem-sucedidas dificilmente seriam realizadas se a pandemia não tivesse flexibilizado a “regulação ordinária” do setor. Por isso, ao fim, promovemos alguns apontamentos a respeito de como essas normas regulatórias poderiam ser alteradas para incorporar os ganhos aos processos de ensino e aprendizagem bem como às relações entre reguladores e regulados oportunizados pelo experimentalismo “forçado”.

Do ponto de vista estrutural, o presente trabalho é composto desta introdução, de uma primeira parte tratando da experiência na educação básica com a incorporação do EAD e novas técnicas pedagógicas; e de outra parte, subdividida em duas etapas, enfrentando os temas da educação superior (cursos 100% *online* e avaliações virtuais *in loco*). Na conclusão, resumizamos nossas impressões com a indicação daqueles que denominamos os aprendizados úteis da pandemia.

## Educação básica: afinal, o EAD e as inovadoras metodologias vieram para ficar?

Embora o cenário de pandemia tenha flexibilizado restrições ao uso do EAD na educação básica, as barreiras a tal modalidade de ensino em “tempos normais” ainda são significativas. O art. 32, § 4º, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ou LDB) é apenas um (ótimo

e fundamental) exemplo: “[o] ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais”.

Como se percebe, a legislação encerra um preconceito com o EAD, traduzindo a concepção de que não seria uma modalidade adequada para viabilizar aprendizagem a crianças e jovens. Independentemente do acerto ou desacerto dessa proposição, o fato é que, em função da proibição legal, não há incentivos para que o mercado atue na “destruição criativa” (SCHUMPETER, 1997) desse modelo, desenvolvendo alternativas tecnológicas que possam provar que a “tese” está equivocada, aliando tecnologia e qualidade de ensino a esse nível escolar.

Ocorre que, com a pandemia, esse dogma foi posto à prova e o enquadramento na exceção legal (“situações emergenciais”) revelou que há ferramentas do EAD capazes de proporcionar ganhos de aprendizagem na educação básica e mais, com um potencial extraordinário para expandir o acesso e promover a inclusão. Não bastasse isso, o uso do EAD também concretiza direitos constitucionais do ensino (SILVEIRA, 2020) de que são titulares as instituições, a exemplo da liberdade de aprender e de ensinar, privilegiando o pluralismo de concepções pedagógicas.

Esse dado da realidade revela, então, ser necessário repensar tais concepções apriorísticas, demandando reformas legislativas e, também, o repensar da regulação, a fim de que se abra espaço para o experimentalismo, a



interdisciplinaridade e tome como base a coleta empírica de dados (RIBEIRO, 2016). Como detalhado adiante, as experiências da pandemia revelam ser essencial, ainda, considerar o ambiente social em que o EAD se insere e se pautar em criteriosa análise retrospectiva do sucesso das experiências disruptivas colocadas em prática pelas próprias instituições de ensino durante a pandemia.

## Desafios regulatórios e oportunidades para a regulação do EAD no Ensino Básico

Buscando contornar as perdas acadêmicas e pedagógicas no ensino superior, o MEC publicou a **Portaria nº 343/2020**<sup>3</sup>, dispondo sobre a substituição das disciplinas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durasse a situação de pandemia. Como não houve qualquer menção à educação básica, o CNE afirmou que competiria às autoridades dos sistemas de ensino federal, estaduais, municipais e distrital autorizar a realização de atividades à distância nos níveis de escolaridade componentes do ensino básico, a partir do “exercício

3 A Portaria nº 343/2020 foi posteriormente revogada pela Portaria MEC nº 544/2020.





de sua autonomia e responsabilidade na condução dos respectivos projetos pedagógicos e dos **sistemas de ensino**<sup>4</sup>.

A partir desse posicionamento, e considerando que o art. 32, § 4º, da LDB, permite o uso do EAD em situações emergenciais para o ensino básico, os Conselhos Estaduais de Educação (CEEs) passaram a emitir deliberações, resoluções e pareceres sobre o tema, permitindo a implementação de atividades pedagógicas remotas na educação básica durante o período de excepcionalidade causado pela disseminação da **Covid-19**<sup>5</sup>.

A título exemplificativo, o Conselho Estadual de Educação de São Paulo publicou a Deliberação CEE nº 117/2020, responsável por autorizar as atividades escolares não presenciais, consignando expressamente *“a importância da gestão do ensino e da aprendizagem, dos espaços e dos tempos escolares, bem como a compreensão de que as atividades escolares não se resumem ao espaço de uma sala de aula”*.

Por sua vez, o Parecer CEE/SC nº 146/2020, do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, com o intuito de evitar uma

exposição desnecessária e inapropriada à contaminação pela Covid-19, indicou o seguinte: *“considerando a existência de recursos tecnológicos que viabilizam a realização de significativa parte das atividades educacionais de forma não presencial (a distância), devem-se observar os diversos dispositivos legais e normativos que já permitem a realização de atividades não presenciais em condições normais ou emergenciais”*.

A partir de tais exemplos, que revelam o posicionamento de diversos CEEs, percebe-se duas tendências: **(i)** primeiro, que a segurança jurídica para empregar o EAD na educação básica de maneira permanente é restrita ao quadro de exceção vivenciado; e **(ii)** segundo, que não se adotou uma regulação específica para ordenar como as instituições deveriam implantar o EAD, deixando a cargo dessas estruturar soluções que se ajustem a cada realidade e contexto próprios.

Esses pontos proporcionam um debate acerca do ambiente regulatório para o desenvolvimento do EAD no ensino básico em “situações normais”. De um lado, enquanto não houver mudança no art. 32, § 4º da LDB, não se pode pensar na viabilidade de se criar cursos totalmente (ou majoritariamente) EAD para o ensino básico. Isso não significa, contudo, que não haja espaços do atual modelo regulatório para a inserção do EAD na educação básica, os quais, se bem utilizados, podem iniciar uma caminhada voltada à reflexão de como expandir as limitações legais.

4 “Nota de Esclarecimento” publicada pelo CNE em 08.03.2020. Disponível em: <<http://consed.org.br/media/download/5e78b3190caee.pdf>>. Acesso em: 28.07.2021.

5 Para mais detalhes sobre a legislação educacional relacionada à pandemia da Covid-19, acessar o site da Associação Nacional de Educação Católica do Brasil – ANEC. Disponível em: <<https://anec.org.br/noticias/covid-19-legislacoes-de-cada-estado/>>. Acesso em: 28.07.2021.

Alguns exemplos podem ajudar a compreender a extensão dessas janelas de oportunidade. Ainda no fim de 2018, o MEC homologou a Resolução nº 3/2018, editada pelo CNE, que instituiu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) para o ensino médio. O referido ato normativo previu o uso do EAD para esse nível de ensino, possibilitando que as atividades online contemplem até 20% da carga horária total para o turno diurno, percentual esse que é expandido para até 30% no turno noturno e para 80% no âmbito da Educação de Jovens e Adultos (EJA).

Segundo o art. 36, § 11, VI, da referida norma, os entes federativos dos diferentes sistemas de ensino que adotarem as DCNs poderão celebrar convênios com instituições privadas de ensino que oferecem a modalidade EAD e contem com notório reconhecimento, visando a reconhecer competências desenvolvidas em cursos realizados por meio de educação à distância ou educação presencial mediada por tecnologias.

Apesar de ainda não ter sido operacionalizada na prática em circunstâncias “comuns”, tal previsão, se bem aplicada, tem o potencial de transformar a visão geralmente cética dos sistemas de ensino sobre o desenvolvimento do EAD na educação básica e, também, de proporcionar um

espaço relevante para que a regulação possa atuar a fim de desenvolver uma dinâmica mais cooperativa, voltada a incentivar a renovação.

Além disso, a mobilização em torno da transformação digital na educação vem ganhando cada vez mais tração no debate político, inclusive assumindo protagonismo na agenda legislativa. Um bom exemplo é a Lei nº 14.180/2021, que instituiu a Política de Inovação e Educação Conectada (Piec), cuja finalidade é fomentar o uso pedagógico de tecnologias digitais justamente na educação básica. O Piec propõe, dentre seus princípios, a autonomia dos professores quanto à adoção da tecnologia para a educação, o estímulo ao protagonismo do aluno e o amplo acesso aos **recursos educacionais digitais de qualidade**<sup>6</sup>.

Embora não tenha sido objeto de regulamentação, a Lei do Piec assume importante papel de sedimentar as bases legais para a defesa e o fortalecimento da autonomia das instituições de ensino, especialmente para selecionarem suas propostas pedagógicas: ela se preocupa com a liberdade de ensinar, pois o professor pode escolher se, quando e de que forma utilizar as ferramentas tecnológicas disponíveis.

---

6 No mesmo rumo, a Comissão de Educação da Câmara dos Deputados já aprovou o Projeto de Lei nº 5465/2020, que concebe a Política Nacional de Formação de Docentes de Educação Básica para as Tecnologias da Informação e Comunicação, voltada para a capacitação de professores e gestores em práticas pedagógicas que utilizam a tecnologia.

Como se verifica, há espaço regulatório para investir na paulatina inserção do EAD na educação básica. Todavia, no atual panorama, alguns cuidados se revelam necessários para a obtenção de atos de liberação econômica para o ingresso e permanência na atividade.

A esse respeito, a LDB, em seu art. 80, § 3º, prevê que caberá à União credenciar instituições para a oferta de EAD, sem especificar o nível de escolaridade. O Decreto nº 9.057/2017, que regulamenta o referido artigo, indica em seu art. 2º que tanto a educação básica quanto a educação superior poderão ser ofertadas na modalidade à distância, sendo indispensável garantir as condições de acessibilidade necessárias.

Já o art. 3º do Decreto determina que, no âmbito da educação básica, compete às autoridades dos sistemas de ensino estaduais, municipais e distrital autorizar os cursos e o funcionamento de instituições de educação que pretendam operar nesse modelo. Assim: **(i)** no âmbito do ensino infantil, as instituições de ensino apenas poderão atuar no EAD caso haja previsão normativa por parte dos Conselhos Municipais de Educação (CME) ou dos CEEs a que se tenha delegado a competência para tanto; **(ii)** já no ensino fundamental e médio, essa atribuição caberá aos CEEs.

É indiscutível, contudo, que a maioria dos CME e CEEs não possuem normativas específicas para viabilizar o uso do

EAD no ensino básico, cumprindo com as DCNs. Por mais que a ausência de regulamentação possa ser utilizada por tais órgãos como pretexto para impedir uma instituição de avançar com o uso do EAD, há saídas para superar esse possível entrave.

A Lei nº 13.874/2019 garante aos particulares o direito de “desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico” (art. 3º, VI). Tal garantia, de acordo com o Decreto nº 10.229/2020, pode ser invocada tanto diante da existência de ato normativo restritivo que se revele obsoleto face às alternativas internacionais como, também, na hipótese de inexistir regulamentação, visando a que a autoridade correspondente atue a fim de garantir um regime para viabilizar o exercício da atividade (art. 3º, I e II).

Como se percebe, independentemente do avanço da discussão do volume, o EAD na educação básica já é uma realidade admitida pela regulação setorial. Há uma série de espaços para viabilizar a construção de arranjos articulados entre as diferentes modalidades de ensino, comprometidos com a universalização do acesso e para a melhoria das condições de aprendizagem a partir do aproveitamento das novas tecnologias educacionais trazidas (ou descobertas) pela pandemia.

## Novas concepções pedagógicas: o potencial transformador do ensino híbrido

Para além de identificar os espaços regulatórios para a inserção do EAD na educação básica, é fundamental descobrir quais tipos de inovações e contribuições essa possibilidade efetivamente pode oferecer.

O advento de aplicativos, plataformas e *softwares* tecnológicos, de que são exemplos o **G-Suite for Education**<sup>7</sup>, o **Learning Analytics**<sup>8</sup> e até mesmo o **Kahoot!**<sup>9</sup> e o **TikTok**<sup>10</sup>, possibilitou um ganho de acessibilidade às informações das mais variadas ordens, à distância de apenas um “clique”. Esse fato, por si só, já exigiria uma nova postura das instituições de ensino, uma vez que crianças e adolescentes praticamente nascem inseridos nos ambientes digitais e estão acostumados à constante exposição a conteúdos diversificados e oferecidos de modo rápido, prático e, de certa forma, personalizado (a partir dos algoritmos aplicados).

O processo pedagógico tradicional, alicerçado em aulas presenciais teórico-expositivas, se mostra insuficiente para fazer frente a essa realidade. Caso as novas metodologias de ensino propiciadas pelas ferramentas tecnológicas disponíveis não sejam incorporadas de forma pragmática e coerente, a tendência é que haja menos interesse de jovens com a escola, com reflexos diretos na efetividade da aprendizagem e perdas à riqueza do processo pedagógico.

É preciso tomar uma atitude face à conclusão evidente que o papel das escolas e dos pais, portanto, já não é o mesmo daquele com que estamos habituados: o foco deve estar na promoção de um aprendizado baseado na articulação das informações já disponíveis com elementos teóricos, facilitando a construção de relações multidisciplinares na perspectiva de longo prazo. Para tanto, é preciso garantir que todos aqueles envolvidos no processo da aprendizagem, desde os docentes até os responsáveis pelos estudantes, estejam preparados para conseguir explorar as facilidades e oportunidades conferidas pelos recursos tecnológicos.

Nesse sentido, a determinação do isolamento social decorrente da pandemia antecipou o surgimento de tecnologias disruptivas e

7 Trata-se de um pacote de serviços e aplicativos para professores ou alunos, que permitem o uso de metodologias ativas e colaborativas em sala de aula. Disponível em: <<https://workspace.google.com/>>. Acesso em: 02.08.2021.

8 Plataforma em que é possível selecionar indicadores de avaliação e acompanhar o desenvolvimento de uma turma a partir dos objetivos estabelecidos e o planejamento das aulas.

9 Trata-se de *software* que permite criar questionários, desafios e outros jogos personalizados e interativos, a serem respondidos por usuários que estejam conectados à internet por meio de *smartphones* ou computadores. Disponível em: <<https://porvir.org/kahoot-como-usar-para-deixar-suas-aulas-mais-divertidas/>>. Acesso em: 02.08.2021.

10 Aplicativo que ganhou destaque como nova rede social durante 2020 e que, em abril de 2021, anunciou o lançamento da campanha #AgoraVocêSabe, visando a incentivar a produção de conteúdo educativo na plataforma, cujo acesso é democratizado por meio das ferramentas e recursos que facilitam a busca e produção de vídeos curtos. Disponível em: <<https://newsroom.tiktok.com/pt-br/tiktok-lanca-campanha-para-apoiar-conteudo-educativo-no-brasil>>. Acesso em: 02.08.2021.

impulsionou a adoção de práticas pedagógicas inovadoras, desencadeando uma mudança conceitual e estrutural nos modelos tradicionais de ensino. Ao romper com os preconceitos direcionados ao EAD, a pandemia catalisou o processo já em curso de renovação da sistemática dos modelos de ensino.

O ensino híbrido é uma das tendências fomentadas pela pandemia e acena como uma rota atrativa, a ser trilhada tanto pelas instituições de ensino quanto pelos alunos e suas famílias. Isso porque a tecnologia pode ser grande aliada na inovação de metodologias, sem deixar de lado as necessárias interações entre estudantes e professores.

O ensino híbrido, que mescla aulas remotas e presenciais, é a aposta dos especialistas, de grandes **empresas educacionais**<sup>11</sup> e **investidores**<sup>12</sup> para ampliar o acesso à educação no mundo pós-pandemia. Nessa configuração, as aulas *online* são pensadas com o intuito de trabalhar conteúdos mais teóricos, enquanto os encontros presenciais se destinam à aplicação prática do conhecimento, sobretudo envolvendo experiências em laboratórios e outras formas de interação que demandam contato físico com o objeto de estudo ou demais colegas e docentes.

Assim, investir em metodologias eficazes e constante acompanhamento é essencial

no âmbito do ensino básico híbrido, provocando uma mudança cultural sobre a condução da aprendizagem. Um bom exemplo é a aula invertida, caracterizada pela alteração entre o momento em que um novo assunto é apresentado e o seu estudo pelos alunos. Em vez de serem introduzidos ao tema apenas no momento da aula, como ocorre no método socrático tradicional, os alunos se preparam para a aula a partir de materiais previamente disponibilizados em ambientes virtuais de aprendizagem, dedicando o tempo da aula ao **esclarecimento de dúvidas, ao debate entre alunos e à eventual comparação de respostas**<sup>13</sup> – como ocorre na pós-graduação, por exemplo.

Além disso, a gamificação também está entre as metodologias ativas de aprendizado mais inovadoras para incentivar o engajamento dos alunos do ensino básico em iniciativas híbridas ou remotas. A expressão vem do inglês *gamification* e consiste em uma técnica que emprega recursos e lógica dos jogos, eletrônicos ou não, no processo de aprendizagem, propiciando a assimilação de conhecimentos de forma mais **lúdica, desafiadora e interativa**<sup>14</sup>.

Vale mencionar que a cultura digital não só é uma demanda das novas dinâmicas sociais e profissionais, como também constitui tema da competência nº 5 da **Base Nacional Comum Curricular (BNCC)**<sup>15</sup>,

11 Disponível em: <<https://agemt.pucsp.br/noticias/ensino-hibrido-vira-aposta-da-educacao-privada>>. Acesso em: 03.08.2021.

12 Disponível em: <<https://exame.com/negocios/a-grande-aposta-do-bilionario-jorge-paulo-lemann-no-setor-da-educacao-vai-dar-certo/>>. Acesso em: 03.08.2021.

13 Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/novas-metodologias-de-ensino/>>. Acesso em: 02.08.2021.

14 Disponível em: <<https://www.somoseducao.com.br/gamificacao-na-educacao-basica/>>. Acesso em: 28.07.2021.

15 A BNCC pode ser consultada por meio da página: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 02.08.2021.

que propõe ao estudante “compreender, utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais”, dominando essas habilidades e ferramentas tecnológicas ainda no ensino fundamental.

Cabe registrar também que o Parecer CNE/CEB nº 05/1997 já previa que as atividades escolares ocorrem não apenas na tradicional sala de aula, mas também em quaisquer outros locais adequados a trabalhos teóricos e práticos, como leituras, atividades em grupo, contato com o meio ambiente, visando à plenitude da formação de cada aluno. Nessa seara, os limites físicos de uma sala de aula não caracterizam a única possibilidade de aprendizagem real e efetiva. Sua configuração abrange toda e qualquer programação incluída na proposta pedagógica da instituição, com frequência exigível e efetiva orientação por professores habilitados.

Além do cumprimento do currículo previamente determinado pela LDB, as escolas também devem buscar contribuir para o amadurecimento e desenvolvimento de competências socioemocionais, o que se coaduna à finalidade da educação prevista no **art. 2º da LDB**<sup>16</sup>. É crucial otimizar o tempo de convivência e da prática em grupos para conferir enfoque a essa espécie de vivência, o que passa a ser mais tangível

com o ensino híbrido e as novas abordagens pedagógicas, já que nesses modelos busca-se utilizar o período destinado às atividades presenciais para intensificar a interatividade e desenvolver as relações interpessoais, concentrando esforços nesses objetivos.

Outra vantagem que a formação *online* trouxe é o aumento da autonomia de boa parte dos alunos, que assumiram maior responsabilidade pelo próprio aprendizado. Alguns dos novos métodos pedagógicos adotados estimularam estudantes a se posicionarem de forma propositiva, por estarem mais à vontade com a possibilidade de acompanhar o conteúdo programático no próprio ritmo, o que pode surtir um efeito positivo no desenvolvimento pessoal e acadêmico.

Nesse sentido, outro movimento discutido há mais de dez anos e catalisado pela pandemia é o *homeschooling*, ou ensino domiciliar, que envolve a possibilidade de o ensino básico ser ministrado em casa, com o auxílio da família, a quem se garante autonomia na definição de métodos pedagógicos. O Supremo Tribunal Federal (STF) abriu espaço para o *homeschooling* como alternativa ao aprendizado tradicional, ainda que os estudos precisem ser validados posteriormente por órgãos oficiais para fins acadêmicos, fomentando o debate sobre a edição de **lei específica**<sup>17</sup> para regulamentar o tema e permitir explorar

16 O art. 2º da LDB prevê que “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

17 Ao contrário do que predomina no senso comum, o *homeschooling* não foi declarado inconstitucional pelo STF quando do julgamento do RE 888.815/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe: 12.03.2019. Na verdade, entendeu-se que a Constituição Federal não veda essa modalidade de ensino, mas que seu reconhecimento como educação formal dependeria da edição de lei específica, que ainda está pendente. Diante desse posicionamento, avançaram as discussões sobre o Projeto de Lei nº 3.179/2012, atualmente, sob relatoria da Deputada Luiza Canziani (sem partido - PR), que oferece uma proposta de reforma da LDB para contemplar essa alternativa na educação básica e segue em tramitação, atualmente aguardando a criação de uma comissão especial para deliberar sobre o tema.

todas as potencialidades de mais essa tendência do mundo pós-pandemia.

## Educação Superior: o retrato do EAD hoje é fundamental para refletir sobre melhorias

Desde que o EAD para o ensino superior foi **regulamentado no País<sup>18</sup>**, sempre houve rígidos controles públicos sobre a atividade, que são fundamentais para entender de que forma a pandemia pode oferecer oportunidades de mudança ao regime regulatório atual.

De um modo geral, é necessário que a instituição obtenha **(i)** um ato prévio de credenciamento específico junto ao CNE e ao MEC para essa modalidade de ensino; para, então, **(ii)** conseguir autorização para ministrar os cursos que desejar – o que, para as **faculdades<sup>19</sup>**, dependerá também de ato prévio da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do MEC (SERES).

Desde os primeiros regulamentos até a atualidade, os cursos nessa modalidade devem contar com atividades presenciais, de modo que avaliações (provas), defesas de trabalho de conclusão de curso, atividades laboratoriais e estágios obrigatórios, em regra, devem ser

realizados fisicamente. Para tanto, os cursos EAD contam com Polos de Apoio Presencial (Polos) para que tais atividades possam ocorrer fora da sede da IES. Antes da edição do atual regramento, de 2017, os Polos dependiam de atos de credenciamento a cargo da SERES para operar, sempre precedidos de avaliações *in loco* do INEP, autarquia vinculada ao MEC.

Como o volume de locais onde há matrículas é muito elevado e havia (como há) pouca estrutura institucional da SERES e do INEP para dar vazão aos credenciamentos de Polos, essa mecânica se tornou um gargalo: em 2016, cada credenciamento levava, em média, cerca de **21 meses<sup>20</sup>**.

A solução para tais problemas foi a criação de um novo marco regulatório para o EAD em 2017, com a edição do Decreto nº 9.057/2017 e da Portaria Normativa do MEC nº 11/2017 (PN 11). Tais atos, editados a pretexto de desburocratizar o EAD, se valeram de duas grandes medidas: **(i)** eliminar o credenciamento prévio de Polos, que passaram a ser criados por ato próprio das IES; e **(ii)** determinar que as avaliações de qualidade dos cursos fossem realizadas apenas na sede da IES, não mais se estendendo aos Polos.

Esse movimento, adotado para conferir alguma operacionalidade ao arranjo institucional vigente, reduziu o estoque de processos administrativos regulatórios e

18 O primeiro regulamento do EAD no Brasil foi o Decreto nº 2.561/1998, seguido da Portaria MEC nº 301/1998.

19 Na forma do Decreto Federal nº 9.235/2017, faculdades são instituições de ensino que não gozam de prerrogativas de autonomia e, por isso, não podem criar seus próprios cursos. Por outro lado, os centros universitários e as universidades podem fazê-lo por ato próprio, sem se sujeitar à autorização do MEC, salvo para os cursos de medicina, direito, psicologia, odontologia e enfermagem.

20 Dados disponibilizados pela SERES em resposta ao requerimento de pedido de informação formulado sob o nº 23480.026736/2018-95. Informações completas sobre o tempo de tramitação dos processos constam da obra: SILVEIRA, Henrique Lago da. Regulação e Financiamento do Ensino Superior Privado: teoria e prática do sistema brasileiro à luz do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 367.



permitiu a expansão substancial do EAD que, apenas em 2018, registrou um crescimento de 133% dos Polos em operação no País, seguido de um aumento exponencial das vagas ofertadas nessa **modalidade de ensino**<sup>21</sup>.

Enquanto se renunciou ao dever de avaliar os Polos, a obrigatoriedade de atividades presenciais foi mantida. A exceção a esse modelo geral foi prevista no art. 8º, §1º, da PN 11, que permitiu a oferta de cursos EAD “sem previsão de atividades presenciais” e desde que precedidos de autorização prévia da SERES, instruída a partir de vistoria *in loco* do INEP a qualquer tipo de IES.

Todavia, essa previsão (já prevista em regulamento) jamais foi regulamentada, o que, de acordo com a SERES e o MEC, inviabilizaria que houvesse cursos totalmente *online*. A razão para a reticência é que seria essencial conferir a identidade do aluno matriculado, evitando fraudes; a partir da premissa de que o Polo, que não é avaliado pelo MEC, seria capaz de garantir segurança e, também,

qualidade à **avaliação de aprendizagem do estudante**<sup>22</sup>.

As razões para tanto são ligadas à incerteza sobre quais seriam os instrumentos tecnológicos adequados a coibir fraudes nas avaliações de alunos e, ainda, à inviabilidade de deixar tais escolhas a cargo das IES. No vácuo normativo, as propostas de cursos totalmente à distância permaneceram paralisadas na SERES ou foram indeferidas. E então, veio a pandemia.

## Há uma regulação ideal para cursos totalmente *online*?

Se a SERES e o MEC tinham incertezas sobre qual a regulamentação ideal para cursos totalmente *online*, o cenário imposto pela pandemia não deixou escolhas aos órgãos senão conviver com elas. No novo contexto, e tal qual ocorreu também para a educação básica, foi necessário descentralizar para as IES as

21 Disponível em: <<https://www.abmes.org.br/noticias/detalhe/2923/polos-de-ensino-superior-a-distancia-crescem-133-em-um-ano>>. Acesso em: 14.07.2021.

22 “Provas devem ser presenciais para evitar fraudes, diz Ministro da Educação”. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/08/28/provas-devem-ser-presenciais-para-evitar-fraudes-diz-ministro-da-educacao.ghtml>>. Acesso em: 14.07.2021.



decisões sobre quais seriam as soluções mais adequadas à realidade de cada uma, admitindo várias respostas ao mesmo tema.

Para tanto, a Portaria MEC nº 544/2020 autorizou as IES a substituírem as disciplinas presenciais por “*atividades letivas que utilizem recursos educacionais digitais, tecnologias de informação e comunicação ou outros meios*”. Mais adiante, a norma atribuiu às IES a responsabilidade de definir todos os aspectos relacionados aos conteúdos que seriam objeto da substituição e as tecnologias empregadas para esse fim, tanto para as disciplinas quanto para avaliações, práticas profissionais, estágios e atividades em laboratórios especializados.

Essa simples previsão normativa contém um simbolismo muito importante, sugerindo que os controles públicos sobre a atividade de ensino podem ceder quando o Estado não for o ente mais bem posicionado para tomar decisões no interesse da comunidade acadêmica. Nesse cenário, o papel da regulação setorial se torna o de conferir autonomia e segurança para que as IES tomem suas próprias decisões de maneira acertada, fomentando o caráter colaborativo e não vertical da regulação. Proporcionou-se, na prática, uma grande **sandbox regulatória**<sup>23</sup>.

Esse modo de ver o setor é especialmente relevante por duas razões. Primeiro,

porque deixa claro que regulação não é controle, de modo que é possível se valer de diferentes técnicas regulatórias sem renunciar ao poder-dever de regular atividades, na forma do art. 174 da Constituição. Em segundo lugar, pois a escolha por descentralizar as decisões valoriza o conhecimento difuso das diferentes IES sobre suas próprias realidades em detrimento de soluções pré-fabricadas pelo planejador central (SERES/MEC) e aplicadas uniformemente, sem reflexão.

E foi nesse espírito que o CNE editou normativos com diretrizes para orientar as escolhas das IES e garantir, ao menos, alguma supervisão por parte do MEC sobre elas. Vale destacar algumas.

De acordo com o Parecer CNE/CP nº 5/2020, a substituição de uma atividade presencial por outra remota “*dependerá de projeto pedagógico curricular específico para a disciplina*”, o qual deve ser remetido à SERES. O documento deve justificar a escolha, a possibilidade de realizar a atividade de forma remota e considerar “*o modelo de mediação de tecnologias digitais de informação e comunicação adequado à infraestrutura e interação necessárias*” para sua realização.

Sobre a substituição de estágios e atividades laboratoriais, o Parecer CNE/CP nº 11/2020 estabelece que “*o relevante é que haja a adequada metodologia pedagógica aplicada às*

23 O conceito de *sandbox* é inspirado na ideia de se permitir que crianças brinquem em um ambiente controlado (uma caixa de areia) e transmite a ideia de o regulador, a partir de uma perspectiva experimentalista, autorizar modelos de inovação pelo regulado flexibilizando as regras vigentes, sem que a falha o sujeito a uma sanção. Com as *sandboxes*, cria-se um regime próximo de supervisão, muito mais focado em aprender como a solução opera na prática desenvolver novas tecnologias aplicadas e criar dados empíricos que inspirem a reforma da regulação. No Brasil, há uma série de iniciativas de sandboxes em diferentes setores, desde o de combustíveis mercado de capitais, fundos de investimentos e instituições financeiras (Fintechs), que foram fomentadas a partir da edição da Lei nº 13.874/2019. Sobre o tema, ver: FEIGELSON, Bruno; LEITE, Luiza. *Sandbox: experimentalismo no direito exponencial*. São Paulo: RT, 2020.

