

NOTA TÉCNICA

Aspectos problemáticos do projeto de lei que estabelece normas gerais para as parcerias entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil

1. ESCOPO

Esta nota técnica aponta os principais aspectos problemáticos no projeto de lei (PL) n. 7.168/2014, que estabelece normas gerais para parcerias entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil (OSCs). Em tramitação avançada na Câmara dos Deputados, o PL já foi aprovado pelo Senado Federal como PLS 649/2011. O texto considerado para fins da presente análise é aquele que foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, em 11/12/2013.

O PL incorpora diversas das previsões que constavam de anteprojeto de lei elaborado pelo Grupo de Trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, instituído junto à Secretaria-Geral da Presidência da República. O Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA) da Direito GV produziu, em junho de 2013, um [estudo](#) detalhado sobre esse anteprojeto, destacando tanto seus aspectos positivos quanto negativos.

Esta nota técnica não tem o objetivo de apresentar nova análise exaustiva do tema, mas apenas levantar, a título de colaboração, alguns aspectos que deveriam ser objeto de reflexão antes da aprovação definitiva e conversão do PL em lei.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Apoiadores do PL têm noticiado que o projeto promoverá a *autonomia* das OSCs, a *transparência* das parcerias com a Administração Pública e maior *segurança jurídica* nessas relações. Há diversos dispositivos do projeto de lei, porém, que demonstram justamente o contrário.

2.1. Questões relacionadas à autonomia das organizações da sociedade civil

2.1.1. Normas para compras e contratações

Na linha de o que dispõem a Lei das OS (Lei 9.637/1998) e a Lei das Oscips (Lei 9.790/1999), o PL estabelece que as OSCs realizarão as compras e contratações de acordo com regulamento “próprio ou de terceiro” (art. 34, VIII).

Entretanto, diferentemente do que ocorre nas duas leis acima citadas, o PL exige que o regulamento seja previamente “aprovado pela Administração Pública”. Isso, evidentemente, abre margem para a arbitrária imposição de normas à OSC parceira, até porque a tendência é que a Administração pretenda ver refletidas no regulamento, ainda que parcialmente, as normas a que ela própria está acostumada a seguir em seu cotidiano.

Mais ainda: o PL chega a disciplinar, de antemão, dispositivos que devem necessariamente constar do regulamento “próprio” da OSC. É isso o que acontece com as hipóteses de contratação direta (ou seja, sem processo seletivo) —que o PL (art. 34, parágrafo único) delimita, aliás, de forma muito mais restritiva do que a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993, arts. 24 e 25) para as contratações da Administração Pública.

Em suma: não apenas a OSC não terá plena autonomia para elaborar um regulamento adequado às suas particularidades, como estará sujeita a normas mais rigorosas do que a própria Administração. Isso é avanço ou retrocesso em relação ao que existe hoje, em que, para além da Lei das OS ou das Oscips, maior flexibilidade é assegurada às OSCs até mesmo no decreto (n. 6.170/2007) que regulamenta os convênios e que, como se sabe, exige da conveniente apenas a realização de cotação prévia de preços (art. 11)? Do ponto de vista da autonomia, difícil não ver como um passo atrás.

2.1.2. Atuação em rede

Tem sido celebrado o dispositivo do PL que permite a “atuação em rede para a execução de iniciativas agregadoras de pequenos projetos” (art. 25). O que poucos parecem notar, porém, é que a “relação das organizações” que irão atuar juntamente com a organização celebrante deve ser “comunicada”, já no ato da celebração da parceria, à Administração (art. 25, V), sendo que, posteriormente, essa rede “não poderá ser alterada sem prévio consentimento da Administração Pública” (idem).

Por que retirar da organização celebrante a capacidade de escolher ou rever, autonomamente, as demais organizações que irão compor a rede do projeto? Essa pergunta

faz ainda mais sentido quando se recorda que, de acordo com o próprio PL, recai sobre a organização celebrante “a integral responsabilidade” pela execução da parceria (art. 25). Se a responsabilidade é exclusivamente dela, a prerrogativa de escolha deveria ser igualmente apenas sua, a não ser que a Administração queira compartilhar essa responsabilidade — algo de que ninguém, evidentemente, chega a cogitar.