*atividades práticas*". E destaca, ainda, que a realização de atividades práticas à distância pode ter uma série de vantagens quando comparadas às presenciais, até mesmo em licenciaturas.

A esse respeito, o órgão também ressaltou que *"as práticas didáticas vão ao encontro de um amplo processo de oferta de aprendizado não presencial à educação básica, principalmente aos anos finais do ensino fundamental e médio"*. Por fim, também menciona que realizar a atividade prática à distância *"amplia o contato da escola com as famílias, prestando-lhe serviços e assistência, ao mesmo tempo que gera oportunidades de aperfeiçoamento e engrandecimento de saberes da própria sociedade"*.

Nessa perspectiva, observa-se que o CNE valorizou as experiências que práticas realizadas à distância podem proporcionar, sobretudo para que os acadêmicos aprendam como lidar com a realidade que tende a suceder a pandemia. E mais que isso. O órgão também viu vantagens em incorporar essa forma de realizar estágios a cursos predominantemente presenciais.

Nesse grande "tubo de ensaio regulatório", certamente houve experiências positivas e negativas. Independentemente disso, considerando que todos os planos de ação elaborados pelas IES deveriam ser comunicados à SERES, o órgão, agora, possui um rico material para acessar receitas que tendem a ser exitosas e, também, aquelas que provavelmente não funcionarão. E isso

de maneira conectada com distintas realidades, de modo a agregar uma *expertise* única para auxiliar as IES na escolha por uma ou outra ferramenta *vis-à-vis* o contexto no qual se insere.

Assim, se antes havia ausência de um fundamento empírico para que a SERES decidisse sobre a regulamentação de cursos sem qualquer atividade presencial, agora há (ou deveria ter) vasto material para tanto. Da mesma maneira, a nova dinâmica das relações de mercado a partir do cenário experimental também revela haver subsídio para a edição de uma nova normativa.

A esse respeito, quando houver acesso ao material disponível na SERES, será possível fazer um amplo debate sobre qual seria a melhor escolha. Mas o aprendizado mais curioso desse experimento parece ser justamente este: possivelmente o melhor é não haver decisão alguma.

Ora, se há incerteza de que uma solução poderia servir a todos, talvez o mais recomendável seja permitir várias. Isso desde que cada escolha esteja justificada nos Projetos Pedagógicos de Curso (PPC) correspondentes, haja alinhamento das tecnologias com a realidade local, a IES possa garantir o acesso de todos os estudantes às ferramentas escolhidas e, ainda, institua mecanismos para coibir fraudes – o que parece estar na pauta até para preservar a **credibilidade dos cursos**<sup>24</sup>.

24 Sobre o tema: <<https://noticias.r7.com/educacao/escolas-usam-tecnologias-para-conter-a-cola-online-01062021>>. Acesso em: 14.07.2021. Para experiências concretas, ver: <<https://esab.edu.br/reconhecimento-facial-nas-avaliacoes-de-cursos-superiores/>>; <<https://portal.unit.br/blog/noticias/unit-investe-em-reconhecimento-facial-na-aplicacao-de-provas-on-line/>>. Acesso em: 14.07.2021.

Sobre esse tópico, vale recordar os ensinamentos de Friedrich A. von Hayek na obra ***The Use of Knowledge in Society***<sup>25</sup>, a qual destaca os problemas de soluções monolíticas, de um planejador central, especialmente por ser impossível prever, de antemão, quais seriam as preferências de distintos consumidores expostos a realidades diferentes. O conhecimento sobre tais preferências não é único, perfeito ou estático, além de estar em constante modificação a partir dos avanços tecnológicos e das trocas entre os agentes envolvidos no contínuo processo de mercado.

Assim, apenas a constante experimentação é que permitiria definir o que funciona ou não para determinado mercado em determinado momento, dada sua natureza difusa.

Se levarmos em consideração que a pluralidade de concepções pedagógicas e a liberdade de ensinar são princípios fundamentais do ensino, de acordo com o art. 206, II e III, da Constituição Federal, talvez construir normas permeáveis a permitir sua eclosão, alavancadas pela livre iniciativa das IES (art. 209 da CF), seja uma ótima forma de atuação da SERES e INEP para o futuro da regulação setorial no período pós-pandemia, valorizando as experiências difusas.

O ponto é que, nesse meio tempo, a ausência de regulamentação específica não pode servir de óbice à implantação dos cursos não presenciais. Como já mencionado quando tratamos da educação básica, a Lei nº 13.874/2019 e o Decreto nº 10.229/2020 podem ser importantes aliados para que as IES tenham reconhecido o seu direito a experimentar

em uma *sandbox*, obtendo maior segurança de que não serão sancionadas por isso.

## Avaliações externas virtuais podem contribuir para a qualidade do ensino?

Como indicado, o marco regulatório do EAD optou por conferir autonomia às IES para decidirem sobre a criação de Polos, sem que esses se sujeitem a avaliação obrigatória prévia ou posterior. De maneira alguma se pretende discutir o acerto dessa escolha nesse espaço, mas, apenas, refletir se a adoção de um modelo intermediário que empregue avaliações externas virtuais como um instrumento adicional não poderia agregar algo ao desenvolvimento de cursos EAD.

As avaliações externas virtuais *in loco* foram instituídas pela Portaria INEP nº 165/2021 (Portaria 165) e regulamentadas pela Portaria INEP nº 183, de 23.04.2021. De acordo com os referidos atos, o mecanismo se aplica à avaliação *in loco* necessária ao credenciamento institucional e à autorização de todos os cursos superiores, à exceção daqueles de medicina, direito, odontologia, psicologia e farmácia, que se submeterão apenas ao ato presencial. Para além de não se aplicar a essas autorizações ou para subsidiar atos de reconhecimento de cursos, por ora, a ferramenta também não será testada em processos de credenciamento institucional, por previsão expressa do

25 HAYEK, Friedrich A. *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*, XXXV, No 4, Setembro 1945.

art. 4º, § 3º da Portaria nº 165 – que seguem suspensos por força da Portaria MEC nº 796/2020.

Mesmo com algumas limitações, ao longo dos meses de maio e junho de 2021, houve um total de 670 avaliações *in loco*, das quais 531 ocorreram na **modalidade virtual**<sup>26</sup>, número esse que se pretende aumentar gradualmente até atingir a marca de 5.000 até **outubro de 2021**<sup>27</sup>. Se isso ocorrer, haverá um acréscimo proporcional de 25% da capacidade institucional ordinária de o INEP realizar visitas, dado esse que tende a ser muito maior se a ferramenta for incorporada, irrestritamente aplicada e o período de testes (moroso) for excluído da análise. É muita coisa.

A julgar pelo contexto, as avaliações externas virtuais *in loco* possuem um potencial transformador, especialmente pelo seguinte: **(i)** o instrumento oferece ganhos quantitativos, que têm o potencial de tornar os processos de avaliação e regulatórios mais ágeis; o que tende a trazer **(ii)** ganhos qualitativos, pois aproxima o “retrato” da IES e do curso que consta dos formulários eletrônicos da realidade que os avaliadores têm acesso; e **(iii)** o instituto goza da preferência das IES.

Relativamente ao primeiro ponto, o art. 3º, IV, da Portaria INEP nº 165/2021 destaca que um dos propósitos dos atos

virtuais *in loco* é “*dirimir elementos de ordem logística que afetam a realização das avaliações*” que, não raro, são os responsáveis por atrasos nos processos regulatórios. De fato, o instrumento tem o potencial de solucionar os recorrentes adiamentos de visitas em função de incompatibilidades ou dificuldades de agenda dos avaliadores, com expressivos benefícios de tempo às IES, reduzindo, também, o estoque de processos paralisados no MEC.

Quanto ao segundo ponto, as avaliações têm como um de seus objetivos “*viabilizar novas formas de interação entre IES e comissões avaliadoras de forma síncrona, com a garantia de condições para o registro fiel e circunstanciado das evidências de oferta educacional, seus insumos e processos, pelas comissões*” (art. 3º, II, da Portaria INEP nº 165). Nesse sentido, como o ato é gravado, na forma do art. 4º da Portaria INEP nº 183/2021, há maior segurança jurídica à IES de que as conclusões dos avaliadores poderão ser reexaminadas em caso de **avaliações insatisfatórias**<sup>28</sup> e, também, aos avaliadores, que terão elementos para amparar suas conclusões.

A adesão das IES à nova figura é particularmente importante. A rigor, as instituições poderiam ter tentado protelar a realização de avaliações indefinidamente e, com isso, garantir a possibilidade de operar longe dos olhos do MEC. O fato de

26 Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/modalidade-virtual-viabiliza-670-avaliacoes-desde-abril>>. Acesso em: 14.07.2021.

27 Disponível em: <<https://abmes.org.br/noticias/detalhe/4333/avaliacao-externa-virtual-e-um-marco-na-educacao-superior>>. Acesso em: 15.07.2021.

28 Vale mencionar que o resultado das avaliações pode ser objeto de recurso para a Comissão Técnica de Acompanhamento da Avaliação (CTAA) do INEP, a ser interposto pela IES ou pela SERES, visando à reforma do conceito atribuído pelo relatório de visita *in loco*. Como o ato tende a ser gravado, há uma maior *accountability* dos avaliadores, que tendem a ser ainda mais cuidadosos em suas conclusões à vista de poderem ser revistas com base empírica em sede recursal, dificultando o emprego de justificativas lacônicas ou que se desviem do fim para o qual foram criadas.

as IES terem se posicionado a favor do modelo e se engajado em sua implantação sugere, então, que não há receio em receber o regulador e expor seus projetos pedagógicos para que sejam discutidos no espaço adequado.

É claro que há desafios. A avaliação realizada de forma remota, quando em comparação com a presencial, em tese implica ao menos o seguinte: **(i)** menor pessoalidade no ato, com redução das interações entre avaliadores e comunidade acadêmica, diminuindo a possibilidade de capturar percepções para além dos participantes do ato, que são previamente selecionados pela própria IES; e **(ii)** possíveis defasagens para compreender a realidade da IES em sua complexidade, sobretudo de alguns elementos associados à dimensão da infraestrutura física, especialmente relativos à adequação das instalações e a percepção sensorial nas salas.

Em que pese haver pontos negativos, ter alguma avaliação o quanto antes indiscutivelmente é melhor do que a espera indefinida por receber aquela ideal. Além disso, por mais que algumas insuficiências possam passar despercebidas pelo ato remoto, elas não estão imunes à supervisão e sempre poderão ser examinadas a partir de reclamações e denúncias, que podem ser livremente formuladas pela comunidade acadêmica quando entender que o resultado da avaliação não corresponde à realidade.

Trata-se, assim, de adotar uma solução que inverta o ônus do tempo decorrente da fragilidade das capacidades institucionais do Estado: será do próprio MEC o ônus de apurar problemas não identificados na avaliação o quanto antes, sem sujeitar as IES a aguardar indefinidamente para receber uma avaliação. Afinal, é do Poder Público a obrigação de supervisionar o ensino.



Esse conjunto de fatores sugere, então, que a avaliação externa virtual *in loco* poderia ser uma excelente aliada para contribuir com a melhoria qualitativa dos cursos, tanto EAD como presenciais. Ora, se houver maior capacidade institucional para realizar as visitas, em breve o estoque tende a ser zerado e, com isso, seria possível remodelar o referido ato para que ocorresse com maior frequência, visando a acompanhar o desenvolvimento de iniciativas para superar dificuldades encontradas ou mesmo supervisionar a implantação de projetos pioneiros e inovadores.

Essa reestruturação deveria vir acompanhada de uma mudança de abordagem por parte da SERES e do INEP, de modo que a avaliação se aproximasse das IES para compreender suas realidades e contribuir para uma melhoria de seus próprios processos. Nessa linha, caso realmente se revele uma ferramenta ágil, barata e efetiva, a avaliação externa virtual *in loco* tende a ser um mecanismo essencial para devolver o protagonismo das avaliações às IES, na forma da Lei nº 10.861/2004, que criou o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior.

## CONCLUSÃO

Depois de um período conturbado, em que tanto reguladores quanto instituições de ensino de todo o mundo se viram compelidas a “recalcular a rota”, chegou a hora de tomar um momento para analisar de forma crítica as falhas e os acertos nessa trajetória. Nesse contexto, o “novo normal” no setor de educação passa pela inevitabilidade de incorporar as inovações

disruptivas, intrinsecamente ligadas à ampliação das formas e uso intensivo da tecnologia.

As soluções encontradas durante a pandemia da Covid-19 demonstraram que é possível desenvolver modelos de ensino mais dinâmicos, que sejam capazes de diversificar as propostas e técnicas pedagógicas, mantendo ou mesmo elevando o padrão de qualidade da educação. Frente aos avanços das tecnologias e as demandas das novas gerações, o processo educativo tradicional abre espaço para estratégias mais adequadas à nova realidade.

Contudo, para que os ganhos nesse processo tenham perenidade, é necessário que o regulador ofereça segurança para que os agentes do mercado experimentem o novo. Ou seja: devem criar mecanismos regulatórios para viabilizar e mais, incentivar inovações aplicadas à educação, reconhecendo às instituições a prerrogativa de decidir quanto à modalidade e aos métodos de ensino a empregar, sob condições de responsabilidade dinâmica (SABEL, ZEITLIN, 2012).

Para além da implementação de alterações em dispositivos da LDB que restringem o uso do EAD no ensino básico a situações emergenciais (em especial o art. 32, § 4º), em paralelo, seria importante revisar os normativos já emitidos nas circunstâncias críticas, visando a identificar pontos para aprimoramento e garantir maior segurança jurídica para as escolas e IES.

Iniciativas legislativas nessa e em outras frentes são bem-vindas, mas, dada a complexidade e morosidade nesse

processo, não se pode depender somente delas. Por isso, é fundamental que MEC, SERES, CNE, CEEs e CMEs reconheçam o direito das instituições de incorporar tecnologia em seus processos, ainda que de forma temporária, criando redes de articulação e acompanhamento da evolução das diferentes iniciativas aplicadas a realidades distintas.

A via de mão dupla entre reguladores e regulados deve se dirigir à construção conjunta e cooperativa de instrumentos eficientes e equilibrados de diagnóstico das experiências adotadas e elaboração de planos de superação, destinados à inclusão definitiva da inovação tecnológica na prática pedagógica, como uma verdadeira política pública.

Revela-se primordial, portanto, a criação de um ecossistema regulatório que privilegie maior flexibilidade e o diálogo sobre as possibilidades vislumbradas diante de dados empiricamente coletados, a partir de uma mudança de leitura da função regulatória no ensino: construir arranjos mais pragmáticos a partir da experimentação e promoção de sinergias público-privadas (COUTINHO: 2015, p. 166), que permitam efetivar em maior medida o direito à educação.

Há um grande potencial ainda inexplorado com relação a possíveis trajetórias a serem percorridos nos processos de ensino e aprendizagem. Para que seja definitivamente desbravado, é fundamental compreender que o enfrentamento aos próximos desafios do setor educacional deve partir de soluções multidimensionais, superando entraves regulatórios (cooperativamente ou à força) que não encontram mais ressonância na realidade.

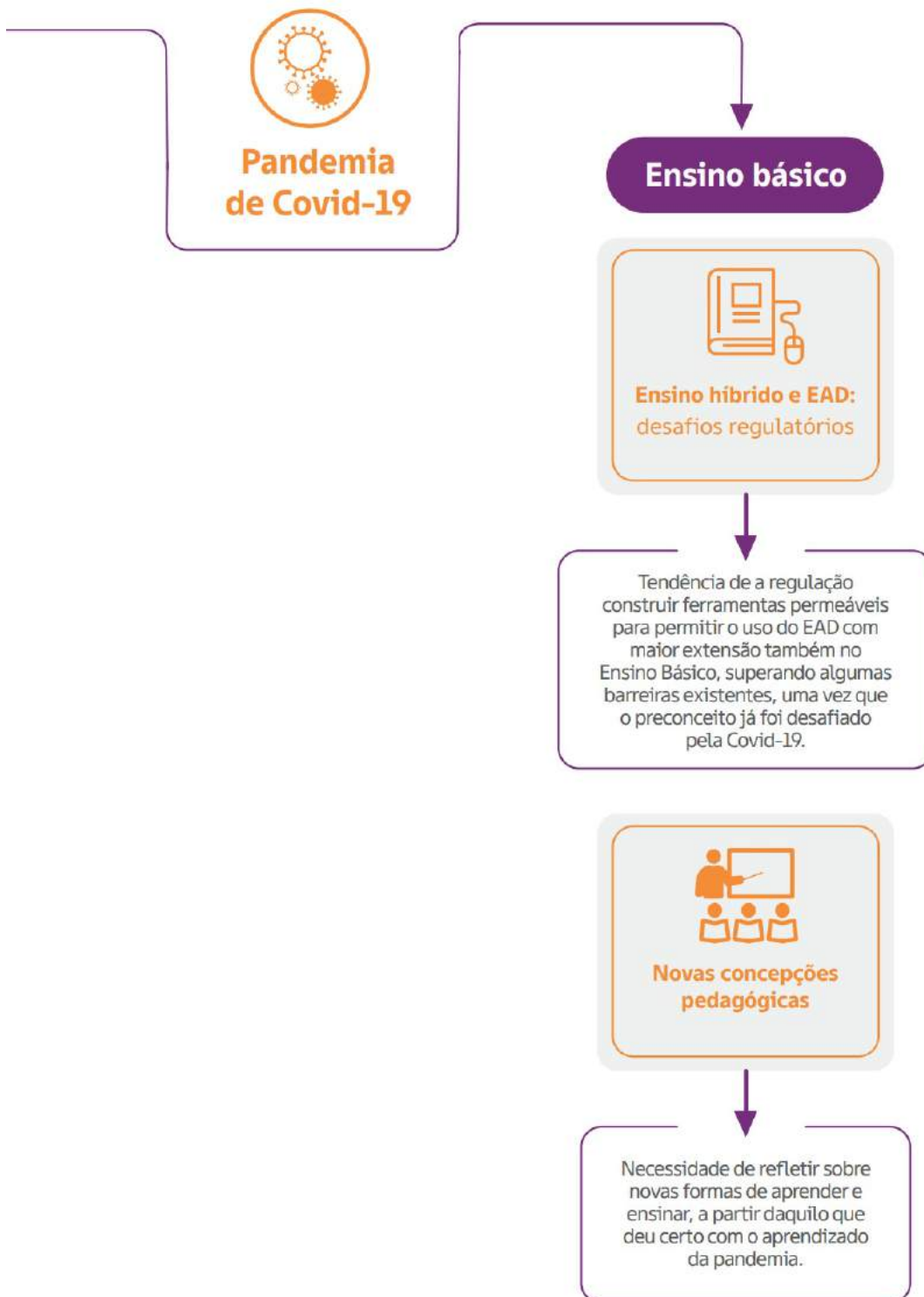
## Referências bibliográficas

- COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito Econômico e Desenvolvimento Democrático: Uma Abordagem Institucional. Tese apresentada a Concurso de Titularidade* – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.
- FEIGELSON, Bruno; LEITE, Luiza. *Sandbox: experimentalismo no direito exponencial*. São Paulo: RT, 2020.
- HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, XXXV, No 4, September 1945
- SABEL, Charles F. SIMON, William. *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 100, p. 53, 2011.
- SABEL, Charles F. ZEITLIN, Jonathan. *Experimentalist Governance. The Oxford Handbook of Governance*. Oxford University Press, 2012.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Editora Nova Cultural: 1997.
- SILVEIRA, Henrique Lago da. *Regulação e Financiamento do Ensino Superior Privado: teoria e prática do sistema brasileiro à luz do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016.


Resumindo este capítulo | **O desafio de aprender com a pandemia: como transformar as adaptações necessárias para enfrentar a crise em melhorias à regulação do setor educacional**

Pluralidade  
de ideias e  
concepções  
pedagógicas









## A governança familiar como um mecanismo de perpetuação patrimonial e viabilização da atividade filantrópica

Alessandro Amadeu da Fonseca, Beatriz de Almeida Borges e Silva, Rafael Magnotti Miyaoka, Rafaela Cutolo Marchese e Luana Fajnzylber Ammar

## Introdução

Frequentes são os casos em que indivíduos com patrimônios vultuosos vêm a falecer sem deixar qualquer tipo de estrutura ou regulamentação que assegurem que a transferência de patrimônio às futuras gerações ocorra de forma mais pacífica ou que visem à perpetuação do patrimônio e do legado familiar. Nesses casos, aumenta-se o risco de desentendimentos e desgaste das relações familiares e/ou empresariais, dada a ausência repentina daquele que concentrava o poder decisório e harmonizador no âmbito dos negócios da família.

O processo de delegação dos poderes de gestão, acompanhado do devido treinamento de alguns ou de todos os sucessores, ainda durante a vida do patriarca ou matriarca, mostram-se importantes elementos facilitadores para a compreensão e capacitação da família, como um todo, para que a transição geracional de patrimônio e poder decisório ocorra de maneira harmônica. Processos como esse devem observar o tempo e características da família e, em geral, ocorrem de forma a assegurar a delegação gradual dos poderes políticos por meio da implementação de regras de governança familiar-corporativa. Não raro, processos como esse contam com o apoio e engajamento dos membros da família e do corpo diretivo da empresa, propiciando um ambiente favorável à continuidade e sucesso dos negócios.

Diversas famílias brasileiras obtiveram grande êxito em disseminar e perpetuar o seu legado, de geração em geração, e hoje colhem os frutos desse processo – que não é natural e demanda grande

dispêndio de energia e tempo para sua estruturação e assimilação. Nesse planejamento, devem ser levadas em consideração inúmeras variáveis, tais como a configuração familiar, residência fiscal dos indivíduos, o nicho dos negócios explorados e, principalmente, as vontades da família e suas particularidades.

Nesse contexto, é importante lembrar que, para além do patrimônio material (de extrema relevância), existe também aquele patrimônio intangível transmitido de geração em geração, e que merece um cuidado especial: os valores que permeiam a família e norteiam suas relações familiares e empresariais.

A inegável constatação de que vivemos em uma sociedade que ainda convive com diversos problemas sociais, permeada por setores cujo investimento se mostra insuficiente ou inexistente, motiva diversas famílias a direcionar recursos para a filantropia e/ou para o investimento social privado, com o objetivo de encontrar meios e formas de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e próspera, garantindo, ainda, aos seus descendentes, o fortalecimento e a transmissão de um legado familiar de responsabilidade social.

A intenção de uma família em fazer de seu investimento social um instrumento estratégico para a transformação da sociedade pode ocorrer por diversas razões, incluindo, por exemplo: **(i)** a intenção de ampliar e focar seu investimento social, compatibilizando suas ações com os valores da família; **(ii)** a vontade de honrar a memória de um membro da família, alinhado ao

investimento social; **(iii)** o anseio de sistematizar as doações dispersas feitas por membros da família; **(iv)** a intenção de criar um senso de pertencimento e propósito no grupo familiar, por meio do empreendimento social; **(v)** a perpetuação da reputação familiar, dentre outros.

Para tanto, existem diversas ferramentas e instrumentos jurídicos que permitem a devida estruturação de veículos voltados ao investimento social, de acordo com os perfis e intenções de cada família. O presente artigo tem por objetivo apontar brevemente as ferramentas que podem auxiliar famílias a internalizar e colocar tais iniciativas em prática, de maneira organizada, viabilizando a perpetuidade de seus principais valores. Assim, veremos que tal estruturação passa por dois principais núcleos: **(i)** seu alinhamento com a governança corporativa e familiar; e **(ii)** a escolha da melhor forma (jurídica e prática) para a consecução da prática filantrópica dentro do contexto familiar.

## Governança: mecanismo para perpetuar

A governança consiste na utilização de ferramentas e instrumentos que servirão de alicerce às práticas e relações futuras entre determinado grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, no que diz respeito a determinado(s) ativo(s) por elas detido(s) de maneira conjunta. Dentro do contexto de cada grupo familiar, a associação dos mecanismos de governança corporativa aos de governança familiar permitirão a longevidade do patrimônio construído

e dos valores a serem transmitidos às gerações futuras e à sociedade.

## Governança corporativa

A definição de normas de governança corporativa é essencial para assegurar a organização, transparência e legitimidade necessárias para a perpetuação dos ativos familiares individualmente considerados, bem como do negócio familiar em geral. Por isso é importante que os membros da família compreendam a relevância que a governança corporativa assume e de como implementá-la no patrimônio existente, conforme as peculiaridades aplicáveis a cada cenário familiar.

Assim, e em linhas gerais, a governança consiste no estabelecimento de instâncias de controle, regras de divulgação e fiscalização, monitoramento e participação dos familiares nos bens que integram o negócio familiar, aproximando os sócios ou acionistas da administração. Caso o objeto da governança não seja uma empresa propriamente dita, mas um fundo de investimento, por exemplo, a governança compreenderá regras específicas destinadas a assegurar os objetivos da família, observadas as particularidades do ativo em questão. Ou seja, independentemente da natureza jurídica do ativo familiar, o objetivo da criação de regras de governança envolve a profissionalização, independência e regramento da estrutura, reduzindo as chances de que esta fique sujeita a conflitos familiares.



O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa lançado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa ("IBGC") enumera alguns instrumentos societários a serem utilizados, em acréscimo àqueles previstos legalmente, para que se atinjam boas práticas, tais como a estruturação de um conselho de administração, diretoria, comitê de auditoria, conselho fiscal, auditoria independente, auditoria interna, código de conduta, canal de denúncias, dentre outros.

Ainda de acordo com o IBGC, esses instrumentos, de modo geral, devem se pautar em quatro princípios básicos: **(i) transparência:** preconiza a disponibilização, às partes interessadas, das informações que lhes possam interessar com relação ao ativo em questão (além das impostas por leis ou regulamentos); **(ii) equidade:** refere-se ao tratamento isonômico entre os *stakeholders*, levando em conta as peculiaridades da posição de cada um deles; **(iii) prestação de contas:** estabelece a necessidade de prestação

de contas por parte dos agentes de governança quanto à sua atuação; e **(iv) responsabilidade corporativa:** refere-se ao dever de cuidado dos agentes de governança em relação à viabilidade econômico financeira das entidades.

Com base nos princípios citados, os instrumentos pertinentes trarão aos ativos familiares benefícios hábeis a permitir sua perpetuação e, conseqüentemente, a perenidade dos recursos familiares e das atividades de investimento social pela família, garantindo a manutenção de seu legado através das gerações. Por isso, a governança corporativa deverá ser pensada em conjunto com a governança familiar, de modo a garantir a devida sinergia entre esses dois âmbitos do planejamento.

## Governança familiar

A governança familiar auxilia na tomada de providências para garantir o bom funcionamento das entidades familiares, evitando que as relações familiares, complexas que são, se deteriorem.



Exemplos de mecanismos de governança familiar são **(i)** o estabelecimento de regras para nortear as diretrizes da família; **(ii)** elaboração de documentos para viabilizar as intenções dos patriarcas e matriarcas a serem transmitidos às gerações seguintes; **(iii)** a constituição de estruturas que servirão como foro de discussão e deliberação (como um conselho ou assembleia familiar); **(iv)** a estruturação de um *family office* ou de serviços de *concierge*; **(v)** a criação de diretrizes para garantir a gestão do patrimônio na hipótese de eventual incapacidade civil de um membro da família; **(vi)** regras de uso de patrimônio familiar comum; e **(vii)** política de desenvolvimento e treinamento das futuras gerações, entre outros.

São diversas as matérias passíveis de organização dentro do escopo da governança familiar, sendo que, para o que aqui importa, serão abordados mais detalhadamente dois de seus principais instrumentos que viabilizam a concretização dos desígnios filantrópicos da família: o protocolo de família e o testamento.

## Protocolo de família

O protocolo de família é um documento celebrado entre os familiares para estabelecer, por exemplo, seus princípios e valores orientadores, disposições acerca de condutas voltadas à filantropia e ações sociais, diretrizes de governança corporativa para os ativos familiares e políticas de envolvimento das futuras gerações nos negócios, podendo ser estipulados, inclusive, requisitos relacionados à formação acadêmica e profissional dos membros da família como condição para ocupação de determinados cargos, treinamentos, regras de participação gradual nas decisões afetas aos ativos e assim por diante. É comum que o documento leve outras nomenclaturas, como por exemplo, acordo familiar ou código de ética familiar.

Como o protocolo de família abordará os compromissos morais dos respectivos membros e as diretrizes para as novas gerações, o mais recomendável é que os membros da família sejam convidados

a opinar sobre as matérias basilares no momento da elaboração do documento, de modo que as previsões do protocolo efetivamente reflitam o acordado entre as partes, tornando possível a sua plena aplicação dentro do contexto familiar sem a necessidade de ajustes frequentes, ou seja, assegurar a representatividade dos membros familiares na discussão e formulação desses mecanismos gera engajamento e pertencimento, fundamentais para garantir a perenidade das boas relações familiares.

Evidentemente, as futuras gerações deverão, de forma gradativa, participar das reflexões então levadas a efeito, para que internalizem os valores e condutas familiares estabelecidos assegurando que a realidade e características de cada geração seja refletida nas políticas instituídas.

Ou seja: o protocolo familiar deverá ser atualizado com o passar do tempo, de modo a garantir seu fiel alinhamento aos valores da família a cada geração, propiciando um processo contínuo e participativo de formação, integração e conscientização de seus membros.

A estipulação de diretrizes quanto ao exercício de práticas filantrópicas e altruístas pelas futuras gerações ou até mesmo a criação de um veículo específico para a estruturação e profissionalização dessas práticas poderão constar do protocolo de família, garantindo a ciência formal dos membros familiares acerca dos intentos afetos ao investimento social daquele núcleo. Sem prejuízo de eventuais ajustes para futura ampliação daquilo que tenha sido disposto inicialmente como

missão familiar, é possível estabelecer, por exemplo, áreas de atuação específicas para a prática filantrópica e as razões que motivam tal direcionamento, incentivando a sua preservação.

Nesse contexto, poderão ser instituídas atividades voltadas à educação da família no que diz respeito à atuação social, visando à criação de uma noção de pertencimento e união, não unicamente pelos laços familiares, mas ainda pelo propósito de fazer o bem. A criação de tal percepção é benéfica não apenas para a sociedade civil como um todo, mas também para o funcionamento interno da própria família, na medida em que gera um senso de identificação e de responsabilidade relevante para as gerações futuras, cada vez mais preocupadas com a utilização direta do patrimônio familiar também a serviço da sociedade.

## Formas de implementação da prática filantrópica dentro do contexto familiar

O protocolo de família tem a finalidade de definir e sedimentar as principais diretrizes familiares, sendo, por isso, uma espécie de contrato guarda-chuva sob o qual deverão ser implementadas as estruturas necessárias a lhe conferir concretude e exequibilidade.

A partir de seus princípios, valores e preferências, cada família poderá eleger o(s) setor(es) de investimento social privado e



filantropia com os quais mais se identifica. Com essa reflexão inicial, será possível pensar na forma jurídica e nos veículos mais adequados para sua implementação, a exemplo das fundações, associações, fundos patrimoniais (*endowment*), fundos de investimento multimercado com foco em investimento social privado ou, até mesmo, estruturas constituídas no exterior.

É possível, ainda, viabilizar atividades filantrópicas sem a constituição de uma estrutura propriamente dita, por meio da realização de liberalidades periódicas pelos membros da família a determinadas instituições que prestem serviços sociais.

A escolha de uma ou outra forma de efetivar a prática filantrópica varia de acordo com as particularidades de cada família no que diz respeito à sua configuração e estruturação, relacionamentos existentes entre as pessoas que dela fazem parte, ativos que compõem o patrimônio familiar, intenções afetas ao envolvimento com a filantropia e assim por diante.

Assim, algumas reflexões podem ajudar as famílias na definição da forma mais adequada para implementação da atividade filantrópica, como: **(i)** quais ativos ou rendimentos serão destinados ao investimento social?; **(ii)** por quem é detido o patrimônio que será direcionado à prática filantrópica? **(iii)** há interesse em um setor específico (e.g., educação, saúde, cultura)?; **(iv)** a atuação filantrópica consistirá em uma prática a que se pretende atribuir perenidade e longevidade, como um legado familiar a ser perpetuado?; **(v)** há interesse de que haja ingerência nas atividades

custeadas com o patrimônio destinado à filantropia?; **(vi)** se está diante de uma família ordenada que poderá se submeter a exigências burocráticas documentais ou fiscalização do Ministério Público?; **(vii)** estaria a família disposta a despende até quais valores para custeio de eventual estrutura?; **(viii)** qual o país de residência das pessoas envolvidas e dos ativos que custearão a estrutura?

As respostas às perguntas acima e a outras que se mostrarem pertinentes conforme as peculiaridades do caso específico deverão ser ponderadas conjuntamente com os assessores legais da família, para que se possa, então, escolher a forma mais adequada para o exercício da prática filantrópica pela família.

A título de exemplo, caso o instituidor da estrutura tenha domicílio fiscal no Brasil, poderá não ser eficiente a estruturação de veículo filantrópico no exterior, uma vez que a carga tributária aplicável às remessas ou doações para outra jurisdição poderá, em determinados casos, ser significativamente superior a aplicável aos aportes realizados em estrutura nacional.

Por outro lado, para uma família que deseja participar do dia a dia da instituição, é importante ponderar que há mais liberdade na administração de uma associação do que de uma fundação, sobretudo considerando a fiscalização do Ministério Público.

Caso após a análise do cenário familiar se entenda fazer mais sentido uma atuação filantrópica menos estruturada e rígida, há a possibilidade de realização de liberalidades pontuais como, por

exemplo, fundos municipais, estaduais ou federais ligados ao Estatuto da Criança e do Adolescente, aos Conselhos do Idoso e a iniciativas de incentivo à cultura, audiovisual e esporte, aproveitando-se, até mesmo, de benefício de dedução do imposto de renda.

A bem da verdade, são infinitas as possibilidades, cenários e interesses a serem considerados, sendo certo que apenas uma avaliação realizada caso a caso possibilitará a escolha do caminho mais adequado a ser seguido para cada família. Como se verá a seguir, há a possibilidade, inclusive, de realizar a atuação filantrópica *post mortem*.

## Testamento

Um instrumento comumente utilizado no contexto da governança familiar é o testamento, ato de disposição de última vontade por meio do qual, dentre as diretivas de vontade do testador, poderão ser estabelecidos mecanismos filantrópicos, a exemplo da destinação de legados e da instituição de fundações.

## Destinação de legados

A figura do legado refere-se à disposição testamentária por meio da qual o testador destina um ou mais bens individualizados, assemelhando-se, em alguns aspectos, a uma doação, com a principal diferença de que o recebimento do legado produz efeito apenas com a morte daquele que fez a liberalidade.

A destinação de legados via testamento é uma opção simples por não envolver custos expressivos, tampouco muitas burocracias e é um instrumento para promover a filantropia, na medida em que pode beneficiar as fundações ou as associações sem fins lucrativos. Ainda, se o testador pretender arcar inclusive com o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação ("ITCMD") que é devido pelo beneficiário ao receber o legado, é possível prever no testamento que todos os custos para as entidades



filantrópicas que recebem o(s) bem(ns) legado(s) correrão às custas do espólio.

Além do legado a uma entidade filantrópica, é possível a estipulação de legado com a atribuição de encargo ao beneficiário. A título de exemplo, é possível legar um terreno a alguém, atribuindo-lhe o encargo de construir um asilo no local ou, ainda, destinar uma quantia de valores mobiliários a um legatário, incumbindo-lhe de administrar uma associação de amparo a algum grupo de pessoas vulneráveis.

Naturalmente, como essa disposição testamentária pode representar um fardo ao legatário, admite-se que ele recuse o recebimento do legado e, por consequência, o encargo. Desse modo, muitas vezes poderá ser mais efetiva a destinação direta de um legado a uma determinada instituição filantrópica, livre de encargos, garantindo-se maior probabilidade de que as intenções do testador sejam efetivadas.

## Instituição de fundações por via testamentária

Além dos legados, é possível determinar, via testamento, a constituição de uma figura filantrópica mais estruturada, a fundação, realizando a dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

O patrimônio destinado para a instituição da fundação deve ser suficiente para a

realização do fim a que ela se destinará, o que naturalmente não afasta a possibilidade de a fundação contar com outras fontes de recursos para o incremento de suas atividades ou para o aumento de seu patrimônio. O que se exige é que o patrimônio inicialmente disponibilizado (dotação inicial) para a consecução de determinado fim seja suficiente para atender a esse propósito.

Em linhas gerais, a fundação exige a afetação de um patrimônio, destinando-o a um fim que será, a princípio, imutável e alinhado com o escopo de atividade social pretendido pelo testador.

Em relação à maneira de administrar a fundação, pode ser determinado, por exemplo, que a fundação terá à frente de sua gestão alguns de seus descendentes ou outro grupo de pessoas que desejar. Da mesma forma, poderão ser já ser estabelecidos no testamento mecanismos de governança, ou ao menos diretrizes a serem observadas na fundação.

É importante ressaltar que os bens de uma fundação privada, uma vez constituída, não pertencem mais aos seus instituidores, nem aos seus conselheiros ou seus dirigentes, passando a ter domínio social. Por isso, a administração desses bens deve visar exclusivamente à realização da função social para a qual foram dotados.

Ainda, justamente em razão da preponderância do aspecto social, as fundações são fiscalizadas pelo Ministério Público, que atuará como garantidor do cumprimento da vontade do instituidor, sem, em tese, interferir na gestão regular da fundação.

## CONCLUSÃO

Conforme exposto, a governança familiar se mostra um relevante, senão fundamental, instrumento para a definição dos princípios e valores orientadores de uma família e atua, a um só tempo, como mecanismo de viabilização e de perpetuação da atividade filantrópica, especialmente quando associada a regras e instrumentos de governança corporativa que corroborem a sua existência e manutenção.

Há, para tanto, diversas ferramentas e instrumentos jurídicos que permitem a devida estruturação de veículos voltados ao investimento social, de acordo com os perfis e intenções de cada família e com o momento em que se pretende concretizar o desenvolvimento da atividade filantrópica – em vida ou mesmo após a morte.

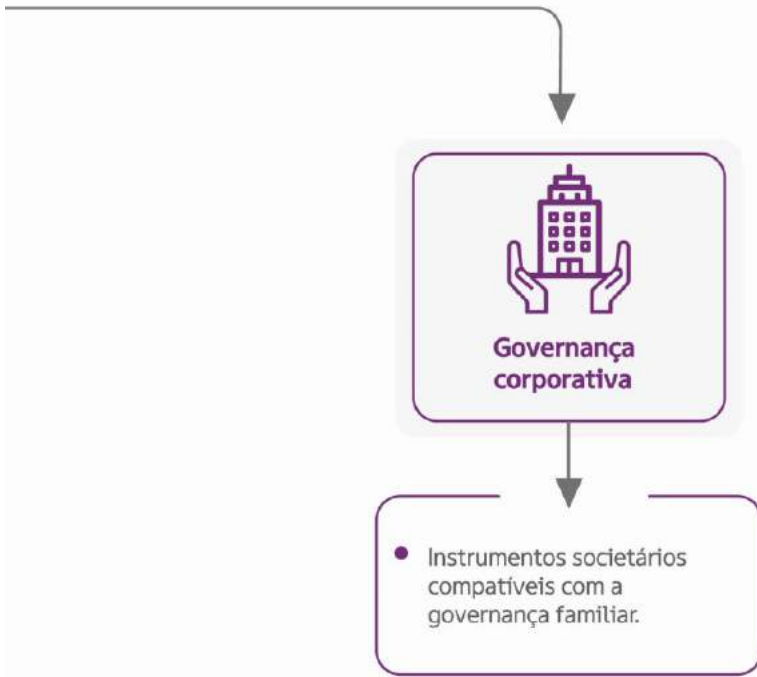
Independentemente da forma de consecução, certo é que todos os meios de compatibilizar interesses eminentemente privados com compromissos sociais mostram-se louváveis e, a cada dia, mais frequentes.





## Resumindo este capítulo | A governança familiar como um mecanismo de perpetuação patrimonial e viabilização da atividade filantrópica











---

## CEBAS e o atual posicionamento do STF

Flavia Regina de Souza Oliveira, Ariane Costa Guimarães,  
Marília Lofrano e Maria Gabriela Farah Nassif de Moraes

## Introdução

Dentre os principais temas jurídicos que circundam a realidade das entidades sem fins lucrativos, ganham destaque as questões relacionadas à imunidade de contribuições para a Seguridade Social, prevista no artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, bem como a obtenção da Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (**CEBAS**) e a necessidade de as entidades cumprirem os requisitos de certificação estabelecidos pela legislação brasileira: até então a Lei nº 12.101/2009, mesmo que formalmente inconstitucional e recentemente revogada pela Lei Complementar nº 187/2021.

A importância do tema decorre da desoneração tributária vinculada à referida Certificação, significativa para a rotina operacional das entidades, as quais já estão acostumadas a desenvolver atividades de excelência com orçamentos bastante enxutos. Assim, a imunidade às contribuições para a Seguridade Social configura importante retribuição e reconhecimento do Estado pelo benefício que os serviços de educação, assistência social e saúde prestados pelas entidades certificadas oferece à sociedade.

Porém, o procedimento de obtenção do CEBAS não é simples e, por vezes, demanda considerável esforço das entidades para cumprimento de requisitos legais inviáveis na prática, os quais devem ser comprovados em processo administrativo bastante burocrático, no âmbito dos Ministérios certificadores (a depender da área de atuação da entidade que pretende se certificar). Além disso, o cumprimento

dos requisitos e o procedimento de certificação em si perpassam aspectos jurídicos relevantes, os quais são objeto de discussão há muitos anos.

Considerando os contornos que o Supremo Tribunal Federal (**STF**) deu ao tema nos últimos anos, o presente artigo busca analisar o regime de imunidade das entidades sem fins lucrativos às contribuições para a Seguridade Social, em especial a partir dos entendimentos formalizados pelo STF sobre a exigência do CEBAS para a fruição dessa imunidade, além de promover reflexões sobre as perspectivas de avanços que a matéria ainda pode alcançar.

## O regime tributário de imunidade e a exigência de Lei Complementar

Inicialmente, ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois regimes tributários aplicáveis às entidades sem fins lucrativos, quais sejam: a imunidade e a isenção. Tais institutos são definidos por Regina Helena Costa, em referência às lições de Paulo de Barros Carvalho:

**Imunidade**, (...) é **norma constitucional impeditiva** da existência de competência tributária em relação a certas pessoas, situações ou bens. A **isenção**, por sua vez, deve ser entendida – em razão da crítica consistente de Paulo de Barros Carvalho – como **norma**



**infraconstitucional impeditiva da atuação da hipótese de incidência tributária, por ir de encontro a um ou mais aspectos desta.**<sup>1</sup> (g.n.)

A título de mera diferenciação – considerando que esse regime não é objeto de análise aprofundada pelo presente estudo –, as isenções tributárias são aquelas instituídas por lei e, nos termos do **artigo 175<sup>2</sup>** do Código Tributário Nacional (**CTN**), constituem um dos tipos de exclusão do crédito tributário, ou seja, podem ser entendidas como verdadeiro **favor legal<sup>3</sup>** e passíveis de revogação pelo legislador infraconstitucional a qualquer tempo. Assim, em se tratando de normas infraconstitucionais, as isenções são tratadas de modo esparsos, de acordo com as legislações de cada tributo, no âmbito federal, estadual ou municipal.

Por sua vez, as imunidades – regime tributário no qual nos debruçaremos – podem ser definidas como a incompetência expressa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de instituir tributos sobre determinados atos, fatos e pessoas, desde que previstas de modo explícito na Constituição Federal. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê duas hipóteses de imunidade tributária para entidades sem fins lucrativos: (i) a **imunidade a impostos**, conforme artigo 150, inciso VI, alínea “c”; e (ii) a **imunidade às contribuições para a Seguridade Social**, nos termos do já mencionado artigo 195, parágrafo 7º.

De acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços

- 1 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. Teoria e análise da jurisprudência do STF, 3ª ed., rev., atual., e amp.: Malheiros, São Paulo, 2015, p. 115.
- 2 **CTN**: Art. 175. Excluem o crédito tributário: (...) I – a isenção; (...).
- 3 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 30ª ed., rev., amp. e atual. até a EC 84/2014: Malheiros, São Paulo, 2015, p. 1036.

dos partidos políticos e suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, e das **entidades de educação e de assistência social sem fins lucrativos**, atendidos os requisitos da lei. Referido instituto jurídico serve de base para a imunidade prevista pelo artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, a qual hoje é aplicável a um grupo mais restrito de entidades. Vejamos essas disposições constitucionais:

**“Artigo 195. (...)**

**Parágrafo 7º.** São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social **que atendam às exigências estabelecidas em lei**”. (g.n.)

Sendo assim, o presente artigo possui o recorte metodológico de analisar essa segunda hipótese de imunidade, qual seja, a **imunidade** às contribuições para a Seguridade Social, sob a ótica das exigências legais para seu reconhecimento e os desdobramentos do tema no STF.

## Imunidade de contribuições para a Seguridade Social

Da simples leitura do texto constitucional depreende-se que podem ser consideradas “isentas” às contribuições para a Seguridade Social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências legais.

Antes de se adentrar na análise de tais exigências legais, é preciso registrar que, embora o texto constitucional mencione, no artigo 195, parágrafo 7º, que as

entidades beneficentes são “isentas”, trata-se verdadeiramente de imunidade, tendo em vista as diferenças conceituais de ambos os institutos jurídicos, notadamente o fato de que, enquanto a imunidade opera no plano constitucional, a isenção é regulamentada apenas por lei infraconstitucional.

É a partir do entendimento de que o artigo 195, parágrafo 7º, prevê hipótese de imunidade que se travam os debates sobre a exigência de lei complementar para regulamentar as contrapartidas que as entidades devem cumprir para que possam fruir desse regime tributário. Isso porque, uma vez definida referida previsão constitucional como imunidade, tem-se caracterizada uma verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar e, a esse respeito, a Constituição Federal é categórica ao indicar qual instrumento normativo deve regulamentar a matéria:

**“Artigo 146. Cabe à lei complementar: (...)**

**II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.**” (g.n.)

O legislador originário optou por estabelecer que apenas a lei complementar pode regulamentar a matéria, em virtude da necessidade de quórum qualificado para sua aprovação. Nesse sentido, confere-se maior estabilidade ao tema, tornando-se mais difícil que o Poder Legislativo restrinja a aplicação da imunidade já garantida, o que proporciona maior segurança jurídica às entidades beneficentes imunes e também à parcela da sociedade beneficiada por sua atuação.

Vejamos trecho do acórdão que registra o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.802 pelo STF, que, embora aborde a imunidade a impostos, constrói raciocínio aplicável à imunidade das contribuições para a Seguridade Social, no que se refere à reserva de lei complementar:

*“Com o advento da Constituição de 1988, o constituinte dedicou uma seção específica às **“limitações do poder de tributar”** (art. 146, II, CF) e nela fez constar a imunidade das instituições de assistência social. Diante de tal fato, mesmo com a referência expressa ao termo “lei”, não há mais como sustentar que inexistente reserva de lei complementar. Com efeito, a Carta Magna estabeleceu, em seu art. 146, I, caber a lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Assim, o constituinte teve a preocupação de exigir quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação, com o propósito de dar estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras **nacionalmente uniformes e rígidas.**”<sup>4</sup> (g.n.)*

Resta evidente a necessidade de lei complementar para regular imunidades tributárias, papel esse cumprido pelo CTN e, mais recentemente, pela Lei Complementar nº 187/2021, publicada em dezembro/2021 como resultado de um longo processo de discussão legislativa sobre a matéria.

Como se sabe, o CTN foi recepcionado pela Constituição Federal como se lei complementar fosse, segundo **entendimento igualmente pacífico doutrinário e jurisprudencial**<sup>5</sup>. Assim, os requisitos para essa imunidade previstos pelo CTN são aqueles do artigo 14:

*“Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:*  
*I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*  
*II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*  
*III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.” (g.n.)*

Trazendo novos contornos ao tema, a recém-promulgada Lei Complementar nº 187/2021 estabelece requisitos bastante específicos para que as entidades desfrutem da imunidade em questão,

4 STF, Trib. Pleno. ADI 1.802. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/04/2018.

5 STF, Trib. Pleno. RE 562.276. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.11.2010, v.u: “O Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição de 1988 como nível de lei complementar por trazer normas que cumprem tal função. Em seu Livro II, dedicado justamente às Normas Gerais de Direito Tributário, disciplina a Legislação Tributária, a Obrigação Tributária, o Crédito Tributário e a Administração Tributária, em nada desbordando, pois, do que pretendeu o Constituinte.” (g.n.)

conforme será abordado. De imediato, observamos que a Lei Complementar já indica que *"regula os procedimentos referentes à **imunidade** de contribuições à seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal"*, corrigindo a equivocada nomenclatura "isenção" utilizada pela legislação anterior.

Portanto, da correta interpretação da Constituição Federal depreende-se que, para que uma entidade beneficente de assistência social possa usufruir da imunidade às contribuições para a Seguridade Social, deve cumprir os requisitos dispostos no artigo 14 do CTN e na Lei Complementar nº 187/2021.

No entanto, por muito tempo, não foi esse o entendimento formalizado pelas autoridades fiscais e pela jurisprudência ao analisarem casos concretos sobre a matéria, pois consideravam que, para o gozo dessa imunidade, era preciso comprovar a observância de contrapartidas dispostas em legislação ordinária. Nesse contexto, as discussões sobre a regulamentação da imunidade aplicável às entidades beneficentes de assistência social se intensificaram e foram levadas ao STF.

## Histórico de análise do tema pelo STF

O STF teve a oportunidade de analisar o tema em diferentes ocasiões. A matéria tomou grandes proporções ao longo das últimas décadas por ser de extrema relevância para as entidades sem fins lucrativos, pois a legislação ordinária extrapolou as disposições do CTN e

acabou por estabelecer contrapartidas bastante onerosas para que as entidades se desonerassem do recolhimento das contribuições para a Seguridade Social.

Em um primeiro momento, tais contrapartidas foram disciplinadas pela Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 55. Posteriormente, foi publicada a Lei nº 12.101/2009, que revogou o artigo 55 da Lei nº 8.212/1991 e regulamentou a matéria de forma bastante detalhada, trazendo maiores especificidades de contrapartidas. Considerando-se que ambas as leis são ordinárias e instituíram contrapartidas muito mais restritivas do que os requisitos indicados pelo artigo 14 do CTN, inúmeras discussões sobre a constitucionalidade das Leis nº 8.212/1991 e 12.101/2009 foram travadas no âmbito administrativo-tributário e judicial, motivo pelo qual o STF foi instado a se manifestar.

## Discussões de constitucionalidade da Lei nº 8.212/1991

A Lei nº 8.212/1991 dispõe sobre a organização da Seguridade Social de forma bastante ampla e apenas seu artigo 55 apontava os requisitos a serem observados para que as entidades sem fins lucrativos fossem consideradas imunes às contribuições para a Seguridade Social. Dentre eles, já constava a necessidade de serem portadoras do CEBAS – anteriormente denominado Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos –, então concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Ocorre que, já naquele momento, referidos requisitos configuravam verdadeiras contrapartidas a serem oferecidas pelas entidades sem fins lucrativos. Assim, a exigência do CEBAS para fruição da imunidade tributária tornou-se objeto de discussão por extrapolar o disposto no artigo 14 do CTN.

Veja-se que a simples obtenção da Certificação não consiste, por si só, no requisito mais oneroso trazido pela Lei nº 8.212/1991, pois a discussão decorre do fato de que, para que seja concedido o CEBAS às entidades, exige-se a observância de diversas contrapartidas onerosas e restritivas, configurando verdadeira limitação do direito à imunidade disposto no artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

Soma-se a isso o fato de referida onerosidade decorrer de disposições de lei ordinária, o que configura patente inconstitucionalidade por violação às disposições do artigo 146, inciso II, da Constituição Federal.

As alegações de inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991, bem como de sua posterior regulamentação infralegal, foram levadas ao judiciário em análise de casos concretos, até o momento em que a Sociedade Beneficente de Parobé apresentou a discussão ao STF por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.622. Diante da relevância da discussão para todo o setor, referido Recurso Extraordinário tornou-se *leading case* e passou a ser pautado como Tema nº 32 da Repercussão Geral, tendo sido julgado juntamente como as ADIs nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621.

Diga-se que, no julgamento das ADIs nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, importantes entendimentos foram consolidados pelo STF acerca do conceito lato sensu de assistência social prestada por entidades beneficentes, de modo a incluir entidades que se dedicam à saúde, educação e assistência social, bem como a afirmação do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal como inequívoca hipótese de imunidade tributária.

Ao analisar o RE nº 566.622, em um primeiro momento, o STF entendeu, por maioria e nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, pela **reserva exclusiva de lei complementar** para estabelecer os requisitos a serem observados no exercício do direito à imunidade, sendo a lei complementar o instrumento normativo apto a regulamentar a matéria. Vejamos o trecho do voto mencionado:

*“Da **necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias,** amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, resulta o **dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas,** inclusive a constitucional. **Daí advém a reserva absoluta de lei complementar,** conforme o artigo 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no § 7º do artigo 195, sob pena de negar seja a imunidade*

discutida uma “limitação ao poder de tributar”.

**Cabe à lei ordinária apenas prever requisitos que não extrapolem os estabelecidos no Código Tributário Nacional ou em lei complementar superveniente, sendo-lhe vedado criar obstáculos novos, adicionais aos já previstos em ato complementar. Caso isso ocorra, incumbe proclamar a inconstitucionalidade formal. Revelada essa óptica, **cumpre assentar a pecha quanto ao artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, revogado pela Lei nº 12.101, de 2009.**”<sup>6</sup> (g.n.)**

Assim, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1992:

**“Em síntese conclusiva: o artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, prevê requisitos para o exercício da imunidade tributária, versada no § 7º do artigo 195 da Carta da República, que revelam verdadeiras condições prévias ao aludido direito e, por isso, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade formal desse dispositivo no que extrapola o definido no artigo 14 do Código Tributário Nacional, por violação ao artigo 146, inciso II, da Constituição Federal. Os requisitos legais exigidos na parte final do mencionado § 7º,**

**enquanto não editada nova lei complementar sobre a matéria, são somente aqueles do aludido artigo 14 do Código.”**<sup>7</sup> (g.n.)

Naquele momento, fixou-se no Tema nº 32 da Repercussão Geral a seguinte tese: “Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”. Posicionamento esse bastante favorável às entidades sem fins lucrativos, pois reforçou a importância de sua atuação, pautada na implementação de políticas públicas de educação, saúde e assistência social, de forma colaborativa com o Poder Público.

**Foi na ocasião do julgamento de mérito das ADIs relacionadas (ADI nº 2.028, ADI nº 2.036, ADIs nº 2.228 e 2.621)**<sup>8</sup> – que o STF definiu que, embora somente a lei complementar pudesse ditar quais seriam as contrapartidas a serem cumpridas pelas entidades para fruir da imunidade, certos domínios seriam passíveis de definição por meio de lei ordinária, notadamente aqueles referentes a aspectos meramente procedimentais.

Especificamente no julgamento das ADIs nº 2.028 e 2.036, dispositivos da Lei nº 8.212/1991 e da Lei nº 9.732/1998, que mencionavam a **promoção gratuita e em caráter exclusivo** de assistência social beneficente foram declarados inconstitucionais, além de regras para o cancelamento da imunidade e regras para a prestação de serviços ao SUS e para fruição de imunidade “parcial”, na proporção do valor das vagas e atendimentos oferecidos.

6 STF, Trib. Pleno, RE 566622, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2017.

7 STF, Trib. Pleno, RE 566622, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2017.

8 Posteriormente convertidas em Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).



Já nas ADIs nº 2.228 e 2.621, houve a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto nº 2.536/1998 e do Decreto nº 752/1993, especialmente relacionados à obrigação de gratuidade na prestação dos serviços pelas entidades.

Foram reputados inconstitucionais apenas os dispositivos de lei ordinária que estabelecem contrapartidas a serem observadas pelas entidades beneficentes, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki para o acórdão da ADI 2.028:

*“Tendo em vista, portanto, a relevância maior das imunidades de contribuições sociais para a concretização de uma política de Estado voltada à promoção do mínimo existencial e a necessidade de evitar que sejam as entidades compromissadas com esse fim surpreendidas com bruscas alterações legislativas desfavoráveis à continuidade de seus trabalhos, deve incidir, no particular, a reserva legal qualificada prevista no art. 146, II, da Constituição Federal. É essencial frisar, todavia, que essa proposição não produz uma contundente reviravolta na jurisprudência da Corte a respeito da matéria, mas apenas um reajuste pontual. Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária.*”

***A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.”***<sup>9</sup> (g.n.)

Neste contexto, extraem-se entendimentos aparentemente divergentes oriundos do Plenário do STF e, de fato, restaram assentadas teses jurídicas contraditórias. Ao julgar o RE, a Corte considerou que não haveria espaço para regulamentação do tema por outro instrumento que não a lei complementar. Por outro lado, no julgamento das ADIs, consignou-se que temas afetos a procedimentos referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária.

Considerando que não havia clareza com relação à aplicabilidade prática do entendimento encampado, foram opostos Embargos de Declaração tanto no RE quanto nas ADIs, de modo que o STF optou por realizar análise conjunta da matéria, a fim de unificar a jurisprudência da Corte. Nesse sentido, no julgamento conjunto dos Embargos de Declaração que ocorreu em dezembro de 2019, o STF – por maioria de votos e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber – esclareceu que o artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 (que exigia o CEBAS) não foi declarado inconstitucional, pelo fato de o STF considerar, neste momento, que essa questão se trataria de mero procedimento.

<sup>9</sup> STF, Trib. Pleno, ADI 2028, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. para o acórdão Min. Rosa Weber, j. 02/03/2017.

Assim, a Corte deliberou por promover a alteração da redação da tese fixada para Tema nº 32 da Repercussão Geral, nos seguintes termos: *“A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, §7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas”*.

Dessa forma, o STF compreendeu que a lei ordinária poderia regular aspectos procedimentais, dentre os quais estariam inseridos a **certificação**, fiscalização e o controle administrativo. Trata-se de entendimento desfavorável às entidades sem fins lucrativos e incongruente com a sistemática disposta na própria Constituição Federal.

Explica-se: se a lei complementar é o instrumento normativo apto a regulamentar as contrapartidas a serem cumpridas para fruição da imunidade, é inadmissível que a Certificação seja passível de regulamentação por lei ordinária, pois a concessão da Certificação – tanto na sistemática da Lei nº 8.212/1991, quanto naquela posteriormente trazida pela Lei nº 12.101/2009 (revogada pela Lei Complementar nº 187/2021) – depende da observância de diversas contrapartidas materiais, como concessão de bolsas de estudos ou garantia de atendimento assistencial gratuito, as quais, repise-se, foram estabelecidas em lei ordinária. Significa dizer que o procedimento de concessão e renovação de CEBAS distancia-se, em muito, de aspecto

“meramente procedimental” inerente ao reconhecimento da imunidade tributária. Pelo contrário, a Certificação é apenas concedida se forem cumpridas condições (contrapartidas) previstas na lei ordinária.