O paradoxo fica evidente quando se contrasta essa sistemática com aquela, supostamente mais rigorosa, dos contratos celebrados pela Administração com empresas à luz da Lei de Licitações. Desde que previsto no edital ou no próprio contrato, a empresa pode subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento (art. 72), e a Lei em nenhum momento interfere na escolha do subcontratado. Assegura-se às empresas contratadas pela Administração, portanto, uma autonomia maior do que a que desfrutarão as OSCs parceiras caso o PL venha a ser aprovado em sua atual redação.

Ainda sobre este ponto (atuação em rede), vale notar outras exigências do PL cujo atendimento será possivelmente controvertido, como a necessidade de a OSC celebrante ter “mais de 3 (três) anos de experiência de atuação em rede” (art. 25, II, “b”) ou “capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede” (art. 25, II, “c”).

2.1.3. A lógica do PL

Em realidade, o principal aspecto problemático do PL é que, embora ele traga melhorias incrementais em relação à sistemática dos convênios, não rompe com a lógica burocrático-formal atualmente prevalente. Ele continua conferindo excessiva ênfase ao modo (procedimentos e limites) como os recursos são gastos, considerando legítimos apenas os dispêndios que foram antecipadamente aprovados pela Administração Pública e executados de acordo com procedimentos igualmente avalizados oficialmente. Conforme já assinalamos no estudo acima mencionado:

[...] a superação da lógica burocrático-formal recomenda que o caminho para efetuar o controle sobre os dispêndios se dê à luz do trinômio autonomia+transparência+responsabilidade. A organização precisa ter flexibilidade para definir a alocação dos recursos, assegurando, em contrapartida, ampla publicidade sobre esse procedimento [...]. Caso realize algum gasto equivocado, que prejudique ou não contribua para o alcance das metas pactuadas, deve ser responsabilizada —mas responsabilizada pelo eventual insucesso das metas, e não pelo gasto isoladamente considerado.

Com isso, deixaríamos de testemunhar situações tão curiosas quanto frequentes em que os objetivos (metas físicas) de um determinado convênio foram integralmente realizados,

coforme atestado pela própria Administração, mas ainda assim a OSC é instada a restituir ao erário parte —muitas vezes significativa— dos recursos recebidos, sem que o atingimento das metas exerça qualquer peso ou influência nessa análise.

O anteprojeto, ao estabelecer às OSCs tantas obrigações de *meio*, inviabiliza, na prática, que a ênfase do controle incida sobre as obrigações de *resultado*, como o próprio texto anuncia [...]. [p. 21-22]

As OSCs permanecem sendo tratadas como *longa manus* da Administração Pública, e não como organizações a quem se reconhece capacidade para decidir no melhor interesse do projeto. Caso se queira efetivamente caminhar rumo à “priorização do controle de resultados” —algo que é pressuposto para prestar deferência à autonomia das OSCs—, não basta afirmá-la como uma diretriz do regime jurídico das parcerias, como faz o PL (art. 6º, II); é preciso ir além e criar condições para que isso ocorra, estruturando-as de forma a privilegiar obrigações de resultado, cujo cumprimento seja passível de mensuração por indicadores quantitativos e qualitativos rigorosamente definidos.

Enquanto tantas obrigações de meio subsistirem ao lado das obrigações de resultado, dificilmente o controle de resultados terá prioridade sobre o controle burocrático-formal. O mais provável é justamente o contrário, como demonstra a experiência brasileira (a esse respeito, confira-se a seção 3.2.1, p. 21-22, do estudo do CPJA). Essa perspectiva é problemática para a autonomia das OSCs.

Não se está aqui defendendo um enfraquecimento do controle sobre as parcerias. A questão é: controle sobre o que? Se é sobre a forma como se gastam os recursos recebidos, possivelmente o PL servirá para reforçar esse tipo de fiscalização — que já é bastante presente e não tem impedido a ocorrência de irregularidades. Se é sobre os resultados, sobre o impacto social das parcerias, o PL favorece-o, mas não incorpora mecanismos que garantam sua efetivação (até porque isso não depende apenas de mudanças legais mas, sobretudo, institucionais).

2.2. Questões relacionadas à transparência

Em seu art. 11, parágrafo único, o PL estabelece as exigências mínimas que devem ser divulgadas nos sites das OSCs que firmarem parcerias com a Administração Pública.

O dispositivo, porém, chega a ser mais tímido, a esse respeito, do que o decreto federal (n. 7.724/2012) que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (lei n. 12.527/2011). O decreto, por exemplo, exige que sejam divulgados no site relação nominal atualizada dos dirigentes da OSC e cópia integral dos instrumentos de parceria, além de estabelecer prazos para o cumprimento dessas obrigações (art. 63) —nada disto consta do PL.

Em realidade, o PL deixa de aproveitar a oportunidade de *incrementar* os compromissos de transparências das OSCs que recebem recursos públicos, permitindo um maior controle social. Por exemplo: por que não exigir das organizações que disponibilizem, ao longo da execução da parceria, os processos de compras e contratações em andamento, os contratos firmados com fornecedores de bens, serviços ou obras ou, até mesmo, a remuneração daqueles pagos com recursos do projeto, a exemplo do que já se exige da própria Administração Pública (cf. decreto 7.724/2013, art. 7º)?

Não seria preferível radicalizar a transparência nesses assuntos ao invés de impor uma série de procedimentos formais e limites às OSCs?

2.3. Questões relacionadas à segurança jurídica

O PL não enfrenta o que, muito possivelmente, é o principal problema no regime das parcerias: a ausência de coordenação, divisão de papéis e limites para a atuação das inúmeras instâncias de controle envolvidas (auditoria externa independente, conselho fiscal, gestor, comissão de monitoramento e avaliação, administrador público, AGU – Advocacia Geral da União, CGU – Controladoria Geral da União etc.).

Sem um melhor arranjo das instituições que aplicam e interpretam a legislação, qualquer mudança legal terá efeitos reduzidos e as organizações continuarão a ser surpreendidas com questionamentos contraditórios, baseados na leitura subjetiva de cada controlador. As regras do jogo continuarão incertas.

Se a intenção é privilegiar o controle de resultados, por que não remeter, por exemplo, o controle procedimental às instâncias internas da OSC, com apoio de auditoria externa, restringindo-se a repetição desse procedimento junto às instâncias oficiais apenas no caso de fundados indícios de malversação de recursos? Se não é para dar nenhum peso ao parecer do conselho fiscal da organização, para que exigir que tenha ela um órgão do gênero, como faz o PL (art. 33, II)?

Na realidade, em um ambiente no qual o controle sobre a execução das parcerias é sempre *a posteriori*, é fundamental criar condições para um maior respeito às decisões adotadas pela OSC, quando baseadas em interpretação razoável da legislação. Em muitos casos, o órgão de controle oficial pode até ter uma interpretação da lei diversa daquela adotada pela organização no momento da decisão; isso, contudo, não deve ser suficiente para a impugnação do ato, especialmente quando a leitura feita pela OSC é razoável, posto que amparada em precedentes administrativos, judiciais, doutrinários etc. O ônus para a reversão do ato deve ser bem mais alto, cabendo ao controlador demonstrar que houve

violação a literal dispositivo de lei¹. O pressuposto é pela legalidade e legitimidade da decisão da OSC, e não o inverso.

2.4. Outras questões relevantes

2.4.1. Responsabilização dos dirigentes pessoas físicas

O PL reforça o movimento que alguns chamam de “criminalização” da sociedade civil não apenas quando deixa de criar condições institucionais para um ambiente de maior segurança jurídica (v. seção 2.3 supra) mas, também, quando atribui aos dirigentes — qualquer “pessoa que detenha poderes de administração, gestão ou controle da organização da sociedade civil” (art. 2º, IV)— a responsabilidade solidária pela “restituição aos cofres públicos dos valores que não foram corretamente empregados na execução da parceria” (art. 74), independentemente de terem agido com culpa ou dolo (má-fé).