Resta, portanto, evidente a dificuldade de compatibilização do comando central do Tema nº 32 (“a lei complementar é forma exigível (...) especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas”) com o que restou decidido no âmbito dos Embargos de Declaração, no sentido de que aspectos “meramente procedimentais” (como a Certificação), poderiam ser abordados via lei ordinária.

Nesse contexto ainda conturbado, foram opostos novos Embargos de Declaração no âmbito do RE nº 566.622, apontando três obscuridades: **(i)** quanto aos limites de atuação dos órgãos certificadores, pois não restou expressamente determinado que as únicas contrapartidas vinculadas à concessão do CEBAS eram aquelas do artigo 14 do CTN; **(ii)** ausência de expressa menção à eficácia meramente declaratória do CEBAS; e **(iii)** ausência de especificação quanto às entidades que cumpriam os requisitos do artigo 14 do CTN e, portanto, teriam direito à imunidade, independentemente de possuírem CEBAS.

Tais Embargos de Declaração foram julgados em outubro de 2021 e acolhidos pelo STF apenas para registrar esclarecimentos, nos termos do voto da relatora Ministra Rosa Weber. Referidos esclarecimentos não foram capazes de solucionar os entraves da decisão anterior, pois entendeu-se **(i)** pelo recebimento dos Embargos de Declaração

com efeitos infringentes, no que se refere à reserva de lei complementar, e **(ii)** pela ausência das omissões indicadas pelos embargantes.

Permanecendo indefinidas as questões anteriormente narradas, em 28/10/2021 foram opostos novos Embargos de Declaração, a fim de trazer novos e definitivos contornos ao deslinde da causa.

## Discussões de constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009

Como mencionado, a Lei nº 12.101/2009 foi anteriormente publicada com o objetivo de regulamentar a imunidade de contribuições para a Seguridade Social e dispor sobre a Certificação das entidades beneficentes de assistência social, carregando em si a mesma discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991, por também se tratar de lei ordinária que buscou disciplinar limitação constitucional ao poder de tributar.

Ao revogar expressamente o artigo 55 da Lei nº 8.212/1991, a Lei nº 12.101/2009 trouxe nova regulamentação da matéria, especificando o procedimento de certificação para fruição da imunidade em detalhes. Nos termos do artigo 1º da Lei 12.101/2009, a Certificação era concedida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social, dedicadas à prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou

educação e que atendessem aos requisitos dessa Lei.

No entanto, os requisitos mencionados na Lei nº 12.101/2009 envolviam condições a serem cumpridas pelas entidades para obterem o CEBAS, as quais configuravam verdadeiras contrapartidas materiais, exigências estas que transcendiam, em muito, aquelas do artigo 14 do CTN.

Isso porque, para além de estabelecer requisitos gerais para a obtenção da Certificação – estes, por si só, já mais restritivos do que aqueles do CTN –, a Lei também acabou por instituir requisitos específicos para cada uma das possíveis áreas de atuação das entidades, quais sejam, saúde, educação ou assistência social, cabendo aos **Ministérios certificadores**<sup>10</sup> a análise e julgamento dos pedidos de CEBAS das entidades atuantes nas respectivas áreas.

De igual forma ao caso da Lei nº 8.212/1991, os debates de constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009 foram originados do fato de se tratar de lei ordinária que regula procedimentos diretamente relacionados à imunidade de contribuições para a Seguridade Social, procedimentos que se davam principalmente por meio das regras de certificação dispostas nessa lei e em suas regulamentações posteriores.

Muitos dos dispositivos trazidos em lei ordinária acabaram por criar óbices para a atuação das entidades beneficentes, as quais, frise-se, cumprem papel essencial na implementação de políticas públicas de saúde, educação e assistência social.

10 Atuais Ministério da Saúde, Ministério da Educação ou Ministério da Cidadania.

E mais: a Lei nº 12.101/2009 estava em desconhecimento com o que já decidiu a Corte quando do julgamento do RE nº 566.622 e nas ADIs nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, enquanto lei ordinária que exigia **contrapartidas** para a fruição do direito constitucional das entidades beneficentes à imunidade. Novamente, a discussão foi levada ao STF para questionar a constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009, notadamente por meio da ADI nº 4.480, já julgada, e da ADI nº 4.891, ainda pendente de julgamento.

Em abril/2020, o STF julgou parcialmente procedente a ADI nº 4.480 por maioria de votos e declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 12.101/2009. Naquela ocasião, a Corte reiterou o entendimento firmado no RE nº 566.622 e nas ADIs nº 2.028, 2.036, 2.621 e 2.228, no sentido de que **(i)** lei ordinária pode tratar dos aspectos procedimentais relativos à comprovação do cumprimento dos requisitos exigidos pelo artigo 14 do CTN; e **(ii)** a lei complementar somente é exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades, especialmente no que tange à instauração de contrapartidas. Assim, a exigência do CEBAS foi, uma vez mais, reputada **constitucional**.

O STF declarou, também, a inconstitucionalidade formal de dispositivos que dispunham sobre matéria reservada à lei complementar e afastou diversas exigências que versavam sobre as condições para a obtenção do CEBAS, a exemplo das regras sobre **concessão de bolsas de estudo** do artigo 13 – a forma de distribuição, o percentual ofertado e os critérios de renda familiar para seleção de alunos bolsistas –, contrapartidas até então exigidas das entidades de educação.

No que tange às entidades que atuam na assistência social, foi declarado inconstitucional o artigo 18 que condicionava o acesso ao CEBAS à prestação de serviços ou realização de ações socioassistenciais de forma **gratuita**, continuada e planejada, para os usuários e para quem deles necessitasse, sem discriminação e observada a Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

Outro importante ponto declarado formalmente inconstitucional pelo STF foi o dispositivo que asseverava que o exercício da imunidade se daria a partir da data da publicação da concessão da Certificação, visto que o direito à imunidade tributária deve se dar a partir do preenchimento dos requisitos para sua fruição. Nesse sentido, veja-se passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, a respeito do artigo 31 da Lei nº 12.101/2009:

*“Com relação a esse dispositivo, parece-me que **há, de fato, invasão, por parte da lei ordinária, em esfera de competência própria reservada à lei complementar, uma vez que trata de tema relativo ao limite da imunidade.***

[...]

*Sobre o tema, cabe ressaltar que o **Superior Tribunal de Justiça** possui entendimento sumulado, com o qual estou de acordo, no sentido de que:*

*“O certificado de entidade beneficente de assistência social (**CEBAS**), no prazo de sua validade, **possui natureza declaratória** para fins tributários.*

**retroagindo seus efeitos à data em que demonstrado o cumprimento dos requisitos estabelecidos por lei complementar para a fruição da imunidade". (Súmula 612, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9.5.2018, DJe 14.5.2018) Nesse contexto, entendo que **o exercício da imunidade deve ter início assim que os requisitos exigidos pela lei complementar forem atendidos.**"<sup>11</sup> (g.n.)**

Se por um lado a exigência do CEBAS foi considerada constitucional, a Corte assentou que a sua eficácia é eminentemente **declaratória**, pois a entidade deve ser considerada imune a partir do período em que atendia às contrapartidas previstas em legislação complementar, independentemente da obtenção do CEBAS, que configura mero reconhecimento dessa condição pelo Poder Público.

A Corte também entendeu pela **inconstitucionalidade** material do parágrafo 1º do artigo 32, que determina a "suspensão automática" da imunidade durante o período em que se constatar o descumprimento de requisitos, sem que restassem garantidos o direito ao contraditório e à ampla defesa. É dizer, o dispositivo mencionado não poderia ser instituído sequer por meio de lei complementar.

Ademais, em fevereiro de 2021, a Corte negou provimento aos Embargos de Declaração opostos pela União na ADI

4.480, nos quais requeria a modulação de efeitos a posteriori da decisão que julgou inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 12.101/2009, diante da inexistência de outro instrumento normativo apto a regulamentar a matéria no momento. O acórdão restou assim ementado:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO – PROCEDÊNCIA – MODULAÇÃO. Não cabe, uma vez proclamada a incompatibilidade de ato normativo com a Constituição Federal, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, sob pena de inobservância, considerado o ângulo da higidez, da Lei Maior, como se até então não tivesse vigorado."**<sup>12</sup> (g.n.)

Diante do desprovimento dos Embargos de Declaração, reconheceu-se a aplicação imediata da respeitável decisão do STF.

Ainda no âmbito das discussões de constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009, mostrou-se de grande relevância a ADI nº 4.891, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), pendente de julgamento. Naqueles autos, pleiteia-se a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da Lei, inclusive, portanto, de dispositivos que versam sobre a atuação das entidades de saúde, os quais não foram impugnados no contexto da ADI nº 4.480.

11 STF, Trib. Pleno, ADI 4.480, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/03/2020.

12 STF, Trib. Pleno, ADI 4.480 Embargos de Declaração, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 08/02/2021.

Em nossa opinião, é remota a possibilidade de provimento integral da ADI nº 4.891, diante dos julgamentos já formalizados e mencionados anteriormente e considerando, inclusive, a publicação da Lei Complementar nº 187/2021. De toda forma, há expectativa em relação à possível declaração de inconstitucionalidade material de dispositivos específicos, como dos incisos do artigo 29, referentes à necessidade de **(i)** apresentação de certidões de regularidade fiscal e com FGTS; **(ii)** conservação de documentos por 10 (dez) anos; e **(iii)** cumprimento de obrigações acessórias. Ainda que parte dessas disposições tenha sido replicada pela Lei Complementar nº 187/2021, eventual futura declaração de inconstitucionalidade pode servir como parâmetro para futuras discussões acerca da inconstitucionalidade material de dispositivos da nova Lei.

Em especial, como dito, a ADI nº 4.891 pretende a declaração de inconstitucionalidade da exigência de destinação do mínimo de 60% (sessenta por cento) dos serviços ambulatoriais e hospitalares ao SUS para certificação das entidades de saúde. A esse respeito, o CFOAB aduz, em sua petição inicial:

*“Com todo respeito, **exigir um percentual mínimo de 60%** (sessenta por cento) é o mesmo que não certificar a entidade e **criar óbice não previsto nos artigos 9 e 14, do Código Tributário Nacional**, principalmente quando a própria Carta Federal apregoa no art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado.*

*O percentual mencionado, além de irrazoável, abaia visceralmente as atividades das entidades de saúde. Cabe ao Estado promover a execução das ações e serviços de saúde, seja diretamente ou através de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado) que, na forma do art. 199, ‘... poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde ...’, donde se percebe **a in tenção do constituinte em destinar às entidades beneficentes atividade de natureza complementar à obrigação estatal.**”<sup>13</sup> (g.n.)*

Inicialmente pautada para ser julgada em conjunto com a ADI nº 4.480, em março de 2020, a ADI nº 4.891 foi retirada da pauta de julgamento do STF, estando ainda pendente de julgamento, sendo que o caso promete trazer novos contornos ao tema.

## Teses fixadas, temas incontroversos e definições ainda pendentes

Diante do contexto acima exposto, temos que, no âmbito do CEBAS e da imunidade às contribuições para a Seguridade Social, o STF já consolidou orientações sobre o tema, mas ainda há espaço para novos desdobramentos nas discussões, em virtude das nuances pendentes de definição.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4347847>>. Acesso em: 13/07/2021.

Nos debates que envolveram a Lei nº 8.212/1991, após o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela União no RE nº 566.622 em 2019, restou assentada a constitucionalidade da exigência do CEBAS, protegida a reserva de lei complementar para dispor sobre contrapartidas a serem ofertadas pelas entidades certificadas. Decidiu-se que a lei ordinária pode definir o que a Corte elucidou como “aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo”.

No entanto, em face dessa última decisão, foram opostos novos Embargos de Declaração para esclarecer as obscuridades mencionadas acima. Considerando que houve oposição de outros Embargos de Declaração novamente pendentes de julgamento, novas particularidades poderão ser acrescentadas às discussões também nessa oportunidade.

No julgamento das ADIs nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, importantes entendimentos da Corte foram consolidados, como o conceito lato sensu de assistência social prestada por entidades beneficentes, de modo a incluir entidades que se dedicam

à saúde, educação e assistência social, bem como a afirmação do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal como inequívoca hipótese de imunidade tributária.

Nas ADIs nº 2.028 e 2.036, dispositivos da Lei nº 8.212/1991 e da Lei nº 9.732/1998, que mencionavam a promoção gratuita e em caráter exclusivo de assistência social beneficente foram declarados inconstitucionais, além de regras para o cancelamento da imunidade e regras para a prestação de serviços ao SUS e para fruição de imunidade “parcial”, na proporção do valor das vagas e atendimentos oferecidos. Já nas ADIs nº 2.228 e 2.621, houve a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto 2.536/1998 e do Decreto 752/1993, especialmente aqueles relacionados à obrigação de gratuidade na prestação dos serviços pelas entidades.

Acerca das discussões sobre a Lei nº 12.101/2009, no julgamento da ADI nº 4.480 foram declarados formalmente inconstitucionais dispositivos que versavam sobre **(i)** necessidade de concessão de bolsas de estudo, forma de distribuição das bolsas e percentual a



ser ofertado; **(ii)** definição de critérios de renda familiar para a seleção de alunos bolsistas; **(iii)** obrigação de prestar serviços ou realização de ações socioassistenciais de forma gratuita, continuada e planejada, sem discriminação; **(iv)** obrigação de conservação e guarda de documentos pelo prazo de dez anos; e **(v)** menção à fruição da imunidade às contribuições para a Seguridade Social, a partir da data da publicação da concessão da Certificação.

Ademais, entendeu-se pela declaração de inconstitucionalidade material do dispositivo que impunha a suspensão automática do direito à imunidade no período de descumprimento de requisitos, ao arrepio do direito ao contraditório e ampla defesa.

Com a rejeição da modulação de efeitos em sede de Embargos de Declaração, a ADI nº 4.480 também formalizou a imediata impossibilidade, naquele momento, de exigência do cumprimento das contrapartidas declaradas inconstitucionais às entidades atuantes nas áreas da educação e da assistência social. Porém, ainda resta observar como referidos entendimentos serão interpretados e aplicados pelas autoridades fiscais e órgão de controle, em especial pela Receita Federal do Brasil e pelos Ministérios certificadores, considerando, inclusive, o fato de que a Lei Complementar nº 187/2021 replica algumas das contrapartidas questionadas.

Dentre os tópicos pendentes de definição, também temos a exigência das contrapartidas na área da saúde durante a vigência da lei ordinária, em especial, a obrigação de destinação do percentual

mínimo de 60% (sessenta por cento) dos atendimentos ambulatoriais e hospitalares para pacientes do SUS. Como vimos, o tema é abordado no bojo da ADI nº 4.891, mas a controvérsia em torno das contrapartidas previstas pela Lei nº 12.101/2009 e aplicáveis às entidades de saúde ainda não foi julgada pelo STF.

Reconhecida a constitucionalidade do CEBAS, em paralelo à inconstitucionalidade das contrapartidas até então exigidas pela Lei nº 12.101/2009 das entidades de assistência social e educação, resta pendente a definição do modo como os pedidos de CEBAS serão analisados – inclusive após vigência da Lei Complementar nº 187/2021 –, bem como a forma como a imunidade será, de fato, reconhecida, o que gera insegurança jurídica às entidades beneficentes, muitas das quais optaram pela via judicial para resguardar seu direito à imunidade.

E especialmente com relação à publicação da Lei Complementar nº 187/2021, entendemos que referido fato novo não deve encerrar a discussão e a incerteza sobre o assunto, na medida em que o novo texto legal reproduzir diversos fragmentos da Lei nº 12.101/2009, mantendo-se a previsão de contrapartidas materialmente onerosas para as entidades imunes, além de conter novos pontos controversos.

Veja ao final deste capítulo a ilustração que resume as teses e discussões no âmbito do STF, analisadas pelo presente estudo.



## Os novos contornos da Lei Complementar nº 187/2021

Resultante da aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 134/2009 no Congresso Nacional, a Lei Complementar nº 187/2021 estabelece as contrapartidas a serem cumpridas pelas entidades sem fins lucrativos atuantes nas áreas da saúde, educação e assistência social, revogando a Lei nº 12.101/2009. Em se tratando de lei complementar, sua tramitação contou com aprovação mediante votação com quórum qualificado, conferindo a validade formal necessária e reconhecida pelo STF. Porém, não encerrou as discussões por completo.

Em princípio, o texto sancionado manteve a redação aprovada no Congresso Nacional, reproduzindo boa parte das previsões da Lei nº 12.101/2009 no que se refere às contrapartidas a serem cumpridas pelas entidades para obter a certificação e, consequentemente, fruir da imunidade.

A versão sancionada, além de detalhar disposições já conhecidas – oriundas da Lei nº 12.101/2009 –, contou com diversos vetos que, se mantidos, podem impactar significativamente as entidades sem fins lucrativos.

Com relação aos aspectos procedimentais para obtenção do CEBAS, destacamos os vetos ao **(i)** parágrafo 4º do artigo 18, que determinava a emissão do CEBAS em favor da entidade mantenedora das instituições de ensino, na qualidade de pessoa jurídica titular do direito à imunidade tributária; e **(ii)** parágrafo 2º do artigo 40, que

previa regra de transição sobre análise dos requerimentos pendentes de decisão na data de publicação da nova lei, com base nas regras previstas pela legislação vigentes à época de seu protocolo.

Sobre o ponto **(i)**, deve-se considerar que os estabelecimentos de ensino mantidos não possuem personalidade jurídica própria, sendo gerenciados como filiais ou centros de custo da matriz. Nessa linha, as razões de veto refletem confusões conceituais sobre a realidade das entidades mantenedoras e suas mantidas, o que pode resultar em dificuldades operacionais na concessão de sua certificação, bem como para a fruição da imunidade correspondente.

Já em relação ao ponto **(ii)**, a disposição vetada buscou conferir maior previsibilidade quanto às certificações pendentes de julgamento, deixando claro quais regras seriam aplicadas em sua análise, o que garante segurança jurídica aos protocolos realizados antes da publicação da nova lei. Com a ausência dessa previsão, permanecem as dúvidas quanto às regras a serem aplicadas, sendo possível que os requerimentos já protocolados sejam avaliados com base em regras editadas posteriormente, de modo que as organizações sejam cobradas por requisitos até então inexistentes, situação essa que já foi objeto de controvérsia no passado.

O novo texto legislativo também alterou pontos centrais para a dinâmica das entidades sem fins lucrativos, no que se refere a temas reflexos à imunidade. Entre eles, ganham destaque:

- A redação restritiva do artigo 3º no que se refere à remuneração de dirigentes, por ausência de menção sobre a possibilidade de as entidades imunes certificadas pagarem remuneração a valor de mercado, de modo que a remuneração paga àqueles que atuam efetivamente na gestão executiva estaria limitada a 70% (setenta por cento) da remuneração de servidores do Poder Executivo federal; e
- O reconhecimento da possibilidade de desenvolvimento de atividade econômica pelo artigo 30, como forma de alavancar recursos a serem revertidos em benefício do objeto social e sem a intenção de auferir e distribuir lucro, desde que essas receitas sejam registradas de modo segregado em contabilidade e indicadas em Notas Explicativas.

Do exposto, conclui-se que a nova Lei Complementar possui a validade formal necessária para dispor sobre as obrigações exigidas das organizações da sociedade civil, mas acaba por replicar diversos dispositivos da legislação anterior (a Lei nº 12.101/09), mantendo a previsão de contrapartidas muito mais restritivas do que aquelas previstas no Código Tributário Nacional e bem mais onerosas para as entidades imunes. Sendo assim, as novas discussões sobre o tema devem considerar um arranjo para aplicação de contrapartidas pertinentes e coerentes com a relevância da atuação dessas entidades, que desempenham importante papel na implementação das políticas públicas.

Além disso, a própria aplicação material da Lei Complementar é controversa, uma vez que o novo texto legal buscou detalhar dispositivos da lei anterior, mas acabou por instaurar diversas dúvidas acerca da interpretação das regras detalhadas. Nesse contexto, é de se esperar pela edição de regulamentação coerente para a Lei Complementar nº 187/2021 – seja em sede de Lei Ordinária ou mediante normativos editados pelos próprios Ministérios certificadores –, cujos conteúdos sejam capazes de esclarecer uma justa e coerente aplicabilidade das contrapartidas para as entidades beneficentes. De todo modo, até que referida regulamentação seja publicada, o cenário de incerteza abre espaço para questionamentos sobre a possibilidade de as contrapartidas serem, de fato, exigidas e atendidas pelas entidades.



## CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

Como visto, o tema da imunidade às contribuições para a Seguridade Social para entidades beneficentes vem sendo alvo de grandes debates ao longo das últimas décadas, considerando a sua importância para as Organizações da Sociedade Civil e, em última instância, para a sociedade enquanto beneficiária da atuação beneficente das entidades no ramo da educação, saúde e assistência social.

A temática do CEBAS, em especial, tem ganhado contornos mais delineados nos últimos anos, considerando-se os entendimentos manifestados pelo STF nos casos analisados. O tema, de fato, evoluiu muito, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido para que as entidades beneficentes possam usufruir da imunidade que lhes é garantida pela Constituição Federal, ainda que a questão da inconstitucionalidade formal do dispositivo legal anterior, peça-chave da discussão, tenha sido superada com a recente publicação da nova lei complementar.

A declaração da inconstitucionalidade das contrapartidas estabelecidas pela antiga lei ordinária traçou importantes diretrizes que resultaram na edição de lei nova formalmente constitucional. Com a publicação da Lei Complementar nº 187/2021, superou-se a incongruência gerada pela assertiva de constitucionalidade do CEBAS pelo STF, ao considerar que o procedimento para obtenção de CEBAS era aspecto

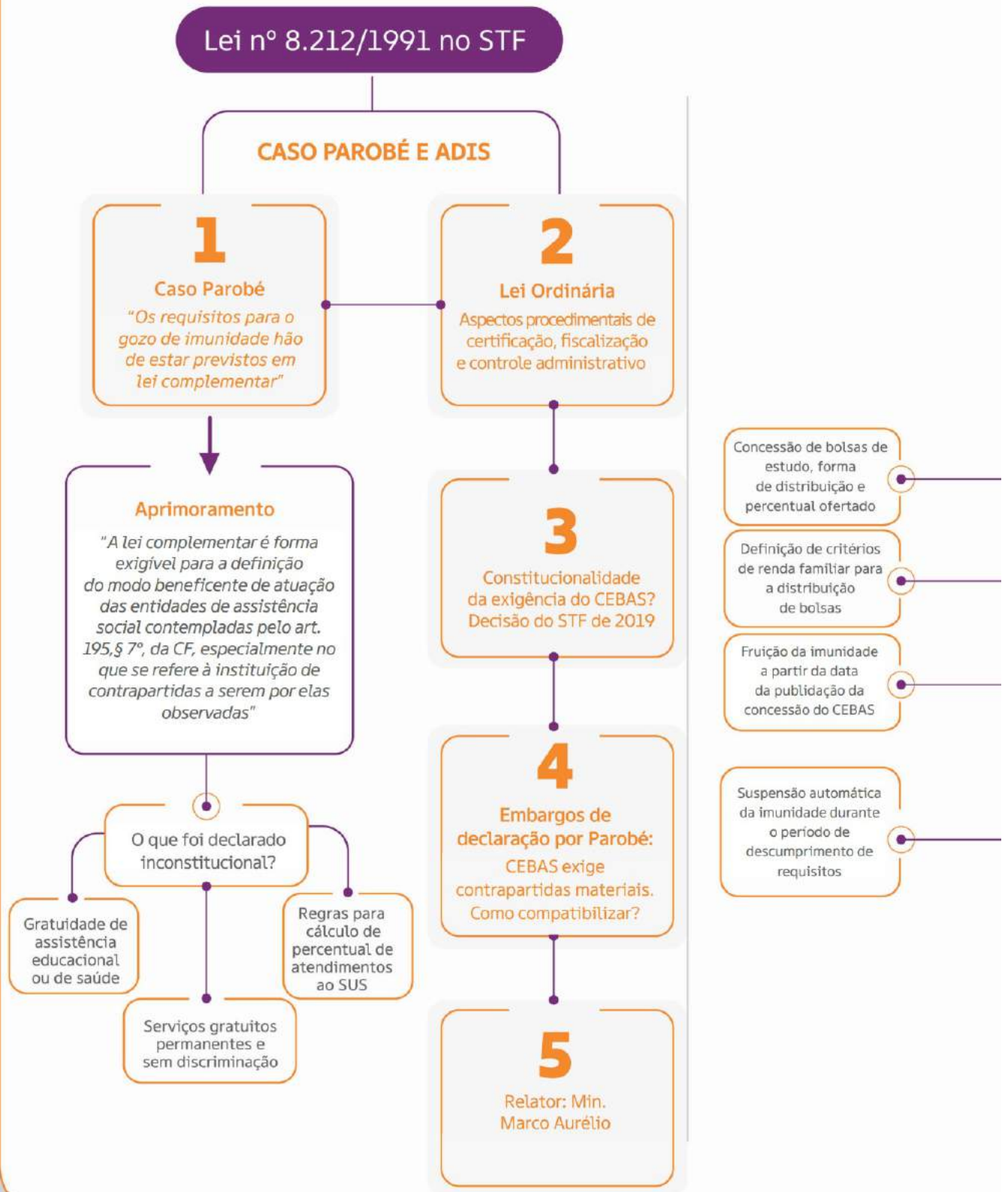
meramente procedimental. Como se sabe, na verdade, a Certificação só é concedida mediante o cumprimento das contrapartidas até então previstas na própria legislação ordinária e hoje, em lei complementar.

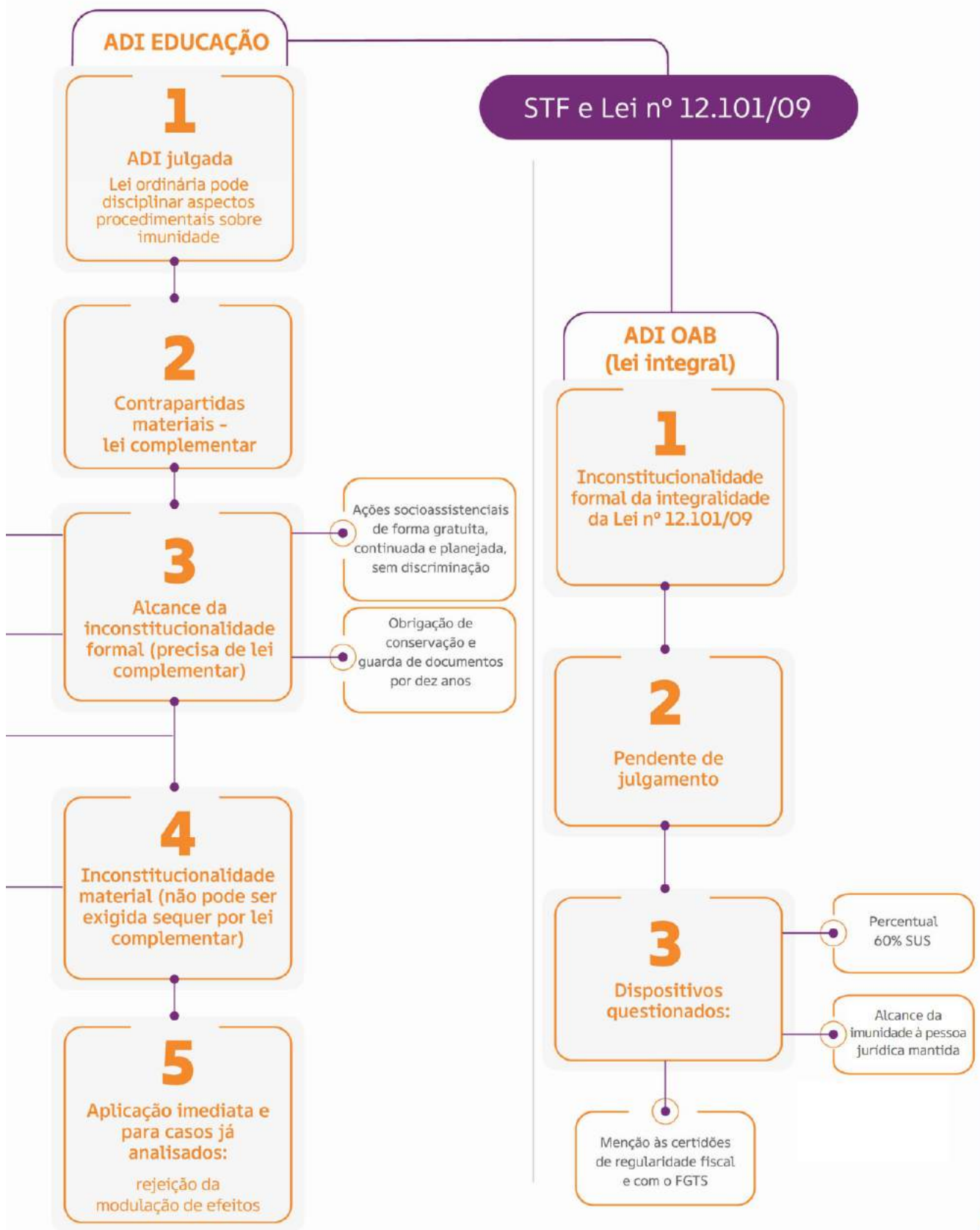
A nova lei complementar recupera e traz novidades para a fruição da imunidade às contribuições para a Seguridade Social, com a validade formal necessária. No entanto, é preciso que o instrumento normativo também seja condizente com as circunstâncias e o contexto em que as entidades beneficentes de educação, saúde e assistência social estão inseridas. Coerência essa que deverá ser buscada pela regulamentação da **Lei Complementar nº 187/2021**, a ser publicada em atendimento à referência expressa trazida por diversos dispositivos legais para detalhamento da matéria.