É certo que algumas instâncias (como o TCU – Tribunal de Contas da União) já adotam, arbitrariamente, essa prática. O PL, contudo, confere base legal para essa surpreendente desconsideração, *a priori*, da personalidade jurídica das OSCs.

Não bastasse isso, o PL altera a Lei de Improbidade Administrativa (lei 8.429/1992), caracterizando como ato de improbidade, sujeitando os responsáveis a severas sanções, condutas genéricas como “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela Administração Pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, *sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie*” (art. 77, itálicos acrescentados).

Firmar uma parceria passará a ser algo cada vez mais arriscado, inclusive do ponto de vista pessoal dos dirigentes. Isso fragiliza as OSCs.

2.4.2. Normas gerais ou específicas?

O PL pretende instituir normas gerais aplicáveis indistintamente à “União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias” (art. 1º).

¹ Uma analogia pode ser feita, aqui, com um dos requisitos para o cabimento da ação rescisória, que visa justamente desconstituir uma anterior decisão (no caso, do Poder Judiciário): “violar literal disposição de lei” (Código de Processo Civil, art. 485, V).

Há, aqui, dois problemas.

Um é de ordem jurídica: para um PL que traça normas gerais, ele é excessivamente detalhista (contempla nada menos do que 88 artigos). O risco de deixar pouco ou nenhum espaço para que os demais entes possam legislar sobre a matéria, de acordo com as especificidades de cada um deles, é real —o que coloca o PL sob a ameaça de ser considerado inconstitucional.

Outro problema é de ordem estratégica: o PL praticamente elimina o campo para inovações legais ao largo do país. Tanto é assim que declara, expressamente, ser “vedada a criação de outras modalidades de parceria ou a combinação das previstas nesta lei” (art. 41).

2.4.3. *Falta de estímulos à inovação social*

O PL cria dois instrumentos aptos a materializar a parceria: o *termo de colaboração*, de iniciativa da Administração Pública, e o *termo de fomento*, que atende a interesses da sociedade civil organizada. A operacionalização de ambos, contudo, segue praticamente a mesma sistemática.

O termo de fomento deveria ser um instrumento privilegiado para a inovação, a experimentação, o aproveitamento da criatividade da sociedade civil brasileira. Para isso, porém, ele não poderia estar sujeito a um regime tão pormenorizado e inflexível como o do termo de colaboração.

Veja-se, por exemplo, que as exigências para a celebração de parcerias (art. 24) são as mesmas, independentemente do tipo de relação que se esteja em vista. Limita-se, nesse sentido, as parcerias às OSCs que tenham, pelo menos, três anos de existência e “experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante” (art. 24, VII, “a” e “b”, respectivamente). Condicionantes como essas inibem que novas iniciativas fermentadas no dinamismo da sociedade civil contem com apoio estatal. O que não dizer, então, da disposição de padronizar de critérios e indicadores (art. 23, parágrafo único) a serem seguidos, inclusive no que se refere aos “métodos” empregados (idem, inciso III)?

Pelo menos no que se refere ao termo de fomento, dever-se-ia abrir mais espaço, inclusive, ao erro, ao insucesso, especialmente em processos de aprendizado e/ou projetos voltados para gerar inovação. O PL, porém, parece todo estruturado sob a figura do dirigente perfeito, que nunca erra, na velha tradição do direito administrativo brasileiro. Essa é uma ficção, que não ocorre em nenhum tipo de organização, pública ou privada. Falhas escusáveis, sem indício de fraude ou má-fé, podem dar origem a recomendações por parte dos órgãos de

controle, mas não servir de base para a impugnação do ato e, muito menos, para a responsabilização pessoal do dirigente.

2.4.4. Comissão de agentes públicos e com papel meramente homologatório

O PL prevê a criação de "comissão de monitoramento e avaliação", composta unicamente por agentes públicos, com a atribuição de "monitorar e avaliar as parcerias" (art. 2º, XI).