Significa dizer que, superadas as discussões sobre a constitucionalidade formal mediante edição da **Lei Complementar nº 187/2021**, é necessário que a interpretação de suas disposições seja compatível com a realidade de atuação das entidades, a fim de contribuir com os serviços de qualidade que buscam oferecer à sociedade, ao invés de resultarem em entraves que dificultam sua execução.




Resumindo este capítulo | CEBAS e o atual posicionamento do STF











---

# O impacto da nova Lei de Licitações para as OSCs

André Luiz Freire e Octavio Sampaio de Moura Azevedo

## Introdução

As organizações da sociedade civil ou “OSCs” sempre representaram um desafio para o legislador no que diz respeito à sua regulação jurídica. Dado o caráter particular de sua atuação, pautada pela finalidade não lucrativa e dedicação a causas sociais, o regime jurídico das OSCs apresenta uma série de peculiaridades, que se refletem na regulação aplicável às relações firmadas com órgãos da Administração Pública.

Por muito tempo, as parcerias entre organizações da sociedade civil e o Poder Público foram reguladas pela Lei nº 8.666/1993, ato que introduzia (e, por pouco tempo, ainda introduz) normas gerais (nacionais) em licitações e contratos da Administração Pública. A aplicação desta lei no contexto do terceiro setor tinha como fundamento o art. 116, que fazia a previsão genérica dos “convênios”. Segundo o caput do art. 116, as disposições da lei seriam aplicáveis, no que coubesse, aos **convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração**<sup>1</sup>. E seu § 1º estabelecia os requisitos para a celebração de convênios, o que incluía necessariamente um plano de trabalho com a identificação do objeto, as metas a serem atingidas, as fases de execução, o plano de aplicação dos recursos financeiros e cronograma de desembolso (quando houvesse, evidentemente, já que alguns convênios não implicavam transferência de recursos públicos), previsão de início e fim, dentre outros.

Ao longo do tempo, a disciplina jurídica destes convênios, em geral, sofreu algumas modificações. Em primeiro lugar, novas formas de colaboração no exercício de atividades administrativas foram criadas por lei. É o caso dos chamados “contratos de gestão” com organizações sociais (OSs), disciplinados, em âmbito federal, pela Lei nº 9.637/1998 e dos “termos de parceria” com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), cuja disciplina federal se deu por meio da Lei nº 9.790/1999. No entanto, contrato de gestão e termo de parceria foram instrumentos restritos às organizações da sociedade civil que tivessem a qualificação de OS e OSCIP.

Além disso, as diversas unidades administrativas acabaram regulando o tema por meio de atos administrativos. Na esfera federal, tornou-se prática – consolidada no Decreto 6.170/2007 – de chamar de “convênios” apenas os atos jurídicos colaborativos em que: **(a)** os partícipes fossem apenas a Administração Pública Federal, de um lado, e entes públicos ou entidades privadas sem fins lucrativos, de outro; e **(b)** envolvesse a transferência de recursos financeiros das dotações consignadas na lei orçamentária anual da União (vide art. 1º, § 1º, I, do referido Decreto). Para outros atos de colaboração que não atendessem a esses requisitos, outros nomes foram atribuídos, como “acordos de cooperação”, “termos de colaboração” e similares.

O movimento de regulamentação das parcerias no terceiro setor se consolidou apenas em 2014, com a edição da Lei

1 **Lei nº 8.666/1993:** Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

nº 13.019/2014, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), que estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Entre as inovações propostas, o MROSC trouxe um conceito de organização da sociedade civil mais amplo do que o de OS e OSCIP: são qualificadas como organizações da sociedade civil: **i) as entidades sem fins lucrativos que não distribuam resultados de qualquer natureza; ii) as sociedades cooperativas; e iii) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a de interesse público<sup>2</sup>.**

Ainda, o MROSC previu as figuras do termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação como os instrumentos jurídicos próprios para formalização das parcerias entre as organizações mencionadas acima e a Administração Pública, em regime de mútua cooperação e voltadas para a consecução de finalidades **de interesse público e recíproco<sup>3</sup>.**

Por outro lado, outros instrumentos firmados entre organizações da sociedade civil e a Administração Pública foram

excluídos de seu âmbito de aplicação, como o contrato de gestão previsto na Lei nº 9.637/1998 e os convênios e contratos firmados por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do art. 199 da Constituição Federal. O MROSC também afastou expressamente a aplicação da Lei nº 8.666/1993 às parcerias por ele regidas, restringindo a aplicação de referida lei aos convênios firmados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculados e aos convênios previstos no **artigo 199 da Constituição Federal<sup>4</sup>.**

Passados sete anos da publicação do MROSC, o cenário normativo que rege a relação entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública enfrenta agora novos debates, decorrentes da aprovação da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações, que – ultrapassado o período de adaptação – revogará a Lei nº 8.666/1993.

De modo similar à Lei nº 8.666/1993, as disposições da Nova Lei de Licitações se aplicam a **convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos ou entidades da Administração Pública<sup>5</sup>.** Mas, agora, há a

- 
- 2 **Lei nº 13.019/2014:** Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.
- 3 **Lei nº 13.019/2014:** Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.
- 4 **Lei nº 13.019/2014:** Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Parágrafo único.** São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.
- 5 **Lei nº 14.133/2021:** Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo Federal.

ressalva expressa de que essa aplicação é meramente subsidiária, nos casos em que inexistir norma específica.

Ainda, no que pese o MROSC se referir especificamente à Lei nº 8.666/1993 ao afastar sua aplicação às parcerias por ele regidas, a mesma regra vale em relação à Lei nº 14.133/2021, visto se tratar de norma específica que disciplina as parcerias firmadas pelas organizações da sociedade civil e a Administração Pública.

Diante desse cenário, a fim de avaliar o impacto da **Nova Lei de Licitações** sobre o terceiro setor, o presente artigo buscará analisar sua aplicação às organizações da sociedade civil sob três perspectivas: **i)** em convênios firmados por OSCs e o Poder Público, especialmente convênios com entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos nos termos do art. 199 da Constituição Federal; **ii)** as OSCs enquanto contratadas da Administração Pública, abordando as hipóteses de contratação direta; e, por fim, **iii)** a influência, ainda que indireta, da Nova Lei de Licitações sobre as organizações que se utilizam de procedimentos semelhantes a licitações em suas contratações.

## Os convênios com OSCs

Antes de nos aprofundarmos na aplicabilidade da **Nova Lei de Licitações** aos convênios firmados junto a organizações da sociedade civil, convém dar um passo atrás para compreender essa figura jurídica.

Os convênios (em seu sentido mais amplo) são atos jurídicos formalizados entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas, a fim de que os partícipes unem esforços para atingir um objetivo de **interesse comum**<sup>6</sup> e de **interesse público**.<sup>7</sup> Há, nos convênios, uma mútua colaboração, a qual pode ser instrumentalizada por formas diversas, como **transferência de equipamentos entre as partes, cessão de servidores e pessoal, repasse de recursos públicos, repasse de recursos privados etc.**<sup>8</sup>

Note que, por vezes, os convênios possuem, na prática, outras denominações (como “acordo de cooperação”, “termo de cooperação”, “protocolo de intenções”, “termo de parceria”, dentre outros adotados por entidades federativas em regulamentação específica).



- 
- 6 Segundo Marçal Justen Filho, o convênio administrativo “é instrumento de realização de um determinado objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe”. O autor ainda aponta que, no convênio (diferente do contrato administrativo), “a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de atividades orientada à realização de interesses fundamentais similares, sem a obtenção de vantagens específicas para cada qual”. Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1760.
- 7 Existem ainda outros atos jurídicos denominados de “convênios”, mas que não se enquadram exatamente neste conceito. É o caso dos convênios de delegação de serviços públicos, existente no setor de rodovias, por exemplo, em que a União delega a um Estado a competência para administrar uma rodovia federal, atribuindo, inclusive, a competência para o Estado conceder esta rodovia a terceiros (vide art. 241 da Constituição e Lei 9.277/1996). Existem ainda convênios que tratam de cobrança de tributos. Enfim, estes atos jurídicos também denominados de “convênios” não serão objeto de discussão aqui.
- 8 Maria Sylvania Zanella Di Pietro (Direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 354) indica que, no convênio, há “mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos”.



Embora as linhas divisórias entre os convênios e contratos não sejam tão claras, existe um consenso de que, nos convênios, os participantes (sejam eles públicos ou privados) não possuem qualquer objetivo egoístico. Um sujeito privado que figure como “participe” do convênio não deseja obter qualquer remuneração com o convênio; ele deseja apenas colaborar para a consecução de um objetivo de interesse público que lhe é comum. Já nos contratos, o intuito lucrativo da parte privada é explícito e legítimo. O fornecimento de um equipamento via contrato, por exemplo, é apenas meio pelo qual a parte privada deseja obter sua remuneração. Até mesmo por isso, no âmbito dos contratos, fala-se em intangibilidade da equação econômico-financeira, algo não aplicável no âmbito dos convênios.

Outra importante distinção teórica entre convênios e contratos administrativos está no

processo de formação desses atos jurídicos. Os contratos – por envolverem justamente a busca legítima do lucro pela parte privada – demandam sempre licitação pública, salvo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade. O dever de licitar, para os contratos em geral, está previsto no art. 37, XXI, da Constituição. Por sua vez, como nos convênios entre entes públicos e sujeitos privados (não importando aqui sua natureza, se entidades com ou sem fins lucrativos) envolviam a união de esforços para a consecução de objetivos comuns, não há que se falar em **licitação pública**.<sup>9</sup>

Com a edição do MROSC, a aplicação do regime da Lei nº 8.666/1993 (e, agora, da Lei nº 14.133/2021) relativa aos convênios (em sentido amplo) ficou restrita a, basicamente, duas situações. A primeira diz respeito àqueles casos em que o conveniente é uma entidade privada com fins lucrativos. Já a segunda diz respeito aos convênios previstos no art. 199 da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional, ao tratar da possibilidade de a iniciativa privada explorar a assistência à saúde, prevê em seu § 1º que instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, participação esta que terá suas diretrizes estabelecidas por meio de contrato de direito público ou convênio, conferindo preferência às **entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos**.<sup>10</sup>

9 “Não há, por exemplo, obrigatoriedade de realizar licitação como pressuposto para a realização do convênio. Quando o convênio é praticado entre pessoas integrantes da Administração Pública, existe uma conjugação de esforços e recursos estatais para o cumprimento de funções comuns. Mesmo quando algum particular participa do convênio, a licitação não se faz necessária porque as partes do convênio não visam a extrair algum benefício pessoal a partir da execução da avença. Logo, a natureza não interessada e destituída de cunho egoístico conduz à possibilidade, teórica, de todos os possíveis interessados comprometerem seus esforços e recursos para a satisfação de necessidades administrativas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 1763.)

10 **Constituição Federal:** Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

TIPO DE ENTIDADE DO TERCEIRO SETOR	LEI APLICÁVEL	DENOMINAÇÃO DO "CONVÊNIO"
Organizações sociais	Lei nº 9.637/1998 e leis específicas de diferentes entes federativos	Contrato de gestão
Organizações da sociedade civil de interesse público	Lei nº 9.790/1999 e leis específicas de diferentes entes federativos	Termo de parceria
Entidades filantrópicas e sem fins lucrativos	Art. 199 da CF, Lei nº 8.080/1990, Lei nº 14.133/2021 e, temporariamente, a Lei nº 8.666/1993	Qualquer acordo com natureza de "convênio" não citado nesta tabela
Demais organizações da sociedade civil	Lei nº 13.019/2015	Acordo de cooperação Termo de colaboração Termo de fomento

A atuação complementar das entidades sem fins lucrativos no âmbito do Sistema Único de Saúde é disciplinada pela Lei nº 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e funcionamento de seus serviços. A LOS dispõe que as ações e serviços de saúde poderão ser executados mediante participação complementar da iniciativa privada, que pode ser formalizada mediante contrato ou convênio, devendo ser observadas as **normas de Direito público**<sup>11</sup>.

Tanto a LOS como a Constituição Federal atribuem preferência à celebração de parcerias com **entidades filantrópicas e sem fins lucrativos**<sup>12</sup>. Tais entidades, conforme exposto previamente, enquadram-se no conceito de organizações da sociedade civil e desempenham papel fundamental na execução de políticas públicas na área da saúde.

Dado que o MROSC exclui expressamente essa modalidade de convênio da sua esfera de aplicação, conforme apontado previamente, e na ausência de outra lei específica que a discipline, a Nova Lei de

Licitações se aplicaria a tais organizações no que diz respeito sua atuação complementar ao Sistema Único de Saúde.

Aqui, cabe uma breve observação. Muitas entidades sem fins lucrativos, em virtude de tal atuação filantrópica, podem buscar se qualificar enquanto entidades beneficentes de assistência social, aqui entendida em sentido amplo, abarcando não apenas a assistência social, mas também a saúde e a educação, podendo usufruir da imunidade às contribuições para a seguridade social. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) é disciplinado pela recém-publicada Lei Complementar nº 187/2021, que revogou a lei anterior nº 12.101/2009 que até então tratava da temática, e confere às entidades que o detêm a não incidência em relação às **contribuições para seguridade social**<sup>13</sup>.

A concessão do CEBAS está atrelada ao cumprimento de uma série de metas pelas organizações da sociedade civil. No âmbito da saúde, entre as modalidades

- Lei nº 8.080/1990:** Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
- Lei nº 8.080/1990:** Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).
- Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 1º Esta Lei Complementar regula, com fundamento no inciso II do caput do art. 146 e no §7º do art. 195 da Constituição Federal, as condições para limitação ao poder de tributar da União em relação às entidades beneficentes, no tocante às contribuições para a seguridade social.

previstas para a concessão do CEBAS, está a prestação de serviços ao SUS em percentual mínimo de 60%, cuja formalização deve se dar por meio da **celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS<sup>14</sup>**.

O cumprimento de tal percentual, por sua vez, deve ser comprovado com base nas **internações, atendimento ambulatoriais e em ações prioritárias realizadas<sup>15</sup>**, o que acaba por submeter as OSCs a um controle e fiscalização consideráveis por parte do Ministério da Saúde.

Nesse sentido, cabe o questionamento quanto à aplicação da Nova Lei de Licitações aos convênios firmados por organizações da sociedade civil para participação complementar no SUS, visto o nível de escrutínio ao qual tais organizações já são submetidas em virtude do CEBAS, bem como o papel que desempenham na execução de políticas públicas na área da saúde, enquanto verdadeiras parceiras da Administração Pública e não simples contratadas.

## As OSCs como contratadas da Administração Pública

O segundo cenário de aplicação da Nova Lei de Licitações às OSCs é o da contratação direta dessas organizações pela Administração Pública. De início, é importante destacar que a regra quando se trata de contratação com o Poder Público é a licitação, conforme previsto no **art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>16</sup>**.

Em primeiro lugar, as OSCs podem figurar como licitantes. Nada impede que tais entidades possam disputar, num processo licitatório, com outras entidades com finalidade lucrativa. Aliás, caso tais entidades possuam algum tipo de isenção fiscal ou outro benefício, isso não as impedirá de participar (sob um potencial argumento de que elas estariam em condições privilegiadas quanto às demais), nem obrigará a Administração a fazer equalização de propostas. Se a OSC está atuando em conformidade com o ordenamento jurídico a ela aplicável e

- 
- 14 **Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 9º Para ser certificada pela prestação de serviços ao SUS, a entidade de saúde deverá, nos termos de regulamento: I - celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS; e II - comprovar, anualmente, a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento), com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.
- 15 **Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 9º Para ser certificada pela prestação de serviços ao SUS, a entidade de saúde deverá, nos termos de regulamento: I - celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS; e II - comprovar, anualmente, a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento), com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados. § 1º A prestação de serviços ao SUS de que trata o inciso II do caput deste artigo será apurada por cálculo percentual simples, com base no total de internações hospitalares, medidas por paciente por dia, incluídos usuários do SUS e não usuários do SUS, e no total de atendimentos ambulatoriais, medidos por número de atendimentos e procedimentos, de usuários do SUS e de não usuários do SUS, com a possibilidade da incorporação do componente ambulatorial do SUS, nos termos de regulamento.  
(...)  
§ 4º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, a entidade de saúde que aderir a programas e a estratégias prioritárias definidas pela autoridade executiva federal competente fará jus a índice percentual que será adicionado ao total de prestação de seus serviços ofertados ao SUS, observado o limite máximo de 10% (dez por cento).
- 16 **Constituição Federal:** Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
(...)  
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

atender aos requisitos de habilitação, não haverá qualquer impeditivo.

No entanto, uma das formas de contratação comum das OSCs pela Administração Pública é por meio dos processos de contratação direta. A própria Constituição prevê que, “*ressalvados os casos especificados na legislação*”, a licitação é obrigatória. Esses casos consistem, dentre outros, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A diferença entre as duas figuras é simples de ser traçada. A dispensa de licitação ocorre quando, embora teoricamente possível, o legislador – por uma decisão política – entende que a licitação não seria conveniente. Já a inexigibilidade tem lugar quando a competição não é jurídica ou faticamente possível. Isso ocorre quando há singularidade do sujeito (ou seja, apenas uma pessoa é capaz de executar o objeto para a Administração Pública) ou singularidade do objeto (apesar de existir mais de um potencial contratado, a Administração não consegue estabelecer critérios objetivos para definir qual será a melhor solução a ser executada). Na inexigibilidade, há ainda a hipótese de “credenciamento”, em que o objetivo da Administração é contratar com o maior número possível de pessoas privadas.

Por conta dessas diferenças, costuma-se apontar que as hipóteses de dispensa previstas na lei são taxativas. Não cabe ao administrador público criar situações por meio de atos administrativos normativos. Por isso, vale comparar aqui as hipóteses em que as OSCs podem ser contratadas diretamente por dispensa de licitação.

Como se pode perceber pela tabela na página seguinte, não foram tantas as modificações realizadas na Nova Lei de Licitações. Foram suprimidas, basicamente, apenas duas hipóteses de dispensa de licitação em que as entidades do terceiro setor poderiam ser contratadas diretamente.

Em relação à inexigibilidade de licitação, justamente porque sua aplicabilidade pressupõe a impossibilidade fática ou jurídica de licitação, as hipóteses constantes no art. 74 da Nova Lei de Licitações são exemplificativas. E, mesmo ao se comparar as leis em questão, não há modificações substanciais.

Seja por dispensa, seja por inexigibilidade, a contratação direta demanda processo administrativo prévio, a fim de avaliar se as hipóteses legais de cabimento foram satisfeitas no caso concreto, se a pessoa a ser contratada tem condições para tanto e para obter a proposta comercial. Nesse ponto, a Nova Lei de Licitações, em seu art. 72, procurou disciplinar o tema mais do que a Lei nº 8.666/1993.

## A influência da Nova Lei de Licitações nos regimes de contratações de OSCs

O terceiro e último cenário diz respeito à influência, ainda que indireta, da Lei nº 14.133/2021 sobre os procedimentos internos de contratação estabelecidos pelas organizações da sociedade civil.



## DISPENSA DE LICITAÇÃO (HIPÓTESES GERAIS)

## Lei nº 14.133/2021

**Art. 75. É dispensável a licitação:**

- IV – para contratação que tenha por objeto: (...)  
d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;
- j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
- V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
- VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;
- XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;
- XV – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;
- Sem correspondência no art. 75 ou em outro dispositivo da Lei 14.133/2021

## Lei nº 8.666/1993

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

- XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e patrocínio de direito de uso ou de exploração de criação protegida.
- XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.
- XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.
- 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;
- 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.
- 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 a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
- XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.
- XXXIII – na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de sistemas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

Qualquer associação ou fundação – qualquer entidade do terceiro setor – não está obrigada a realizar licitações públicas para as suas contratações. Afinal de contas, o seu regime jurídico é o de direito privado, o que implica afirmar que, nas suas relações jurídicas, vige o princípio da liberdade. Assim, se dada conduta não estiver vedada pela lei, tal comportamento será permitido. É o que prevê o art. 5º, II, da Constituição Federal (*“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*).

No entanto, muitas dessas entidades acabam entrando numa relação jurídica (complexa) com o Poder Público por meio de “convênios” (no sentido mais amplo do termo, não importando aqui o regime jurídico específico, se da Nova Lei de Licitações, do MROSC etc.). Nesses casos, há uma distinção extremamente importante: os convênios (em sentido amplo) em que há repasse de recursos públicos, dos que não há este repasse. Isso ocorrerá nos casos de contrato de gestão com OSs, termos de parcerias com OSCIPs e termos de colaboração e fomento com as demais OSCs. Isso é importante porque, nessas situações, a entidade do terceiro setor passa a ser considerada gestora de recursos públicos, do que decorre uma série de consequências jurídicas restritivas da liberdade de tais entidades incidirá.

Em primeiro lugar, tal entidade deverá prestar contas desses recursos para os órgãos fiscalizadores, conforme prevê o art. 70, parágrafo único, da Constituição. Assim, além dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal (como a Controladoria-Geral da União), a OSC também pode ser chamada a prestar

contas perante o Tribunal de Contas da União.

Essa é uma característica extremamente relevante, porque o âmbito de liberdade da entidade do terceiro setor diminui. Embora esse tipo de entidade não seja uma integrante da Administração Pública, o fato de ser gestora de recursos públicos limita seu espaço de atuação. Esse espaço é limitado, em primeiro lugar, pelo próprio convênio (em sentido amplo) que repassa o recurso público ou bem público. Assim, tal ato jurídico estabelecerá uma série de obrigações a serem cumpridas pela entidade, como, por exemplo, cumprir com as diretrizes do órgão supervisor, obrigações de informar suas atividades, dentre outras. Ademais, os recursos públicos por ela geridos somente poderão ser aplicados nos termos definidos no ajuste.

Além das limitações fixadas no próprio ajuste, há outras que decorrem diretamente do art. 70 da Constituição e de outras leis. Se os recursos públicos repassados forem usados de forma distinta da prevista no convênio (sempre aqui em sentido amplo, o que abrange os instrumentos do MROSC, por exemplo), não apenas a entidade do terceiro setor poderá ser responsabilizada, mas também seus dirigentes.

Convém exemplificar. O art. 8º da Lei nº 8.443/1992 (a “Lei Orgânica do TCU”, ou “LOTUCU”) confere ao TCU a competência para instaurar o processo de tomada de contas especial (TCE). A TCE poderá ser instaurada contra a OSC e seus dirigentes se eles não prestarem contas dos recursos repassados. Ou ainda, se

não ficar comprovada a aplicação dos recursos federais repassados conforme previsto no contrato de gestão. A TCE também terá cabimento se houver indícios de que houve desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou se for praticado qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário. Aliás, não apenas o TCU pode instaurar uma TCE, mas também o órgão supervisor. Aliás, se ele não o fizer quando deveria fazê-lo, tal órgão responde solidariamente.

Feita uma tomada de contas pelo TCU, algumas consequências são possíveis. O Tribunal pode julgar as contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares (art. 10, § 2º, da LOTCU). O caso mais sério é o do julgamento de contas irregulares. Isso ocorrerá se o TCU reputar caracterizada:

**(i)** a omissão no dever de prestar contas; **(ii)** prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou com infração à norma contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; **(iii)** a existência de dano ao erário pela prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; e **(iv)** desfalque ou desvio de recursos e bens públicos (art. 16, III, da LOTCU). Nesse caso, consequências possíveis são as seguintes:

**(i)** responsabilidade solidária entre o gestor dos recursos públicos (agente público ou não) e a pessoa jurídica que hajam incorrido no dano apurado (art. 16, § 2º), isto é, o dano será imputado a ambos, que terão o dever de indenizar a União, cujo valor será atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora (art. 19);

**(ii)** aplicação de multa correspondente a 100% do valor atualizado do dano ao erário (art. 57);

**(iii)** aplicação de multa pecuniária ao responsável (art. 58);

**(iv)** se a maioria absoluta dos membros do TCU considerar a infração grave, o responsável ficará inabilitado por um período de 5 (cinco) a 8 (oito) anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública federal (art. 60).

As medidas acima estão detalhadas ainda no Regimento Interno do TCU e em outros atos administrativos normativos do Tribunal. O importante a ser destacado aqui é a gravidade das sanções que poderão ser aplicadas, sempre em vista da intensidade da lesão gerada pela infração. A avaliação dessa gravidade compete ao TCU.

Mas existem ainda outras sanções que decorrem do fato de ser gestor de recursos públicos. A Lei nº 8.429/1992 (a "Lei de Improbidade") estabelece as infrações por improbidade administrativa. Os sujeitos que podem incorrer nas sanções desta Lei não são apenas os agentes públicos, integrantes da Administração Pública (de qualquer esfera federativa). Mas também as pessoas que não são agentes públicos, mas que induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficie de forma direta ou indireta (art. 3º). É com base nesse dispositivo legal que a própria OSC e/ou seus dirigentes podem ser sancionados por ato de improbidade administrativa.



Se a OSC e seus diretores praticarem, em conjunto com o agente público, algum dos atos tipificados nos arts. 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade, poderão ser sancionados pelo Poder Judiciário nos termos do art. 12. As sanções incluem o ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil (calculada em função do dano), proibição de contratar com o Poder Público e vedação a obtenção de incentivos fiscais ou creditícios.

Há também as sanções administrativas pela prática de atos de corrupção, tipificados na Lei nº 12.846/2013, a chamada “Lei Anticorrupção”. Não apenas a pessoa física, mas também a pessoa jurídica pode ser sancionada, não sendo necessário ser agente público. As sanções administrativas incluem multa e publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º). Em sede judicial, as sanções podem resultar no perdimento de bens que representaram vantagem ou proveito do ato de corrupção, a suspensão ou interdição parcial de atividades, a proibição do recebimento de incentivos públicos (ex.: fiscais) e, até mesmo, a extinção compulsória da pessoa jurídica (art. 19).

Por fim, também não é possível descartar – para a pessoa física que tenha praticado

ato tipificado no Código Penal como crime – as sanções penais, principalmente a de reclusão. Inclusive, o Poder Judiciário já incluiu os administradores de Organização Social no conceito de “*pessoa que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*” do art. 327, § 1º, do Código Penal. Esse dispositivo equipara tais pessoas a “funcionário público” para fins de aplicação dos crimes que alcançam funcionários públicos. Essa inclusão não me parece tecnicamente correta, mas ela já ocorreu (vide, por exemplo, STF, HC 131.672 AgR/DF).

Em vista dessas consequências jurídicas derivadas do repasse de recursos públicos a tais entidades, é muito comum que as leis específicas e/ou o próprio instrumento repassador do recurso preveja uma restrição específica no uso de tais valores: a realização de um processo competitivo para a contratação de terceiros pela entidade do terceiro setor.

A título de exemplo, a Lei nº 9.790/1999, em seu art. 4º, impõe como requisito para

obtenção da qualificação que o estatuto das organizações interessadas preveja a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, bem como a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes para coibir a obtenção de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação em processo decisório. E seu art. 14 é explícito ao determinar que a OSCIP deverá publicar regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Esse tipo de previsão é bastante comum, e são inúmeras as entidades do terceiro setor que possuem regulamentos próprios para a contratação de terceiros. E isso a leva a adotar tal regulamento não apenas nas contratações com recursos públicos, mas também mesmo quando não há recurso público envolvido.

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações, portanto, pode ser adotada por tais entes

como modelo para a implementação do regulamento a que se refere o **artigo 4º, inciso VIII da Lei nº 9.637/1998**<sup>17</sup>. Em especial, destaca-se o planejamento previsto no artigo 18 da Lei nº 14.133/2021, que, enquanto parte da fase preparatória do processo licitatório, prevê, dentre outros pontos, **i) a definição da necessidade da contratação; ii) a definição do objeto a atender tal necessidade; iii) a definição das condições de execução e pagamento; iv) o orçamento estimado; v) a elaboração de edital para contratação; vi) a elaboração de minuta de contrato; e vii) o regime de fornecimento de bens, prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia**<sup>18</sup>.

Enfim, o objetivo aqui não é ser exaustivo. Outras tantas disposições da Nova Lei de Licitações poderiam ser adotadas por analogia ou serem transpostas para os respectivos regulamentos. Neste ponto, como não há obrigação jurídica de seguir a Nova Lei de Licitações, caberá à própria entidade avaliar em que medida tais normas serão úteis a ela, considerando a necessidade de flexibilidade na sua atuação.

- 17 **Lei nº 9.637/1998:** Art. 4º. Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:  
(...)  
VIII – aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade; (...).
- 18 **Lei nº 14.133/2021:** Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: I – a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II – a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; IV – o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; V – a elaboração do edital de licitação; VI – a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; VII – o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala; VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; IX – a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; X – a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; XI – a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

## CONCLUSÃO

Diante das novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações, este artigo se propôs a abordar as hipóteses de sua aplicação ao terceiro setor.

Ao abordar tais hipóteses, mais do que oferecer uma análise exaustiva da aplicação da Nova Lei Licitações ao terceiro setor, este artigo buscou elucidar alguns aspectos de seu impacto para as organizações da sociedade civil. Dada a promulgação recente da Lei, é de esse esperar que muitos questionamentos ainda serão levantados a seu respeito. Assim, ao menos no que se refere às organizações da sociedade civil, espera-se ter trazido maior clareza quanto ao escopo da Nova Lei e os impactos que ela pode trazer para as OSCs.