O primeiro problema, aqui, refere-se ao perfil do colegiado: se a "priorização do controle de resultados" é uma das diretrizes do modelo que se quer implantar, não seria preferível que essa comissão fosse formada por "especialistas de notória capacidade e adequada qualificação", *servidores ou não*, como fez a Lei das OS, por exemplo? Isso permitiria, inclusive, envolver especialistas de outras OSCs de excelência na área, buscando os melhores quadros para esse trabalho. Restringir a comissão a servidores públicos pode reforçar a tendência de examinar as parcerias e as OSCs sob as lentes da Administração Pública, marcada por uma lógica burocrático-formal.

O segundo problema é que a comissão prevista pelo PL parece ter um papel meramente formal, de *homologar* o relatório preparado pela Administração (art. 59). Se há uma comissão de avaliação e monitoramento, este é o órgão que deve estar à frente desse papel, inclusive por meio de visitas *in loco* e outras formas de interação ao longo da execução da parceria, e não o contrário.

Além disso, é preciso deixar claro —algo que o PL não faz— o caráter vinculante das conclusões da comissão, ao menos no que se refere aos cumprimento do objeto e resultados constatados (no texto do PL, o relatório da comissão é apenas *um* dos elementos que subsidiam a análise do gestor [art. 67] e do administrador público [art. 72, § único]).

2.4.5. Inibição ao desvio de recursos para fins privados

Seguindo o precedente da Lei das Oscips, o PL define como uma das diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias "a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidas, em decorrência da participação no respectivo processo decisório ou ocupação de posições estratégicas" (art. 6º, VIII).

Essa diretriz, porém, não é concretizada em regras de fácil operacionalização, o que coloca em xeque a sua efetividade. Uma regra que poderia exercer um importante papel para inibir a indevida apropriação privada de recursos públicos seria exigir, em todos os contratos

firmados pela OSC com recursos de origem pública, cláusula pela qual o representante legal declare expressamente, sob pena de responsabilização pessoal, que o contratado, se pessoa física, não é cônjuge, companheiro ou parente colateral ou afim, até terceiro grau, dos dirigentes da OSC; ou, se pessoa jurídica, que o dirigente ou aqueles que com ele possuem vínculo de parentesco não são controladores ou detêm mais de 10% das participações societárias. Regra semelhante a essa já consta, aliás, da regulamentação da Lei das Oscips (decreto 3.100/2000, art. 7º).

3. CONCLUSÃO

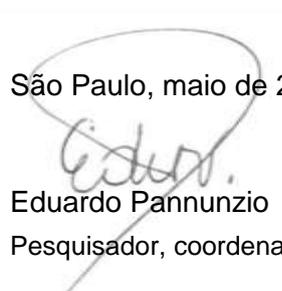
A insuficiência de normas claras e estáveis é uma das razões para o ambiente de insegurança jurídica que atualmente permeia as parcerias entre a Administração Públicas e OSCs. Para além da clareza e estabilidade, porém, é fundamental que as normas sejam *adequadas* à realidade das organizações e estejam inseridas numa *visão pública e coerente* da relação Estado-sociedade civil em uma democracia moderna.

O PL, na redação ora vigente, apresenta diversos aspectos que são problemáticos em relação a estes dois critérios, como esta breve nota procurou demonstrar.

É importante que todos aqueles envolvidos no processo de aprovação do PL tenham clareza desses potenciais problemas. Além disso, é preciso estar ciente que a maior parte das vantagens contidas no PL poderia ser implementada imediatamente por ato do Executivo, na hipótese de se optar pela ampliação do debate e aperfeiçoamento de seu texto junto ao Legislativo. Esse é o caso, para recorrer a um exemplo emblemático, da autorização do pagamento de pessoal próprio da OSC com recursos de origem pública —o que requer apenas a edição de decreto cuja [minuta](#) já está pronta há quase dois anos.

Qualquer que seja o rumo adotado, o CPJA permanecerá à disposição para seguir colaborando com subsídios técnico-jurídicos que possam qualificar o debate sobre o marco regulatório das OSCs no Brasil.

São Paulo, maio de 2014



Eduardo Pannunzio

Pesquisador, coordenador da linha de pesquisa Estado de Direito e Sociedade Civil