## Resumindo este capítulo | O impacto da nova Lei de licitações para as OSCs

A **Lei nº 8666/1993**, responsável por regular as licitações e contratos da Administração Pública, prevê em seu **artigo 116** que suas disposições são aplicáveis, no que couber, aos convênios, acordos e instrumentos congêneres celebrados com a Administração Pública.

A **Lei nº 9.790/1999**, que instituiu a qualificação de **Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)**, previu a figura do **Termo de Parceria** como instrumento para formalizar as parcerias firmadas entre as entidades qualificadas como OSCIP e a Administração Pública.

05.10.1988

21.06.1993

15.05.1998

23.03.1999

O **artigo 199, §1º, da Constituição Federal**, estabelece que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante **contrato de direito público ou convênio**, tendo preferência às **entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos**.

Previsto na **Lei nº 9.637/1998**, o contrato de gestão é o instrumento empregado na formalização das parcerias entre o Poder Público e as entidades qualificadas como **organizações sociais**. Apesar da regulação por referida lei, as organizações sociais se enquadram no conceito de organização da sociedade civil que veio a ser adotado posteriormente pela **Lei nº 13.019/2014**.

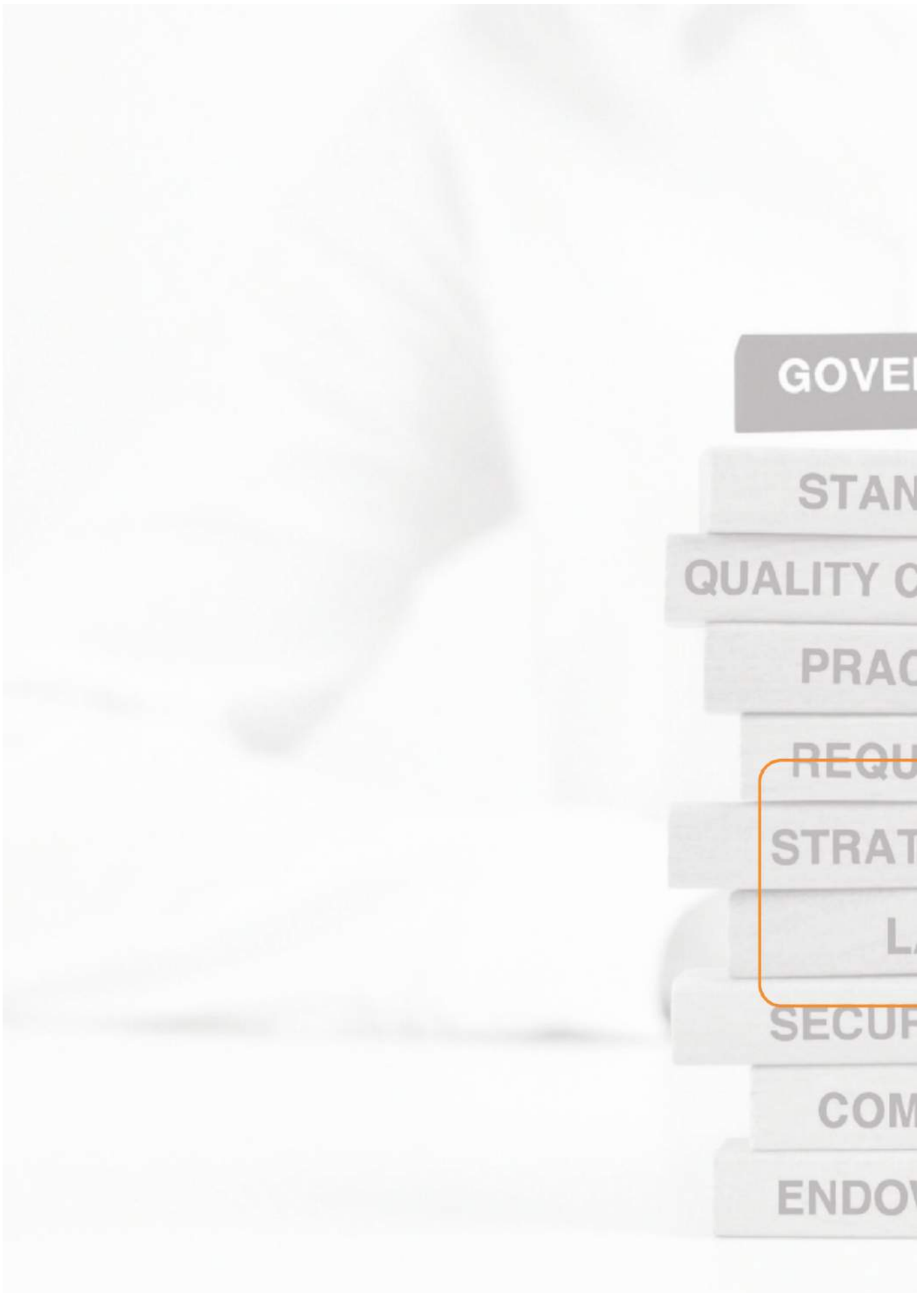


O **artigo 184 da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021)**, prevê a aplicação da Lei a convênios, acordos e instrumentos congêneres celebrados pela Administração Pública **apenas na ausência de norma específica.**

31.07.2014

01.04.2021

A **Lei nº 13.019/2014** estabeleceu regime jurídico próprio para disciplinar as parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, vedando a aplicação da Lei nº 8.666/1993 a tais parcerias, em seu **artigo 84**. Porém, em seu parágrafo único, referido artigo estabelece que o **artigo 116 da Lei nº 8.666/1993** se aplica aos convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculados e aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas sem fins lucrativos que participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde.



PERFORMANCE

STANDARDS

CONTROL

PRACTICES

REQUIREMENTS

STRATEGY

LAWS

SECURITY

COMPLIANCE

GOVERNMENT

# Governança de fundos patrimoniais: as inovações da Lei nº 13.800/2019 e seu potencial de impacto para a filantropia no país

Flavia Regina de Souza Oliveira  
e Juliana Furini de Vasconcellos Puntel

## Introdução: fundos patrimoniais no contexto internacional e brasileiro

Largamente utilizados no exterior, amparados por legislação correspondente em diversos países como Estados Unidos, Inglaterra, Rússia, Índia, México e China, os fundos patrimoniais foram regulamentados recentemente no Brasil, por legislação que está completando 3 anos e já indica mudanças no setor.

Historicamente, apesar de muitas organizações pioneiras terem estruturado internamente fundos filantrópicos próprios, o Brasil não acompanhou, por muitos anos, o debate internacional sobre a necessidade de regulamentação da figura e seus avanços. Foi apenas na última década que as discussões ganharam força e movimento, destacando a importância de suprir a lacuna percebida, em prol do financiamento de ações de interesse público.

Em meio à movimentação supramencionada, é importante dizer que o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Lei nº 13.019/2014 – “MROSC”), sancionado 5 (cinco) anos antes, renunciou, com naturalidade na previsão, a possibilidade de existência de figura semelhante, prevendo a possibilidade de **“constituição de Fundo**

**Patrimonial” para essas entidades**<sup>1</sup>, ao tratar da natureza e características das organizações da sociedade civil. De fato, muitas organizações já buscavam sua sustentabilidade financeira, estruturando internamente fundos contábeis, que contam muitas vezes com regras de governança e resgate estabelecidas em regimentos próprios, os denominados “fundos filantrópicos próprios”. Diante da ausência de regulamentação específica, muitas organizações lidavam com incertezas sobre tais estruturas, suas limitações e eventuais riscos envolvidos.

Com a tragédia ocorrida no Museu Nacional, a Medida Provisória nº 851/2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.800/2019, instituiu figura jurídica específica para os fundos patrimoniais, com regras de funcionamento delimitadas, estabelecendo que sejam constituídos e geridos por organizações dedicadas exclusivamente para tanto, as chamadas organizações gestoras de fundo patrimonial. A nova figura busca conferir segurança, transparência, publicidade, perenidade, credibilidade, profissionalização, escalabilidade, solidez e longevidade – o que se deve, em muito, à estrutura de governança exigida pela Lei.

No presente capítulo, considerando o histórico da bagagem nacional com os fundos estruturados internamente por entidades, as previsões da Lei nº 13.800/2019 e a experiência acumulada desde o surgimento (ainda que recente) da figura, trataremos dos mecanismos

1 Art. 2º, I, “a” da **Lei nº 13.019/2014**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm)>. Acesso em 25/08/2021.

relacionados à governança para o sucesso de implementação do modelo, bem como sobre os pontos controversos de sua aplicação.

## A Lei nº 13.800/2019 e a estrutura de governança prevista

Nos termos da Lei nº 13.800/2019 (que a seguir será referida apenas como “Lei”), fundo patrimonial é o **“conjunto de ativos de natureza privada instituído, gerido e administrado pela organização gestora de fundo patrimonial com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo, a partir da preservação do principal e da aplicação de seus rendimentos”<sup>2</sup>**.

Trata-se, pois, da adaptação de um instrumento de mercado para alavancagem de recursos, a ser utilizada para finalidades sociais e de interesse público.

Considerando as possibilidades de fontes de recursos para as entidades sem fins lucrativos, os fundos patrimoniais

destacam-se como uma alternativa estável e segura, caracterizada por sua perenidade – garantindo longevidade às atividades sociais. Como menciona o próprio texto legal, a instituição do fundo patrimonial se dá com a intenção de **constituir fonte de recursos de longo prazo** para o fomento das instituições apoiadas e para a promoção de causas de interesse público, estando contempladas a educação, a ciência, a tecnologia, a pesquisa e a inovação, a cultura, a saúde, o meio ambiente, a assistência social, o desporto, a segurança pública, os direitos humanos e, ainda, genericamente, nos termos da legislação, as *“demais causas de interesse público”*.

Para o funcionamento do modelo, a Lei prevê a participação de três pessoas jurídicas distintas, sendo as duas primeiras obrigatórias quando da decisão pela adesão ao quanto previsto na legislação para instituição do fundo patrimonial, quais sejam:

### 1. Organização Gestora de Fundo Patrimonial (OGFP): “instituição



<sup>2</sup> Artigo 2º, IV, Lei nº 13.800/2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13800.htm) >. Acesso em 25/08/2021.

*privada sem fins lucrativos instituída na forma de associação ou de fundação privada com o intuito de atuar exclusivamente para um fundo na captação e na gestão das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído” (artigo 2º, II da Lei nº 13.800/2019);*

2. **Instituição Apoiada:** *“instituição pública ou privada sem fins lucrativos e os órgãos a ela vinculados dedicados à consecução de finalidades de interesse público e beneficiários de programas, projetos ou atividades financiados com recursos de fundo patrimonial” (artigo 2º, I da Lei nº 13.800/2019); e*
3. **Organização Executora:** *“instituição sem fins lucrativos ou organização internacional reconhecida e representada no Brasil, que atue em parceria com instituições apoiadas, sendo responsável pela execução dos programas, projetos e de demais finalidades de interesse público” (artigo 2º, III da Lei nº 13.800/2019).*

Como se pode observar, a **organização gestora de fundo patrimonial** é a **protagonista do modelo** proposto, responsável por instituir e abrigar o fundo patrimonial e atuar exclusivamente para essa finalidade. Destaque-se que a atuação de modo exclusivo na captação e gestão dos

recursos do fundo é uma das principais inovações da Lei – e um dos fatores de maior resistência por parte de alguns para sua adesão, em razão da impossibilidade de operar projetos na estrutura da organização gestora.

De fato, cada uma das organizações mencionadas possui seu papel para o funcionamento da parceria, com atribuições específicas, de modo que podem ser vistas como **fortes ímãs para doadores, considerando a solidez do modelo proposto**. Isso porque, no momento da doação, o doador saberá exatamente o luxo a ser seguido pelos recursos e, mais ainda, poderá decidir, conforme sua conveniência e objetivo, a forma de alocação desses recursos – considerando as distintas **modalidades de doação previstas na Lei<sup>3</sup>** – com a certeza da preservação de sua vontade.

Ainda, considerando a estrutura tripartite prevista pela Lei, **o patrimônio do fundo patrimonial** será contábil, administrativa e financeiramente **desvinculado**, para todos os fins, **do patrimônio de seus instituidores, da instituição apoiada e da organização executora** – o que, como dito, constitui uma das grandes vantagens do modelo para atração de doadores.

Como é fácil perceber, a estrutura do modelo instituído pela Lei é robusta em todos os níveis – não sendo diferente em relação aos órgãos de administração e governança, como detalharemos a seguir.

3 A Lei nº 13.800/2019 prevê, em seu artigo 14, 3 (três) modalidades de doação, quais sejam: (i) doação permanente não restrita: recurso cujo principal é incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial e não pode ser resgatado, e os rendimentos podem ser utilizados em programas, projetos e demais finalidades de interesse público; (ii) doação permanente restrita de propósito específico: recurso cujo principal é incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial e não pode ser resgatado, e os rendimentos podem ser utilizados em projetos relacionados ao propósito previamente definido no instrumento de doação e (iii) doação de propósito específico: recurso atribuído a projeto previamente definido no instrumento de doação, que não pode ser imediatamente utilizado e que deve ser incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial para fins de investimento, cujo principal pode ser resgatado de acordo com os termos e as condições estabelecidos no instrumento de doação.

## Órgãos de governança da organização gestora de fundo patrimonial

No Capítulo II da Lei são definidas as regras para a constituição da organização gestora, a composição de seus órgãos deliberativos e consultivos e as finalidades e funcionamento do fundo patrimonial. Como estrutura mínima para composição dos órgãos de gestão e governança, são previstos no artigo 5º: **(i)** Conselho de Administração, **(ii)** Conselho Fiscal e **(iii)** Comitê de Investimentos, sem prejuízo da instituição de outros órgãos. Cabe destaque, quanto à estrutura sugerida, sobre a possibilidade de criação de “órgãos semelhantes” aos previstos, sendo que a própria Lei já indica as competências e composição – por vezes, fixa – desses órgãos, de modo que a aparente flexibilidade concedida não possui grandes efeitos práticos que não o de dar outros nomes aos órgãos obrigatórios.

O Conselho de Administração é, na forma como prevista pela Lei, o principal órgão de gestão da organização, responsável por deliberar sobre as demonstrações financeiras e prestação de contas, composição dos demais órgãos de governança, celebração dos instrumentos de parceria e até alteração do Estatuto Social. No tocante a essa última competência, a Lei acertadamente

indica que poderá ser de competência da Assembleia Geral, caso a organização gestora seja uma associação sem fins lucrativos, considerando a competência privativa para tal deliberação no modelo associativo. De todo modo, é de atribuição do Conselho a definição de planejamentos de longo prazo, estratégias, diretrizes de atuação e políticas para a Organização Gestora, sendo composto por até sete membros remunerados (admitidos outros membros sem remuneração).

Já o Conselho Fiscal avalia anualmente as contas e fiscaliza a gestão da organização, devendo ser composto por 3 (três) pessoas físicas eleitas pelo Conselho de Administração (ou pela Assembleia Geral, como permite a Lei, no caso das organizações constituídas como associação sem fins lucrativos), com formação nas áreas de administração, economia, atuária ou contabilidade – exigência que está em linha com as melhores práticas de **governança corporativa**<sup>4</sup>, sendo recomendável também previsões que garantam sua independência, tais como que não integrem o quadro associativo e/ou tenham qualquer vínculo com a gestão da organização.

O Comitê de Investimentos, por sua vez, coordena a gestão dos recursos, recomenda ao Conselho de Administração a Política de Investimentos, regras de resgate e uso dos recursos, e elabora relatório anual sobre os investimentos. Deve ser composto por 3 (três) ou 5 (cinco) membros, também eleitos pelo Conselho de Administração (ou pela Assembleia Geral, no caso das associações), escolhidos

4 Guia das Melhores Práticas para Organizações do Terceiro Setor: Associações e Fundações / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016. Página 69. Disponível em: < [https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/22111/GUIA\\_3SETOR\\_WEB.pdf](https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/22111/GUIA_3SETOR_WEB.pdf). >

entre pessoas com conhecimento e formação, preferencialmente, nas áreas de administração, economia, atuária ou contabilidade, com experiência nos mercados financeiros ou de capitais e registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O artigo 10, em seu Parágrafo 4º, indica que o Comitê de Investimentos será órgão facultativo para fundos patrimoniais que possuam patrimônio inferior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), hipótese de dispensa que considera a governança mais enxuta, sendo possível – e esperado – que o fundo patrimonial atinja maturidade suficiente para incorporação deste órgão (ou semelhante) na governança. Para fundos mais robustos, a Lei ainda permite a contratação de pessoa jurídica gestora de recursos registrada CVM, para operacionalizar a aplicação financeira correspondente.

Além dos órgãos previstos pela Lei, a organização gestora pode contar com outras figuras em sua governança, tais como o Conselho Consultivo e a Diretoria, a depender do porte, perfil e forma de funcionamento da organização, como será explorado adiante.

## A profissionalização dos órgãos de governança

Outra inovação bastante relevante diz respeito à possibilidade de **remuneração** pela organização gestora de fundos patrimoniais dos integrantes dos órgãos **previstos na estrutura mínima de**



**governança** para funcionamento do fundo patrimonial: o Conselho de Administração, o Comitê de Investimentos e o Conselho Fiscal (artigo 12 da Lei nº 13.800/2019), observado o rendimento do fundo.

Vale lembrar que, por muitos anos, a legislação tributária (Lei nº 9.532/1997), ao estabelecer as condições para a fruição dos regimes de imunidade ou isenção, impedia que as entidades remunerassem seus dirigentes estatutários – com exceção àquelas entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei nº 9.790/1999, que sempre puderam remunerar seus dirigentes, observando o teto do funcionalismo público federal. A partir de alterações legislativas da última década (pelas Leis nº 12.868/2013, 13.151/2015, 13.204/2015) é que as entidades puderam remunerar seus dirigentes atuantes na gestão executiva, a valor de mercado, observados os requisitos estabelecidos pelos artigos 3º e 16 da Lei nº 9.790/1999.

Assim, a previsão de remuneração de órgãos como o Conselho de Administração





e Conselho Fiscal é novidade no contexto das entidades sem fins lucrativos, sendo uma conquista importante relacionada à profissionalização da gestão com vistas à implementação qualificada e especializada de todas as ferramentas necessárias ao sucesso do modelo. Ainda, vale destacar que recentemente a própria **Receita Federal**<sup>5</sup> se manifestou favoravelmente sobre o tema, no sentido de que a remuneração dos integrantes desses órgãos não afasta o regime tributário aplicável as entidades, desde que cumpridos os demais requisitos legais.

A propósito, apesar da Lei não prever a figura de uma Diretoria estatutária, entendemos que sua instituição é possível, inclusive de forma remunerada, à luz da legislação tributária atual. A figura, ainda que não obrigatória, é altamente recomendada, para o bom funcionamento e desenvolvimento da organização, uma vez que o exercício de uma gestão executiva qualificada, por órgão estatutário que executa as deliberações estratégicas do Conselho e concentra a representação legal da

organização, pode levar a organização a outros patamares e níveis de excelência.

De fato, para a sustentabilidade da organização (elemento essencial nas organizações gestoras), a distinção das atribuições estatutárias entre Conselho e Diretoria Executiva (ou outro órgão execute as ações e represente legalmente a entidade) é essencial, como indica o Guia das Melhores Práticas para Organizações do Terceiro Setor: Associações e Fundações, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC):

***“Buscando a sustentabilidade, viabilidade e a longevidade da associação, o CA deve assegurar-se de que a gestão executiva também potencialize as ações de interesse público e incorpore considerações de ordem social, ambiental e econômica na definição de suas atividades. (...) O executivo principal atua como elo entre as equipes executiva e técnica e os conselhos e demais órgãos estatutários. Ele deve prestar contas aos órgãos superiores da administração e é o responsável pela representação da entidade e execução das diretrizes fixadas.”***<sup>6</sup>

5 Solução de Consulta nº 178/2021. Sobre o ponto, necessário analisar explicações adiante sobre o regime tributário aplicável, conforme entendimento da RFB. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sjjud2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=120857> >

6 Guia das Melhores Práticas para Organizações do Terceiro Setor: Associações e Fundações / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016, p.38 e 55.

A propósito, é importante considerar que, ainda que a organização gestora não desenvolva atividades próprias, promove, incentiva e apoia atividades de terceiros, devendo considerar os critérios de ordem social, ambiental e econômica em todas as suas deliberações.

A profissionalização da governança pode também ser atrativa para a expansão do modelo de fundos patrimoniais para outros setores ou nichos de atuação, a exemplo de sua utilização como veículo de captação de recursos privados para causas de interesse público, advindos de operações de desestatização – a chamada filantropização via privatização. Essa interessante proposta vem da ideia de que fundos patrimoniais podem ser constituídos a partir de parte dos recursos advindos da privatização conduzida pelos governos e outras fontes alternativas de recursos oriundas de Termos de Ajustamento de Conduta, acordos de leniência e privatizações, viabilizando os anseios de grande parte da sociedade de que tais recursos sejam destinados a finalidades sociais e de interesse geral. Para essa discussão, um ponto central é como garantir transparência e lisura na destinação e uso dos recursos. Nesse sentido, os fundos patrimoniais com sua governança robusta e regras rígidas de transparência podem oferecer a segurança necessária.

**Logo, a filantropização via privatização veria garantida a catalisação para participação de outros stakeholders no processo de evolução dessas entidades.<sup>7</sup>**



## Particularidades das instituições apoiadas com exclusividade

As organizações gestoras de fundo patrimonial podem apoiar exclusivamente alguma entidade sem fins lucrativos ou alguma instituição pública. Essas duas modalidades de apoio exclusivo possuem alguns pontos em comum, e algumas distinções (especificamente em relação às instituições públicas apoiadas com exclusividade) – a seguir exploradas.

Apesar da precisão com que os órgãos de governança são detalhados pela Lei, é notória a flexibilização quando se trata de organizações gestoras que apoiam apenas instituições privadas sem fins lucrativos. Em relação ao Conselho de Administração, por exemplo, há possibilidade de ser constituído pela quantidade de membros que a entidade desejar, sem mandato com prazo definido e com possibilidade de

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://idis.org.br/wp-content/uploads/2016/11/publicacao-filantropizacao-via-privatizacao-vFinal.pdf>>.



recondução também aberta (artigo 8º da Lei nº 13.800/2019).

Já para o Conselho Fiscal e Comitê de Investimentos, mesmo quando a apoiada é uma sem fins lucrativos privada, a norma define o exato perfil daqueles que devem figurar como membros – como mencionado no tópico referente aos órgãos de governança da organização gestora do fundo patrimonial.

Quando a parceria com a instituição apoiada possui cláusula de exclusividade, esta pode indicar um representante com direito a voto para compor o Conselho de Administração, o que naturalmente demonstra a possibilidade de defesa e representação dos melhores interesses da instituição apoiada. Além disso, o instrumento de apoio, quando firmado nessa ocasião, deverá prever, dentre outros, os critérios objetivos verificáveis de seleção da instituição financeira custodiante autorizada pelo Banco Central

a operar no Brasil e contratada para manter a custódia dos ativos financeiros do fundo patrimonial.

No que tange a possibilidade de apoio exclusivo às instituições públicas, da própria descrição do objeto (ementa) da nova norma vemos a *“autorização a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público (...)”*, de modo que é possível notar certa inversão na lógica de financiamento comumente utilizada para parcerias público-privadas, sendo os doadores – independentemente de serem estas pessoas físicas ou jurídicas – quem financiam, por vezes, a atividade pública (quando essa estiver ligada às finalidades de interesse público que os atraíam), e não o contrário.

O próprio surgimento da Lei parece cuidar de incentivar a possibilidade de exploração deste modelo de parceria justamente para os casos de instituições públicas apoiadas, de modo que, naturalmente, também em razão da natureza das parcerias que envolvem entidades públicas, há algumas regras adicionais à governança das gestoras que apoiem instituições públicas, com cláusula de exclusividade, estabelecendo-se maior complexidade em relação aos fundos patrimoniais vinculados a instituições privadas. Frise-se, ainda, que a natureza dos recursos direcionados aos fundos patrimoniais deverá ser privada, uma vez que a Lei proíbe a captação de recursos públicos (artigo 17 da Lei nº 13.800/2019).

Os impactos da Lei e da inovadora figura que capta recursos privados para

finalidades de interesse público já podem ser identificados, especialmente com o surgimento de organizações para apoio às universidades públicas, a exemplo da **Organização Gestora de Fundo Patrimonial da Universidade de São Paulo**<sup>8</sup>, recém-instituída com a finalidade de garantir uma fonte de recursos perene e estável para programas e atividades acadêmicas complementares, contribuindo para o desenvolvimento educacional e intelectual de alunos e ex-alunos da Universidade.

Para garantir a robustez, um exemplo das regras adicionais de governança é a obrigatoriedade de mandato com duração de 2 (dois) anos, com possibilidade de recondução, para membros do Conselho de Administração, o que garante a alternância de poder, bem como necessidade de composição por, no mínimo, 2 (dois) membros independentes que preencham os requisitos indicados para a garantia dessa independência. Como a legislação prevê a possibilidade de remuneração de todos os órgãos de governança, conforme já explorado, nesse caso, a remuneração deverá observar o limite da remuneração do dirigente máximo da instituição pública apoiada (artigo 12, Parágrafo 1º da Lei nº 13.800/2019).

No âmbito do Conselho de Administração, para garantia da transparência necessária, fica assegurada às pessoas físicas e aos representantes das pessoas jurídicas doadoras de recursos ao fundo patrimonial cujas doações representem mais de 10% (dez por cento) da composição total do fundo patrimonial, a participação nas reuniões do Conselho de Administração, porém sem direito

a voto. Mais ainda, o apoio exclusivo à instituição pública, quando de sua constituição, deve contar com a obtenção de anuência prévia do dirigente máximo da instituição pública apoiada (artigo 3º, Parágrafo único da Lei), considerando, inclusive, a possibilidade relacionada à obtenção de recursos a partir de sua marca e utilização de sua imagem, de maneira intrínseca, para atuação.

Os instrumentos contratuais que devem obrigatoriamente ser firmados nesse caso são o instrumento de parceria e os termos de execução. Esses instrumentos estabelecerão, respectivamente, as regras gerais e específicas da parceria, considerando o interesse mútuo das partes no fomento às causas de interesse público disponíveis. De todo modo, vale mencionar que é possível que outras entidades privadas apoiadas com exclusividade (ou não) repliquem a sistemática.

Veja-se infográfico nas páginas 162 e 163 contemplando as informações supracitadas, especialmente no que tange às diferenças a serem observadas quando do apoio exclusivo às instituições públicas.

## Alternativa à adesão ao previsto em lei: governança de fundos patrimoniais próprios ou autofinanciados

Como já mencionado, a instituição de fundos patrimoniais pelas entidades sem fins lucrativos não é novidade.

<sup>8</sup> Informações disponíveis em: < <https://uspfundopatrimonial.org.br/index.html#transparencia> >

São exemplos de fundos patrimoniais estruturados internamente por renomadas entidades, com o objetivo de potencializar as próprias atividades de interesse social, os fundos das entidades Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, Instituto Alana, Instituto Rodrigo Mendes, Associação Amigos da Poli e o Instituto Unibanco, ainda que nem todos mencionem, em seus atos constitutivos, **um fundo patrimonial propriamente dito**<sup>9</sup>.

É difícil, porém, medir com precisão o impacto dos fundos constituídos internamente, considerando a atuação privada das organizações e ausência de informações disponíveis e concretas sobre o desempenho e governança dos fundos patrimoniais instituídos no âmbito das próprias associações ou fundações ao longo do tempo, como bem indicou o **Grupo de Instituições Fundações e Empresas (GIFE)**<sup>10</sup> quando da análise da experiência de 16 (dezesesseis) instituições que mantinham fundos patrimoniais próprios ou autofinanciados. Destaque-se que dentre as 16 (dezesesseis) entidades, apenas 13 (treze) mencionavam em seu Estatuto Social a existência do fundo.

Como visto, é esse um dos **pontos que a Lei nº 13.800/2019 pretende alterar**, dando maior transparência e consequentemente **credibilidade** aos fundos patrimoniais, ao mesmo tempo em que garante a dedicação exclusiva da organização para a gestão dos fundos.

De fato, questão crucial a ser considerada no processo decisório de instituição de fundo patrimonial, nos termos da Lei por entidade já existente que deseje garantir a perenidade de seus recursos é a atuação exclusiva na gestão de recursos. Isso porque, além da legislação não permitir a execução de projetos diretamente pela organização gestora de fundo patrimonial, também há que se considerar a criação e manutenção de uma estrutura segregada em todos os níveis, garantindo efetiva autonomia, considerando que a organização gestora de fundo patrimonial não deve contar com a mesma estrutura organizacional que a instituição apoiada ou organização executora. Deve-se também ser levado em consideração que a constituição de nova entidade sem fins lucrativos aumenta os custos para a manutenção geral (de pessoal, por exemplo) e/ou aqueles relacionados ao registro de atos societários e contabilidade.

Assim, para algumas entidades o modelo previsto na Lei não será o mais adequado, podendo manter sua sustentabilidade financeira por meio de fundos estruturados internamente na própria organização. Nesse caso, a criação do fundo patrimonial ocorre mediante segregação de parcela do patrimônio da Fundação por utilização de conta contábil distinta, que será aplicada para obtenção de rendimentos financeiros. Não há, portanto, qualquer participação de outras pessoas físicas ou jurídicas nos rendimentos obtidos, sendo que referidos recursos devem ser aplicados nas

9 Fundos Patrimoniais Filantrópicos: sustentabilidade para causas e organizações. São Paulo, 2019. Disponível em: < [https://www.idls.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Livro\\_Fundos\\_Patrimoniais.pdf](https://www.idls.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Livro_Fundos_Patrimoniais.pdf) >. Acesso em: 28/07/2021.

10 Fundos patrimoniais e organizações da sociedade civil. Coleção Sustentabilidade Econômica das Organizações da Sociedade Civil. São Paulo, 2019. Disponível em <<https://sinapse.gife.org.br/download/fundos-patrimoniais-e-organizacoes-da-sociedade-civil>>. Acesso em: 25/07/2021.

finalidades sociais da própria organização, estando submetidos a regras e limitações especiais e previamente definidas no momento da instituição do fundo.

Para que os recursos financeiros sejam contabilizados em contas contábeis específicas ou alocados em fundos exclusivos, recomenda-se que haja previsão de utilização do fundo segregado em Estatuto Social, bem como a elaboração de regimento próprio para disciplinar a administração dos recursos – especialmente no que tange a governança do fundo, regras de resgate, critérios e condições para aporte nos projetos.

Nessa hipótese é importante lembrar, no entanto, que os integrantes dos órgãos de governança não poderão ser remunerados, exceto os integrantes da Diretoria Executiva, devendo a organização identificar voluntários que tenham habilidades e interesses convergentes.

Nesse sentido, as entidades que desejam constituir fundos patrimoniais ou aquelas que já possuem fundos patrimoniais estruturados internamente devem ponderar para a escolha do modelo que mais se adequa à sua realidade, considerando sua forma de organização, os montantes de recursos envolvidos, a relação mantida com doadores ou o apoio a projetos e causas de interesse público.

## Importância da governança na captação e fomento da cultura de doação

Para entendermos a importância de um marco regulatório nesse sentido e, mais ainda, um marco que contemple as especificidades mencionadas, importa lembrar que, no Brasil, a chamada cultura de doação não é uma realidade costumeira. Apesar de sermos conhecidos como um povo naturalmente solidário e empático, os brasileiros dissociam, muitas vezes, a atuação solidária a partir de doações sistemáticas e organizadas da efetiva implementação da cidadania.

A razão desta atuação pouco planejada e esporádica pode ser explicada, dentre outros motivos, pela descrença dos brasileiros nas organizações da sociedade civil. Mais ainda, muitas vezes as doações são realizadas por empresas a seus institutos ou fundações vinculadas, representando quase 30% (trinta por cento) da destinação dos recursos, enquanto 20% (vinte por cento) foram empregados em seus próprios **programas de investimento social**<sup>11</sup>.

**Nesse cenário**<sup>12</sup>, sabe-se que a sustentabilidade financeira das entidades do terceiro setor está sujeita ao fluxo regular de recursos para seu caixa, dependendo da entrada constante para sua sobrevivência. Com o intuito de manter a perenidade de suas atividades,

11 Censo GIFE 2016. FONTES, Mariana Levy Piza; VIOTTO, Aline. São Paulo: Gife, 2016.

12 Destaque-se que a análise não levou em consideração as alterações de cenário ocorridas com a pandemia de Coronavírus.

muitas entidades buscam formas criativas de **captar, manter e multiplicar seus recursos**<sup>13</sup>.

Para manter uma captação regular e seguir alterando a conjuntura relacionada à cultura de doações no país, é de suma importância, portanto, contar com uma atuação diligente e bem estruturada da governança.

Legais específicas sobre o tema foi recentemente **objeto de manifestação da Receita Federal do Brasil**<sup>16</sup>, em resposta a consulta formulada sobre diversas questões atinentes às Organizações Gestoras. No entendimento da RFB, o regime de imunidade constitucional não seria aplicável a essas entidades, ainda que dedicadas a causas e instituições

### VOCÊ SABIA?

No ano de 2021, no âmbito do *World Giving Index* (chamado **Ranking Global de Solidariedade**), estudo promovido anualmente pela **Charities Aid Foundation (CAF)**<sup>14</sup> para medir o nível de solidariedade dos países, o Brasil figurou em 54º lugar, com crescimento considerável nos últimos anos, mas não o suficiente para a criação de mecanismos frequentes e organizados de doação. Também segundo **a análise**<sup>15</sup>, são **desafios para a mudança em relação à cultura de doação** no Brasil: **(i)** ampliar o entendimento sobre a função das OSCs no país, **(ii)** a invisibilidade do papel transformador das doações para os brasileiros que não enxergam o papel transformador das doações, **(iii)** os brasileiros não confiam nas entidades do terceiro setor e **(iv)** os brasileiros acham que quem doa não deve divulgar que doou.

Assim, deve ser norteada pelos princípios de transparência, legalidade, busca pela máxima eficiência, economicidade e que reflita os melhores interesses da organização - para garantia do sucesso do modelo.

Por oportuno, vale destacar que o regime tributário aplicável às organizações gestoras de fundo patrimonial, ponto de incerteza pela ausência de disposições

educacionais, assistenciais e de saúde. Assim, às organizações gestoras, aplica-se o regime de isenção observado os requisitos previstos na Lei nº 9.532/1997.

Ainda, os únicos incentivos fiscais previstos na atual versão da Lei são relacionados à cultura, resultando na ausência de grandes atrativos sob a perspectiva tributária. De todo modo,

13 Disponível em: <<https://www.mattosfilho.com.br/unico/artigo/dia-de-doar>>

14 Destaque-se que a análise não levou em consideração as alterações de cenário ocorridas com a pandemia de Coronavírus.

15 GIFE. "Cultura de Doação" é o segundo episódio da websérie "Sustenta OSC". Disponível em: <<https://gife.org.br/cultura-de-doacao-e-o-segundo-episodio-da-webserie-sustenta-osc/>>. Acesso em 26/07/2021.

16 Solução de Consulta COSIT nº 178/2021, que entendeu pela inaplicabilidade do regime tributário de imunidade, constante do artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal, às organizações gestoras. Os entendimentos consolidados pela Solução de Consulta COSIT no 178/2021 possuem efeito vinculante perante toda a esfera da Receita Federal.

recentemente o setor teve uma boa notícia com o posicionamento favorável da Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta mencionada acima, no sentido de que os incentivos fiscais previstos na Lei nº 9.249/1995 também são aplicáveis aos doadores pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real que destinarem valores às OGFPs – os quais poderão ser contabilizados como despesa operacional, nos limites estabelecidos em Lei.

Outro ponto que vale destaque no que tange às questões de incentivos fiscais é a recente previsão do Marco Legal das *Startups* no sentido de que empresas que possuem obrigações de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação estão autorizadas a aportar esses recursos por meio de **fundos patrimoniais destinados à inovação**<sup>17</sup>. A previsão ainda pende de regulamentação, mas demonstra potencial oportunidade de amadurecimento do debate e do modelo.

Neste contexto indistinto, a solidez de sua governança deve atuar como um chamariz para o modelo, atraindo doadores, a partir de sua atuação profissional, eficiente e com segurança jurídica.

## Oportunidades de aprimoramento de boas práticas de governança do modelo: critérios de diversidade e inclusão

Apesar da indicação de que a atuação dos integrantes dos órgãos de governança deve se dar nos melhores interesses da organização, pautada pelos princípios norteadores já indicados, é interessante notar que a Lei nº 13.800/2019 não indica nenhum critério relacionado à diversidade e inclusão para composição dos órgãos de governança da organização gestora de fundo patrimonial ou mesmo relacionados à parceria. Ainda que outros normativos possam trazer previsões relacionadas ao tema, a Lei perde a chance de observar tendências cada vez mais presentes no ambiente das organizações.

A sociedade brasileira como um todo passou a entender como inaceitável a falta de representatividade em órgãos de governança, buscando investir seus recursos (pessoais, familiares,

17 **Lei Complementar nº 182/2021**, artigo 9º: “As empresas que possuem obrigações de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação, decorrentes de outorgas ou de delegações firmadas por meio de agências reguladoras, ficam autorizadas a cumprir seus compromissos com aporte de recursos em startups por meio de: I - fundos patrimoniais de que trata a Lei no 13.800, de 4 de janeiro de 2019, destinados à inovação, na forma do regulamento.”.



empresariais), em instituições preocupadas com questões de gênero, raça, etnia, ambientais e sociais no geral.

No âmbito regulatório, nota-se tendência do surgimento de projetos de lei para criação de cota obrigatória mínima de participação de mulheres em conselhos de administração de companhias abertas, de empresas públicas, de sociedades de economia mista e outras companhias em que a União seja controladora, por exemplo. Mais ainda, há notória preocupação dos órgãos regulatórios com maior transparência e diversidade, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que promoveu, recentemente, **audiência pública**<sup>18</sup> para discussão da reforma de Instrução visando a divulgação de informações mais aprofundadas sobre questões ambientais, riscos sociais e de governança, incluindo dados sobre a diversidade nos cargos de administração.

O mercado, por sua vez, também vem passando a agir assim. Há demanda dos investidores para que as organizações prezem pela diversidade nos conselhos, sendo inclusive essa uma **condição para realizar o investimento**<sup>19</sup> Segundo **dados da McKinsey**<sup>20</sup>, as empresas com maior diversidade de gênero em suas equipes executivas, por exemplo, possuem maior probabilidade de obter lucratividade acima da média e à criação de valor.

Por óbvio, portanto, aquelas organizações gestoras de fundo patrimonial que estiverem preocupadas em garantir que sua gestão e administração sejam diversas e representativas, deverão gerar maior valor para o fundo patrimonial, garantindo, inclusive, a redução de ações excessivamente arriscadas e o incentivo à tomada de **melhores decisões**<sup>21</sup>, sendo terreno fértil para atração de doadores.

18 Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-lanca-audiencia-publica-sobre-mudancas-na-instrucao-480-c422431220f742f19fa6061a498cb456>>.

19 Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/blog/board-index-2020-diversidade-conselho-entrevista>>.

20 Delivering through Diversity. Pesquisa McKinsey. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/delivering-through-diversity>>.

21 Pesquisa: Quando as mulheres estão em placas, CEOs masculinos são menos confiantes (por Jie Chen, Woon Sau Leung, Wei Song, e Marc Goergen). Disponível em: <<https://hbr.org/2019/09/research-when-women-are-on-boards-male-ceos-are-less-overconfident?language=pt>>.

## CONCLUSÃO

Como explorado no presente artigo, a Lei inova ao prever que o fundo patrimonial deve ser instituído, gerido e administrado por uma organização gestora de fundo patrimonial que destinará seus recursos a causas ou entidades de interesse público.

Assim, para estruturação de uma organização gestora de fundo patrimonial, deve-se ter em mente, além do tipo societário selecionado (associação ou fundação, considerando a obrigatoriedade de serem constituídas como instituições sem fins lucrativos), o modelo de apoio selecionado: se múltiplo para instituições e/ou causas de interesse público ou se exclusivo para uma entidade e, nesse segundo caso, se instituição pública ou não.

Ainda, para buscar a **perpetuidade do principal**<sup>22</sup> e atrair investidores, a organização gestora deve contar com uma governança estável, porém alternada. À primeira vista, pode parecer contraditória a afirmação. Ocorre que, de um lado, a busca pela estabilidade se vê

estritamente ligada à perpetuidade pretendida, sem que sejam assumidos grandes riscos relacionados ao patrimônio, por exemplo, tornando o retorno previsível e garantindo a prolongação do apoio às causas de interesse social no tempo. Já de outro lado, também importa que seja garantida a alternância e renovação de seu pessoal e seus administradores, considerando a importância de adaptação aos avanços sociais e **mudanças inevitavelmente trazidas com o tempo**<sup>23</sup>. Nesse ponto, a despeito das indicações previstas na legislação para a governança, é fundamental considerar que o **“desenho preciso, alinhado à sua função e causa, promove a confiança necessária para que o doador contribua para a composição de um capital de longo prazo”**.<sup>24</sup>

Mais ainda, do lado do relacionamento entre as organizações, pensemos, analogicamente, em um cabo de aço. Este será inevitavelmente travado entre a instituição apoiada, a qual, por óbvio,

22 Nos termos do artigo 2º, V da Lei nº 13.800/2019: “somatório da dotação inicial do fundo e das doações supervenientes à sua criação”.

23 Fundos patrimoniais e organizações da sociedade civil. Coleção Sustentabilidade Econômica das Organizações da Sociedade Civil. São Paulo, 2019. Disponível em <<https://sinapse.gife.org.br/download/fundos-patrimoniais-e-organizacoes-da-sociedade-civil>>. Acesso em: 25/07/2021.

24 Fundos Patrimoniais Filantrópicos: sustentabilidade para causas e organizações. São Paulo, 2019. Disponível em: <[https://www.idis.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Livro\\_Fundos\\_Patrimoniais.pdf](https://www.idis.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Livro_Fundos_Patrimoniais.pdf)>. Acesso em: 28/07/2021.

busca a obtenção de mais recursos para viabilizar as causas de interesse público fomentadas e a organização gestora, na figura, principalmente, dos membros de seus órgãos de governança, os quais buscam a maximização da obtenção de recursos a partir de seus investimentos, para aumentar a proliferação do principal. É neste ponto que também importa a possibilidade e incentivo à profissionalização de membros dos órgãos de governança da organização gestora, justamente para que estejam aptos a lidar com as responsabilidades a eles atribuídas. Indubitavelmente, porém, o resultado do cabo de aço deve ser a anulação, para o equilíbrio de forças.

De todo modo, importante considerar que o modelo previsto na Lei não é obrigatório. Quando o modelo escolhido for o previsto pela Lei, por exemplo, há regras específicas que devem ser seguidas, principalmente no que tange

à organização da governança da figura jurídica que abrigará o fundo patrimonial. Nesse sentido, **a governança é um ponto central do modelo da Lei**, sendo dever da gestão a implementação das regras estabelecidas legalmente, sabendo-se que os recursos serão efetivamente destinados às causas, projetos ou ações de interesse público indicadas quando doados, bem como a obtenção de rendimentos para financiá-las, a partir de sua correta aplicação.

Como visto ao longo do presente artigo, importa que as organizações estejam atentas na busca por uma gestão e governança sólidas e informadas sobre as questões atinentes aos fundos patrimoniais, a estruturação de órgãos de governança a partir das previsões preestabelecidas e a busca por profissionais engajados com o tema para alavancar o fomento às causas de interesse público, a partir da notória solidez do fundo patrimonial.

## Resumindo este capítulo | Governança de fundos patrimoniais: as inovações da Lei nº 13.800/2019 e seu potencial de impacto para a filantropia no país



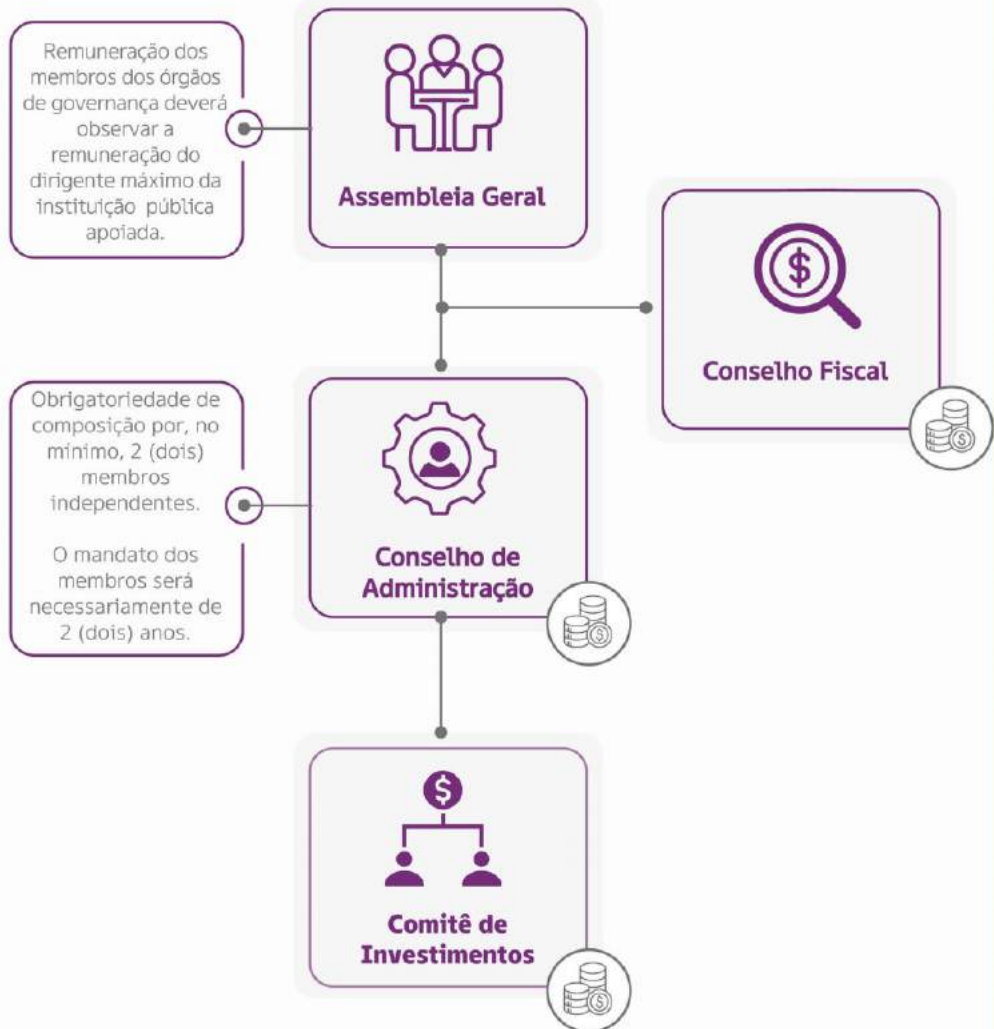


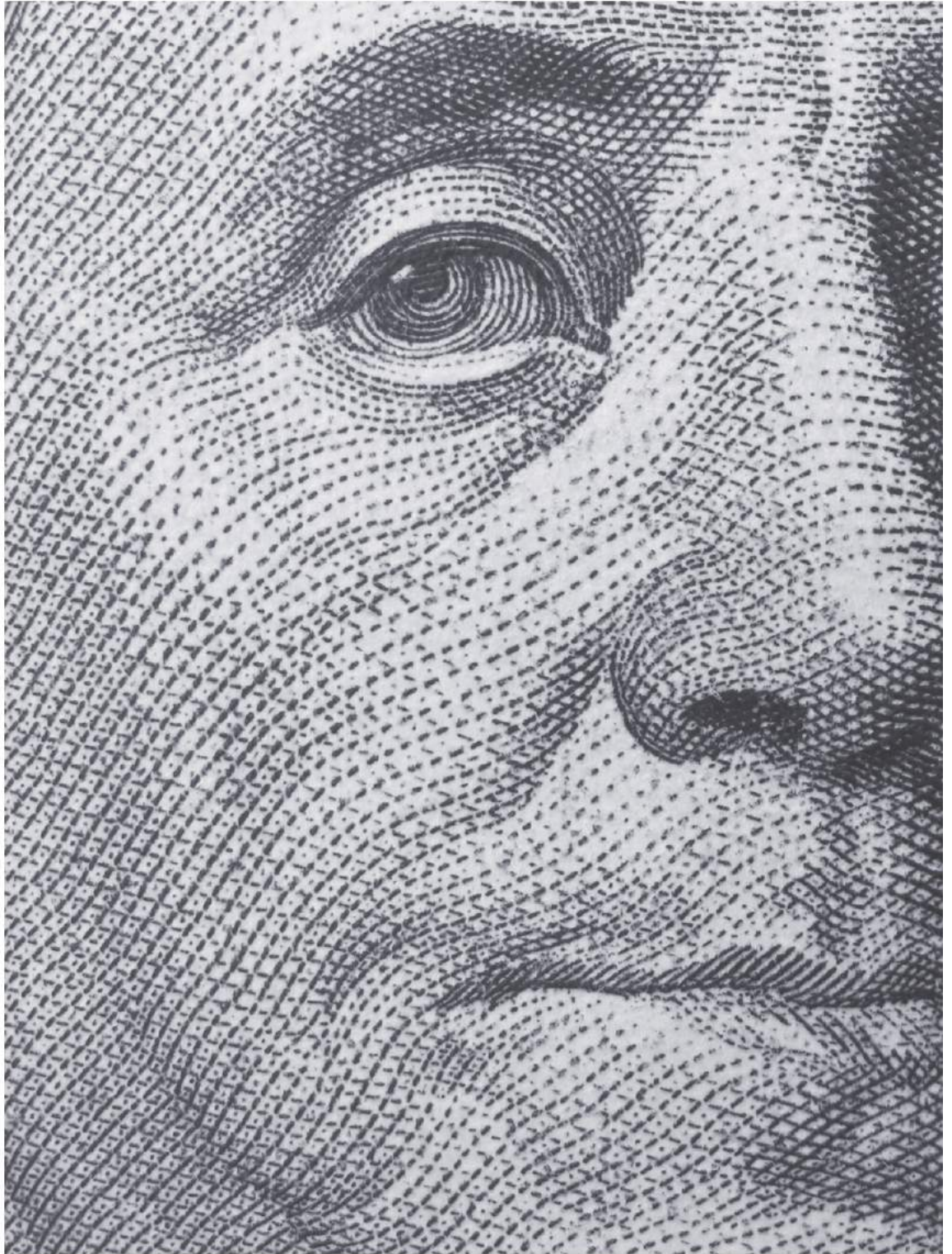
= possibilidade de remuneração

### Instituição pública apoiada com exclusividade



## Organização Gestora de Fundo Patrimonial











# A LGPD e o Terceiro Setor

Juliana Gomes Ramalho Monteiro, Thiago Luís Santos Sombra  
e Octavio Sampaio de Moura Azevedo

## Introdução

Fruto de um longo processo de discussões que contou com ampla participação da sociedade civil e da academia, a Lei nº 13.709/2018, conhecida como "**Lei Geral de Proteção de Dados**" ou "**LGPD**"<sup>1</sup>, foi promulgada com o propósito de conferir nova roupagem a direitos consagrados, como a liberdade e a privacidade, adaptando-os à realidade atual.

Em um contexto onde as relações pessoais se dão cada vez mais no meio digital, atividades corriqueiras como uma simples compra, uso do transporte público ou acesso a notícias passaram a envolver, de alguma maneira, o tratamento de dados pessoais. Diante desse novo cenário, a LGPD constitui importante marco normativo para regular o tratamento de dados, estabelecendo os procedimentos a serem seguidos, bem como as sanções administrativas cabíveis em caso de seu descumprimento.

Entretanto, a despeito da centralidade que a temática da proteção de dados alcançou no debate público, as discussões a seu respeito ainda são acompanhadas por um profundo desconhecimento sobre a Lei e os conceitos nela trazidos, mesmo entre aqueles que mais serão afetados por ela.

Frente a esse desafio, o objetivo deste artigo é apresentar aspectos gerais da LGPD e tratar de sua aplicação a um segmento específico, o das organizações da sociedade civil que compõem o terceiro setor, destacando as particularidades do setor e abordando as principais discussões suscitadas pela Lei nesse âmbito.

A proposta do artigo não é exaurir o tema, mas chamar atenção a alguns pontos sensíveis da Lei para a sociedade civil e, com isso, fomentar o debate acerca dos desafios específicos impostos às entidades sem fins lucrativos no que se refere à adequação à LGPD.

Assim, o artigo será dividido em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, serão abordados os aspectos gerais da Lei Geral de Proteção de Dados, como seus conceitos e princípios, buscando já destacar pontos relevantes na sua aplicação. O segundo momento, por sua vez, tratará das questões particulares suscitadas pela Lei no contexto do terceiro setor a partir da ótica de dois perfis específicos de atuação das entidades sem fins lucrativos, aquelas que trabalham com crianças e adolescentes e aquelas que atuam na área da saúde. Ambas são hipóteses que recebem tratamento específico na legislação, de modo que sua abordagem é imprescindível para consecução da proposta a que se pretende este artigo. Por fim, na conclusão, serão retomadas as questões abordadas ao longo do texto, bem como possíveis desafios que se vislumbram na aplicação da LGPD no terceiro setor.

---

1 **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018.

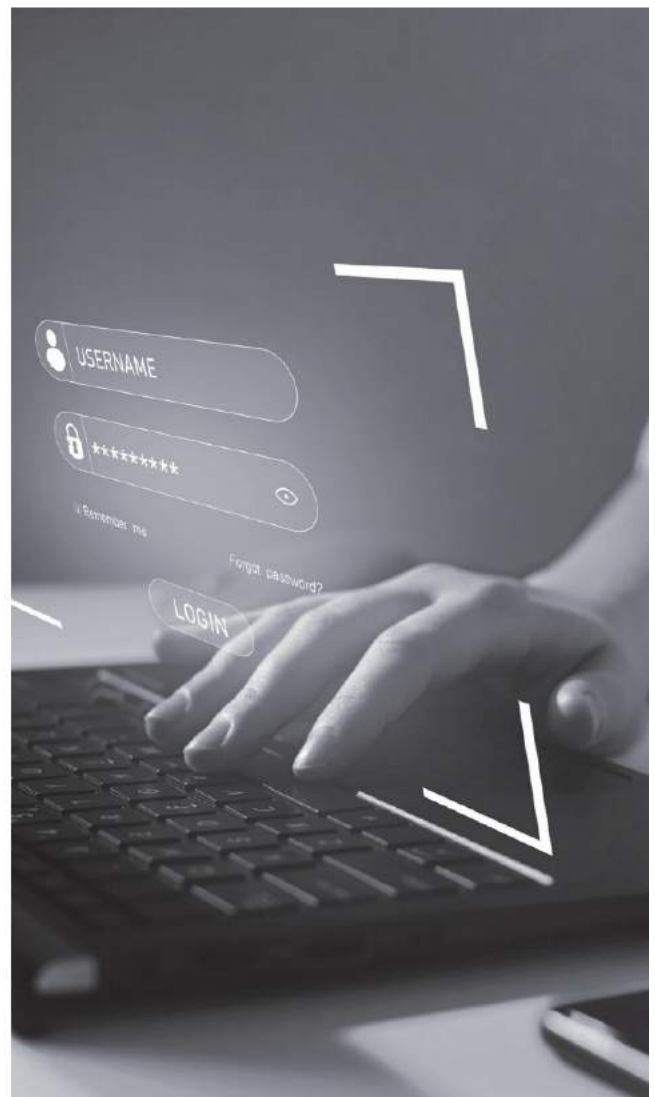
## Aspectos gerais da LGPD

A fim de cumprir com seu propósito de regular o tratamento de dados, especialmente na esfera digital, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê direitos e deveres aos atores envolvidos, mas o faz de maneira distinta em relação às pessoas naturais e às pessoas jurídicas.

O próprio artigo 1º da Lei se refere a **dados pessoais**, deixando claro que os sujeitos dos direitos são os indivíduos, as pessoas naturais. Em contrapartida, a Lei impõe deveres tanto a pessoas naturais como a pessoas jurídicas, de direito público ou privado, sendo esta última categoria a grande destinatária da LGPD, visto serem estas as principais agentes no tratamento de dados.

Isso pode ser explicado pelo fato de que a relação entre pessoas naturais e pessoas jurídicas é marcada por uma profunda **assimetria informacional**. De modo semelhante ao que se verifica no direito do consumidor ou no direito do trabalho, o tratamento de dados coloca em lados distintos atores com poderes, recursos e, em especial, níveis de informação, bastante desiguais, de modo que a LGPD busca justamente endereçar a desigualdade na relação entre pessoas naturais e pessoas jurídicas no âmbito do tratamento de dados. Ainda, não é de se espantar que, não raras vezes, o tratamento de dados se dá dentro do escopo de uma relação de consumo ou de trabalho, reforçando o abismo que separa esses dois atores no que diz respeito ao acesso à informação sobre a forma como os dados pessoais são tratados.

Entretanto, a despeito da assimetria informacional que marca a relação entre pessoas naturais e as pessoas jurídicas, é importante destacar que ambos compartilham um interesse em comum: a **livre circulação** de dados. Afinal, como apresentado no tópico anterior, a livre circulação de dados, assim como



o seu tratamento, é fundamental para viabilizar a série de facilidades que o meio digital traz às relações humanas. A LGPD, portanto, não objetiva restringir o tratamento de dados, mas sim estabelecer as condições nas quais ele deve ser feito a fim de assegurar os direitos daqueles cujos dados são tratados, dentre os quais a liberdade e a privacidade, ao mesmo tempo em que busca assegurar a livre circulação de dados no meio digital.

## Conceitos

Um dos principais desafios que o direito enfrenta ao regular o meio digital são os aspectos técnicos que o circundam. Por mais que diversas iniciativas de regulação tenham uma boa intenção, ao deixarem de adotar a necessária precisão técnica e conceitual na abordagem de determinado tema pertinente ao meio digital, elas acabam gerando mais problemas do que soluções. É pensando nisso que a LGPD, em seu artigo 5º, introduz as definições e conceitos que devem orientar a sua aplicação, a fim de assegurar que o tratamento de dados se dê dentro de um escopo delimitado, sem engessar a livre circulação de dados.

O primeiro conceito trazido pela Lei é o de **dados pessoais**, entendidos enquanto qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. O conceito engloba qualquer informação que identifique ou possa identificar uma

pessoa, como **nomes, números, códigos de identificação e endereços**<sup>2</sup>. Inclusive, o legislador adotou um conceito bastante amplo de dados pessoais, de modo a não excluir de seu escopo informações que, à primeira vista, possam ser consideradas irrelevantes, mas que ao serem analisadas em conjunto com outros dados, cruzados entre si, acabam por revelar informações importantes a respeito da pessoa natural.

Além dos dados pessoais de modo geral, há os **dados pessoais sensíveis**, que a Lei define por meio de um rol exemplificativo que abarca os dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, **quando vinculado a uma pessoa natural**<sup>3</sup>. Conforme veremos adiante, dado seu caráter sensível, a LGPD oferece uma proteção mais rígida a esse tipo de informação.

Aqueles a que se referem tais informações, por sua vez, são os **titulares de dados**, justamente quem a Lei visa proteger ao tutelar o tratamento de dados, de modo a efetivar os direitos fundamentais à liberdade e privacidade, entre outros. Em contrapartida, aqueles a quem a Lei impõe deveres no tratamento de dados são os **agentes de tratamento**, que se dividem em controladores e operadores. Enquanto os controladores tomam as decisões acerca de como se dará o tratamento de dados, os operadores são responsáveis pela realização

2 **Lei nº 13.709/2018**: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:  
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

3 **Lei nº 13.709/2018**: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:  
(...)  
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

do tratamento de dados, propriamente dito, em nome dos controladores.

Por fim, o conceito de tratamento de dados é entendido como toda operação realizada com dados pessoais, como a **coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração**<sup>4</sup>.

## Princípios

ALGPD, em seu artigo 6º, prevê que o tratamento de dados deve se dar em observância à boa-fé e elenca onze princípios que devem servir de diretrizes para a conduta de controladores e operadores ao lidarem com **dados pessoais**<sup>5</sup>.

A boa-fé é um princípio originado do direito privado, já consagrado no ordenamento jurídico pátrio, tendo sido recepcionado por outras áreas do

direito. De maneira geral, a boa-fé pode ser entendida como a adoção de uma postura ou atitude honestas e corretas nas relações jurídicas. Entretanto, dada sua definição genérica, muitas vezes a interpretação da boa-fé pode ser objeto de divergências, não sendo possível determinar, com precisão, as exigências que ela impõe em um determinado contexto. No caso da proteção de dados, essa dificuldade busca ser superada por meio da previsão de onze princípios que delimitam como ela deve ser entendida. Os princípios previstos na Lei, portanto, podem ser entendidos como manifestações da boa-fé quando aplicada à proteção de dados.

O primeiro princípio ao qual a Lei se refere é a **finalidade**. Segundo este princípio, é necessário que o tratamento de dados seja realizado com propósitos legítimos, os quais devem ser especificados ao titular de dados de forma clara e servirão como diretriz para o tratamento de dados. O tratamento de dados, portanto, não deve ser realizado para além das finalidades previstas, o que leva ao segundo princípio previsto na Lei: a adequação.

4 **Lei nº 13.709/2018**: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

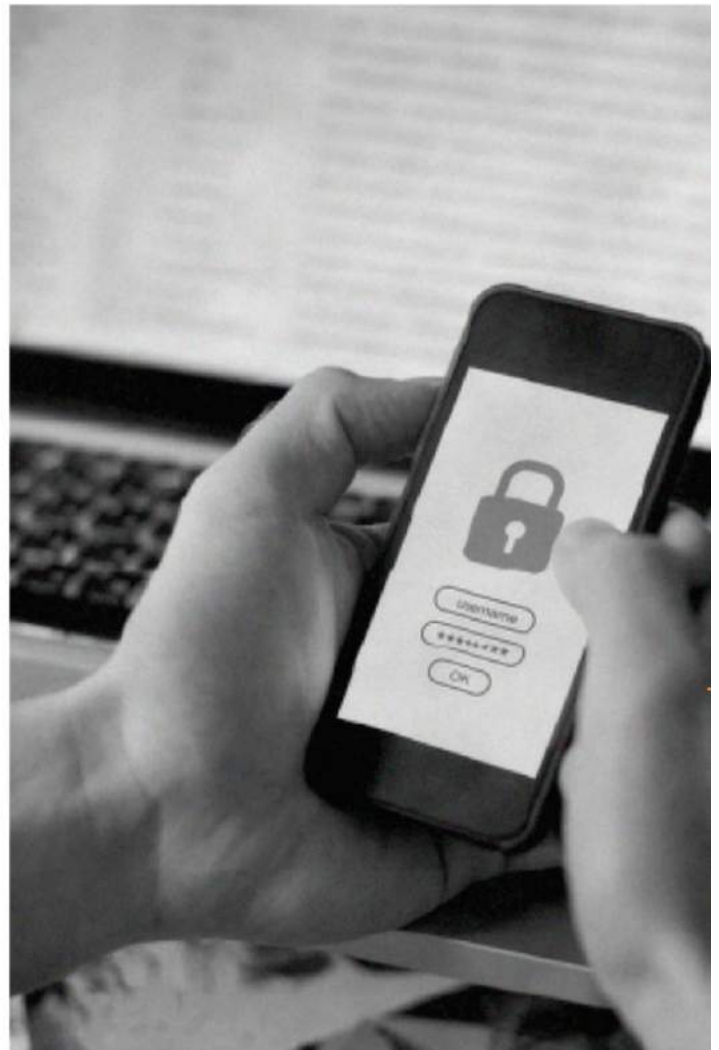
5 **Lei nº 13.709/2018**: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

A **adequação** nada mais é do que a compatibilidade entre o tratamento de dados e as finalidades por ele pretendidas. Isso significa que o tratamento não pode ser realizado para além dos objetivos a que ele se propõe, sob risco de violação da privacidade do titular de dados. De modo similar, a **necessidade** prevê que o tratamento de dados deve se limitar ao mínimo necessário para cumprir com as suas finalidades, devendo se verificar uma proporcionalidade entre os meios e os fins a que ele se propõe.

Os três princípios seguintes a que a Lei se refere tratam de garantias ao titular de dados. A primeira delas é o **livre acesso**, que busca assegurar ao titular a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento ao qual seus dados estão sujeitos, bem como a integralidade de seus dados. Nesse sentido, é necessário, também, que seja assegurada a **qualidade** dos dados, isto é, a garantia de que eles estejam corretos e atualizados, sempre tendo em mente a necessidade e finalidade do tratamento. A **transparência**, por sua vez, consiste no fornecimento de informações claras e precisas ao titular, bem como a facilidade de acesso a tais informações, ressalvados apenas os casos de segredo comercial e industrial.

Além da observância dos princípios descritos, é imprescindível que sejam adotadas medidas que visem tornar efetiva a proteção dos dados pessoais que serão tratados. Os princípios da **segurança** e da **prevenção** visam cumprir esse objetivo. O primeiro prevê a utilização de medidas técnicas e administrativas que se mostrem aptas a proteger os dados pessoais de circunstâncias que possam gerar algum tipo de dano ao titular, como acessos não autorizados e outras situações acidentais ou ilícitas, enquanto que o segundo garante a

adoção de medidas que busquem prevenir a ocorrência de danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. Destaque especial é dado pela Lei ao princípio da **não discriminação**, segundo o qual o tratamento de dados não pode ser realizado para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Tal princípio é de vital importância se levada em consideração a utilização cada vez mais crescente de algoritmos que permitem identificar o perfil do titular a partir de seus dados e que, de modo pouco transparente, são utilizados como fundamento para a tomada de decisões que podem vir a prejudicar o titular, como a dispensa de um emprego, por exemplo,



sem que o titular tenha acesso aos critérios que levaram à tomada dessa decisão.

Por fim, a LGPD prevê a **responsabilização e prestação de contas** dos agentes de tratamento, que devem comprovar a adoção de medidas eficazes para assegurar o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais. Inclusive, a Lei prevê sanções administrativas para o caso de descumprimento de suas previsões.

## Requisitos para o tratamento de dados

A fim de assegurar que o tratamento de dados se dê em observância aos princípios apresentados no tópico anterior, a LGPD estabelece os requisitos para que os controladores e operadores de dados possam tratá-los. Tais requisitos nada mais são do que as bases legais, isto é, as hipóteses previstas em lei nas quais as operações de dados pessoais podem ser realizadas e são organizadas em dois grupos distintos: os requisitos para o tratamento de dados pessoais e para os dados sensíveis.

No que diz respeito aos dados pessoais em geral, a primeira base legal para o seu **tratamento é o consentimento**<sup>6</sup>.

Para que os dados do titular sejam coletados, armazenados ou objeto de alguma operação, é necessário seu consentimento livre, informado e inequívoco para o tratamento de seus dados pessoais, o que implica em uma série de cuidados por parte dos agentes de tratamento a fim de assegurar que o consentimento será fornecido dentro dessas condições, tendo sempre em mente a finalidade para a qual tratamento de dados se destina.

A Lei prevê que a exigência do consentimento pode ser dispensada apenas em **hipóteses específicas**<sup>7</sup>:

- i)** o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- ii)** a execução de políticas públicas pela administração; **iii)** realização de estudos por órgão de pesquisa, garantindo-se à anonimização dos dados pessoais sempre que possível; **iv)** execução de contrato ou de procedimentos preliminares em relação ao contrato, quando o titular for parte e a pedido do titular; **v)** exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- vi)** tutela da saúde, exclusivamente em procedimentos realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; **vii)** atendimento de interesses legítimos do controlador ou de terceiros, excetuando-se os casos

6 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

7 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...)  
 II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

em que prevaleçam direitos e liberdades fundamentais do titular; e, por fim, **viii)** a proteção do crédito.

Quanto aos dados sensíveis, a Lei oferece um tratamento mais rigoroso, prevendo hipóteses mais rígidas para a possibilidade de seu tratamento.

Novamente, o consentimento é central aqui, mas, diferente do que ocorre quanto aos dados pessoais, deve se dar de forma específica e destacada, para finalidades também **específicas**<sup>8</sup>. Ainda, a Lei é taxativa quanto às hipóteses em que o consentimento é dispensável para o tratamento de dados sensíveis, permitindo-o apenas quando ele se mostrar indispensável para:

**i)** cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; **ii)** execução, pela Administração Pública, de políticas públicas previstas em lei ou regulamentos; **iii)** realização de estudos por órgão de pesquisa; **iv)** exercício regular de direitos; **v)** proteção da vida ou incolumidade física do titular ou terceiro; **vi)** tutela de saúde, exclusivamente, em procedimentos realizados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; e **vii)** garantia de prevenção à fraude e à segurança do **titular**<sup>9</sup>.

Por fim, a Lei busca estender as proteções conferidas aos dados sensíveis também aos dados pessoais quando estes puderem revelar dados sensíveis do titular, podendo lhe causar **danos**<sup>10</sup>.

## O terceiro setor

Antes de abordar as particularidades da aplicação da LGPD ao terceiro setor, é necessário esclarecer alguns aspectos pertinentes à natureza e regime jurídico das organizações do terceiro setor.

O terceiro setor, como o próprio nome já indica, estaria entre o setor público e o privado. Contudo, ainda que essa seja uma boa representação da forma de atuação



- 8 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; (...).
- 9 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:  
(- )  
II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.
- 10 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 11. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.



de tais organizações, juridicamente ela pode se mostrar equivocada, afinal, a despeito de sua proximidade com o Poder Público, as organizações da sociedade civil (OSC) são entidades privadas legalmente constituídas como associações ou fundações.

O conceito de **organização da sociedade civil** encontra-se previsto na Lei nº 13.019/2014 – posteriormente alterada pela Lei nº 13.204/2015 – que ficou conhecida como o **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)**<sup>11</sup>. Responsável por disciplinar as parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, o MROSC, em seu artigo 2º, inciso I, define enquanto organização da sociedade civil: **i)** as entidades sem fins lucrativos que não distribuam resultados e que apliquem integralmente seus recursos na consecução de seu objeto social; **ii)** as sociedades cooperativas previstas e **iii)** as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou projetos de interesse público e de cunho social distinto das destinadas a **fins exclusivamente religiosos**<sup>12</sup>.

A despeito de suas particularidades, as três espécies de organizações da sociedade civil previstas na legislação possuem **natureza jurídica de Direito**

**privado**, estando, portanto, **sujeitas à LGPD**<sup>13</sup>.

Ainda, dado seu papel na execução de políticas públicas, tais entidades estão em constante diálogo com a Administração Pública, sendo a sua atuação indispensável para que o Estado consiga cumprir com o seu papel na oferta de serviços públicos. Nesse contexto, o tratamento de dados não apenas é inevitável, como desejável, afinal é por meio da coleta, armazenamento e análise de dados que políticas públicas são desenvolvidas e implementadas com sucesso.

## Entidades que atuam com crianças e adolescentes

A despeito de não terem sido listadas no rol de dados sensíveis, a Lei ofereceu um tratamento específico, e mais rígido, aos dados de crianças e adolescentes, dedicando uma inteira sessão a essa temática. A abordagem mais rígida parte da premissa de que esse público se encontra em uma posição de maior vulnerabilidade em relação aos demais titulares de dados, demandando uma maior cautela no tratamento de seus dados pessoais. Essa vulnerabilidade impacta a relação entre titulares e agentes

11 Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

12 Lei nº 13.019/2014: Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural, e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (...)

13 Em 27 de janeiro de 2022, o Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) aprovou a Resolução nº 02/2022, que busca regular a aplicabilidade das obrigações estabelecidas pela LGPD às atividades dos

de tratamento de dados, na medida em que acentua as desigualdades que já caracterizam essa relação.

A fim de endereçar essa questão, a principal diretriz que a lei coloca em relação ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é que ele se dê de acordo com o seu **melhor interesse**<sup>14</sup>. Trata-se de um princípio que encontra respaldo em diversos instrumentos normativos, como a Constituição Federal e o **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**<sup>15</sup>, e que busca conferir prioridade ao interesse de crianças e adolescentes, levando em consideração que estão ainda em condição de desenvolvimento, estando mais sujeitas a serem influenciadas nessa fase da vida. Dessa forma, a noção de melhor interesse da criança e do adolescente se coloca como mais uma diretriz a ser observada no tratamento de dados desse público, fornecendo mais uma chave de interpretação para os onze princípios mencionados previamente.

Quanto a regramentos específicos acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a LGPD, em seu artigo 14, § 1º, dispõe que ele só poderá ocorrer mediante o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo **responsável legal**<sup>16</sup>. O dispositivo, porém, menciona apenas as crianças, mostrando-se silente em relação aos adolescentes.

O ECA define a criança como a pessoa até doze anos de idade incompletos e o adolescente aquela entre doze e dezoito anos de **idade**<sup>17</sup>. O Código Civil, ao tratar da capacidade de pessoas naturais para a realização de atos da vida civil, dispõe que os menores de dezesseis anos são **absolutamente incapazes**<sup>18</sup>, enquanto os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos seriam **relativamente incapazes**<sup>19</sup>.

Esclarecido esse aspecto da lei, é possível explorar as particularidades que sua aplicação enseja para as organizações da sociedade civil, as quais acabam por realizar o tratamento de dados de crianças e adolescentes pelo menos em dois contextos.

---

agentes de tratamento considerados de pequeno porte. A Resolução prevê um regime de tratamento diferenciado a tais agentes, flexibilizando a aplicação das normas previstas na legislação em atenção ao porte, complexidade das atividades e condição de tratamento de dados realizado. No que concerne as entidades sem fins lucrativos, objeto do presente artigo, a Resolução as inclui entre os agentes de tratamento de pequeno porte, mas não apresenta uma definição clara de tais entidades, como faz em relação aos demais agentes de pequeno porte mencionados, como as microempresas, as empresas de pequeno porte e as *startups*, o que pode gerar dúvidas acerca de quais entidades poderiam se beneficiar do tratamento previsto na Resolução. Ainda, grande parte das entidades sem fins lucrativos, em especial as entidades filantrópicas atuantes nas áreas da saúde, educação e assistência social, realizam o tratamento de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, adolescentes e de idosos, justamente um dos critérios previstos na Resolução para determinar um tratamento de dados considerado de alto risco e que, portanto, não se qualificaria para o regime diferenciado previsto na Resolução. Assim, para os propósitos do presente artigo, entende-se que a Resolução não altera as principais reflexões e conclusões ora apresentadas. De todo modo, ela demanda um olhar atento por parte da sociedade civil a fim de acompanhar eventuais desenvolvimentos que possam impactar as entidades sem fins lucrativos.

- 14 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.
- 15 **Lei nº 8.069,** de 13 de julho de 1990.
- 16 **Lei nº 13.709/2018:** Art. 14, § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.
- 17 **Lei nº 8.069/1990:** Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
- 18 **Lei nº 10.406/2002:** Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
- 19 **Lei nº 10.406/2002:** Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...).

O primeiro, no caso de entidades que atuam na área de educação e desejam obter a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), disciplinado pela Lei Complementar nº 187 ("LC nº 187/2021"), que revogou a legislação anterior, a Lei nº 12.101/2009, **que regulava o tema até então**<sup>20</sup>. Disponível para **entidades beneficentes de assistência social**, aqui entendidas não apenas como aquelas que atuam na assistência social, mas também na saúde e na educação, o CEBAS confere à organização que o detém a **isenção**<sup>21</sup> em relação às contribuições para a **seguridade social**<sup>22</sup>, o que pode representar uma grande economia para tais organizações, visto que, via de regra, elas contam com uma folha de pagamento bastante robusta e que corresponde a maior parte de seus gastos.

No caso das entidades atuantes na área da educação, a LC nº 187/2021 prevê como principal requisito para concessão do certificado o oferecimento de bolsas de estudos, devendo ser observados alguns

critérios, **como a renda familiar mensal per capita**<sup>23</sup>. A fim de cumprir com tal requisito, as entidades devem realizar uma triagem socioeconômica para identificar possíveis beneficiários das bolsas de estudos, o que implica no tratamento de uma quantidade considerável de dados pessoais. Para tanto, o consentimento prévio dos responsáveis é central para que o tratamento se dê em conformidade com a LGPD. Ainda, é de suma importância que o tratamento de dados nessas hipóteses se restrinja ao estritamente necessário para a verificação do perfil socioeconômico com fim específico de concessão de bolsa de estudos, não podendo ser utilizado para outros fins. Além disso, deve-se ter em mente que esse tipo de verificação, não raras vezes, abarca o tratamento de dados sensíveis, demandando um cuidado ainda maior por parte das organizações.

20 **Lei Complementar nº 187/2021**, de 16 de dezembro de 2021.

21 **Constituição Federal**: Art. 195. § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

22 A despeito da redação do dispositivo constitucional se referir à "isenção" às contribuições para a seguridade social, para muitos – incluindo os autores do presente artigo – essa isenção deve ser entendida enquanto imunidade, visto se tratar de verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar.

23 **Lei Complementar nº 187/2021**: Art. 19. As entidades que atuam na área da educação devem comprovar a oferta de gratuidade na forma de bolsas de estudo e de benefícios.

§ 1º As entidades devem conceder bolsas de estudo nos seguintes termos:

I - bolsa de estudo integral a aluno cuja renda familiar bruta mensal per capita não exceda o valor de 1,5 (um inteiro e cinco décimos) salário mínimo;

II - bolsa de estudo parcial com 50% (cinquenta por cento) de gratuidade a aluno cuja renda familiar bruta mensal per capita não exceda o valor de 3 (três) salários mínimos.

Outro cenário em que o tratamento de dados de crianças e adolescentes está presente no terceiro setor é o das organizações da sociedade civil que, por meio de parcerias com a Administração Pública, administram serviços da rede socioassistencial, como os Centros de Educação Infantil (CEI) e Centros para Crianças e Adolescentes (CCA) que, como o próprio nome indica, têm como público-alvo crianças e adolescentes.

Nesse cenário, o papel das organizações da sociedade civil enquanto atores na execução de políticas públicas repercute diretamente na sua adequação à LGPD. Conforme apontado, uma das hipóteses legais que autoriza o tratamento de dados pessoais independente de consentimento do titular é a execução de políticas públicas por parte da Administração Pública. Em razão disso, a relação jurídica estabelecida pela organização com o setor público a autorizaria a realizar o tratamento de dados pessoais para o planejamento, execução e desenvolvimento de políticas públicas, sem a coleta do consentimento dos titulares. No caso específico de CEIs e CCAs, trata-se de um público composto justamente por crianças e adolescentes, de modo que, a fim de atender às disposições do artigo 14 da LGPD, se faz necessário o fornecimento do consentimento de um responsável.

Todavia, deve-se ter em mente que o tratamento de dados nessas circunstâncias deve se ater ao escopo da parceria realizada com a Administração Pública. Não raras vezes as organizações da sociedade civil possuem diversos projetos e desempenham atividades em outras frentes. Assim, deve-se cuidar para que, no caso de atividades realizadas de forma independente pela

organização, o tratamento de dados se dê dentro das demais bases legais previstas pela LGPD, como o consentimento.

Ainda que esse requisito possa representar um desafio para as entidades engajadas na administração de tais serviços, é importante ressaltar que o sucesso de políticas públicas voltadas à infância e adolescência dependem, em grande medida, do diálogo estabelecido não apenas com seus beneficiários diretos, no caso as crianças e adolescentes, mas também suas famílias, de modo que o consentimento de um responsável deve ser visto como algo mais do que um requisito legal, mas da própria política pública que se pretende implementar.

Por fim, como observado no primeiro caso, deve-se sempre atentar aos princípios previstos na LGPD a fim de se assegurar que o tratamento de dados se dê sempre dentro das finalidades a ele atribuídas, evitando-se com isso o cometimento de abusos que possam violar a liberdade e privacidade dos titulares, ainda mais em se tratando de crianças e adolescentes.

## Entidades que atuam na área da saúde

Dados referentes à saúde são classificados como dados sensíveis, demandando o consentimento específico e destacado do titular de dados. Por esse motivo, é esperado que as organizações que atuam na área da saúde e que trabalham com dados desse tipo estejam sujeitas à obtenção do consentimento dos titulares para que possam realizar o tratamento de seus dados.

Entretanto, a Lei prevê também que o tratamento de dados sensíveis, quando indispensável para fins de tutela da saúde, em procedimento realizado exclusivamente por profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária, constitui uma das hipóteses em que o tratamento pode ser realizado independentemente de fornecimento de consentimento prévio por parte do titular.

Diante desse cenário, destaca-se o cenário vivenciado pelas entidades beneficentes de assistência social que desenvolvem atividades na área da saúde, como as Santas Casas e Hospitais Filantrópicos ou de Beneficência. Em grande medida, a atuação de tais instituições não é muito diferente da de grandes hospitais com finalidade lucrativa, de modo que elas trabalham com um grande volume de dados de pacientes. Porém, no que diz respeito à LGPD, o papel desempenhado por tais organizações na execução de políticas públicas, ainda que permita a elas se enquadrar em mais uma base legal para o tratamento de dados sensíveis, traz consigo desafios, especialmente no que diz respeito à relação com a Administração Pública.

De modo semelhante ao que se verifica em relação às entidades educacionais abordadas no tópico anterior, muitas organizações que atuam na área da saúde

costumam ser detentoras do CEBAS, o que lhes permite fruir da imunidade a impostos e contribuições para seguridade social, desde que atendidos certos requisitos.

Na área da saúde, a concessão do CEBAS pode ser obtida, em linhas de duas formas principais: mediante a **prestação de serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS)**<sup>24</sup> ou, para aquelas de reconhecida excelência, por meio da apresentação de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS (**PROADI-SUS**)<sup>25</sup>. No que concerne à LGPD, a comprovação do atendimento às condições previstas para cada uma dessas modalidades perante o Poder Público suscita questões distintas.

A LC nº 187/2021, prevê que a comprovação da prestação de serviços ao SUS se dará com base nas **internações, atendimento ambulatoriais e em ações prioritárias realizadas**<sup>26</sup>. Nessas três hipóteses, o fornecimento de números absolutos acerca dos atendimentos realizados, sem a divulgação de dados que permitam a identificação do paciente, não se mostra um problema em termos de proteção de dados.

Em contrapartida, quando se trata de projetos de apoio, é exigida a prestação de contas de todos os gastos dispendidos na execução do projeto, cuja comprovação, não

24 **Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 9º Para ser certificada pela prestação de serviços ao SUS, a entidade de saúde deverá, nos termos de regulamento:

(...)

II - comprovar, anualmente, a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento), com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.

25 **Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 14. A entidade de saúde com reconhecida excelência poderá ser certificada como entidade beneficente pelo desenvolvimento de projetos no âmbito do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi-SUS), nas seguintes áreas de atuação:

I - estudos de avaliação e incorporação de tecnologias;

II - capacitação de recursos humanos;

III - pesquisas de interesse público em saúde; ou

IV - desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde.

26 **Lei Complementar nº 187/2021:** Art. 9º Para ser certificada pela prestação de serviços ao SUS, a entidade de saúde deverá, nos termos de regulamento:

(...)

II - comprovar, anualmente, a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento), com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.

(...)

§ 4º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, a entidade de saúde que aderir a programas e a estratégias prioritárias definidas pela autoridade executiva federal competente fará jus a índice percentual que será adicionado ao total de prestação de seus serviços ofertados ao SUS, observado o limite máximo de 10% (dez por cento).

raras vezes, pode implicar na divulgação de dados pessoais, como a remuneração de pessoal, por exemplo. Nessas circunstâncias, devem ser tomadas as precauções cabíveis a fim de se evitar a divulgação de dados pessoais sem o consentimento de seus titulares. Ainda, uma problemática que se verifica no fornecimento do consentimento no âmbito de uma relação de emprego é o fato que a LGPD estabelece que esse consentimento deve ser fornecido de forma livre, algo que, dada a assimetria de poderes que caracteriza uma relação de emprego, dificilmente se concretizaria em termos práticos. Diante dessa situação, uma possível alternativa é a anonimização de tais dados, a fim de impedir a identificação de seu titular. Além disso, continua sendo imprescindível que o tratamento de dados relativos à saúde do titular observe estrita consonância com as finalidades a que ele se

propõe, a fim de evitar-se o cometimento de abusos por parte dos agentes de tratamento.

Por fim, cabe o questionamento quanto à exigência de certas informações no âmbito da prestação de contas que não se mostram relevantes para o desempenho da atividade fiscalizadora por parte do órgão estatal, mas que, da perspectiva da proteção de dados, podem levar a sérias violações dos direitos dos titulares de dados, em especial sua privacidade. Nesse sentido, mostra-se necessária a superação de um paradigma burocrático focado na fiscalização e controle das entidades beneficentes, em direção ao reconhecimento da relevância do trabalho por elas desempenhado na execução de políticas, devendo tais entidades serem vistas enquanto verdadeiras parceiras do Poder Público na oferta de serviços públicos à população.



## CONCLUSÃO

Diante das dúvidas que se seguiram à promulgação da LGPD, este artigo se propôs a apresentar alguns dos aspectos centrais da Lei e demonstrar como ela se aplica a um segmento específico: o terceiro setor. A despeito de suas particularidades, as organizações da sociedade civil, enquanto pessoas jurídicas, estão sujeitas à LGPD, devendo atentar-se às suas exigências a fim de buscar adequar-se a ela.

Com foco no tratamento de dados de crianças e adolescentes e de dados relacionados à saúde, dois cenários comuns às entidades sem fins lucrativos, buscou-se demonstrar os principais desafios trazidos pela Lei e os cuidados e boas práticas que podem ser adotados a fim de assegurar a proteção dos dados por elas tratados sem que isso prejudique o desempenho de suas atividades. Quanto aos dados de crianças e adolescentes, destacou-se o consentimento de um responsável como aspecto central para assegurar que o tratamento se dê em conformidade com a LGPD. Tal exigência, ainda que nem sempre presente, pode representar desafios para organizações que, em razão de seu papel na implementação de

políticas públicas, tem na coleta e análise de dados uma ferramenta indispensável para avaliação e planejamento de suas iniciativas. Nesse sentido, a observância da LGPD, mais do que uma exigência legal, deve ser vista como uma consequência lógica da atuação de tais entidades, na medida em que, em se tratando de políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes, o diálogo com a família e responsáveis é indispensável para seu sucesso.

No que diz respeito às organizações que atuam na área da saúde, a despeito da Lei considerar os dados referentes à saúde como sensíveis, seu tratamento para fins de tutela da saúde e execução de políticas públicas confere o respaldo legal para que as organizações possam fazê-lo. Isso não significa, contudo, que tais organizações não tenham que empreender esforços para se adequar à LGPD, afinal, ainda que se enquadrem nas bases legais para o tratamento de dados independentemente de consentimento do titular, existem aspectos da sua atuação que nem sempre estão relacionados ao desempenho de atividades ligadas a esses fins, devendo ser objeto de cautela. Destaca-se, nesse sentido, as entidades beneficentes da assistência social que, enquanto detentoras do CEBAS, devem

atentar ao compartilhamento de dados no âmbito de prestação de contas perante os órgãos estatais, sempre se atendo aos limites conferidos pelas bases legais previstas na LGPD.

Assim, quando se trata do terceiro setor, a proteção de dados demanda a ressignificação da relação entre organizações da sociedade civil e a Administração Pública. É necessário superar a lógica de controle e fiscalização que impera em tais relações e passar a pensá-las enquanto um trabalho

cooperativo. A LGPD representa um passo importante nessa direção. Ao impor limites acerca de quais dados podem ser compartilhados com o Estado, permitindo apenas o compartilhamento daqueles que se mostram diretamente relacionados à execução de políticas públicas, a Lei coíbe abusos na esfera do tratamento de dados e, no que diz respeito ao terceiro setor, aponta para uma nova forma de se entender a relação entre organizações da sociedade civil e a Administração Pública: enquanto verdadeiras parcerias com vistas à implementação de políticas públicas.







**Resumindo este capítulo | A LGPD e o Terceiro Setor**





**MATTOS FILHO**

SÃO PAULO CAMPINAS RIO DE JANEIRO BRASÍLIA NOVA IORQUE LONDRES

[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

