

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, light-colored circular graphic element. The text is in a clean, white, sans-serif font.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2016

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2016

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|---------------------------------------|
| Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu | Sr. Eduardo Manuel Val, UFF. |
| Sr. Adriano Corrêa de Sousa, UERJ. | Sr. Emerson Moura, UFJF. |
| Sr. Adriano de Souza Martins, UERJ. | Sr. João Paulo Imparato Sporl, USP. |
| Sr. Bruno Santos Cunha, USP. | Sra. Juliana Bonacorsi de Palma, FGV. |
| Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ. | Sr. Marcus Bacellar Romano, UFF. |
| Sr. Ciro Di Benatti Galvão. | Sr. Márcio Felipe Lacombe, UFF. |
| Sr. Daniel Capecchi Nunes, UERJ. | Sra. Mariana Bueno Resende, UFMG. |
| Sr. Debora Sotto, USP. | Sr. Paulo Henrique Macera, USP. |
| Sr. Eduardo Fortunato Bim, USP. | Sr. Pedro Eugenio Bargiona, PUC-SP |

Diagramação e Layout:

- Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual</i>	007
Jesse Torres Pereira Junior e Thais Boia Marçal	
<i>O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor?</i>	033
Thiago Marrara e Natalia de Aquino Cesário	
<i>Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Sua Margem de Livre Apreciação</i>	055
André Saddy	
<i>A Regulação Estatal dos Serviços de Segurança Privada e a Regra de Nacionalidade</i>	100
Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara e André Rosilho	
<i>Concurso Público, Investigação Social e os Princípios Constitucionais: Análise Crítica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	111
Emerson Affonso da Costa Moura e Marcos Costa Leite	
<i>Intervenção do Poder Público em Outras Terras Públicas para Criação de Unidade de Conservação</i>	134
José Roque Nunes Marques e Ronaldo Pereira Santos	
<i>A Regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro: Estado da Arte e Desafios Futuros</i>	162
Marcio Felipe Lacombe da Cunha	
<i>Análise Crítico-Fenomenológica da Legitimidade da Desapropriação Indireta à luz dos Vetores Políticos da Constituição de 1988</i>	184
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo, Lorena Lorrana da Costa Viana e Ricardo Afonso-Rocha	
<i>O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social</i>	204
Paulo Ricardo Schier, Adriana da Costa Ricardo Schier	
<i>Discricionariedade Técnica e Controle Judicial</i>	224
José dos Santos Carvalho Filho	

O QUE SOBROU DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR?

WHAT'S LEFT OF AUTONOMY OF STATES AND MUNICIPALITIES TO REGULATION ON PARTNERSHIPS WITH THIRD SECTOR?

Data de submissão: 02/05/2016 Data de aprovação: 12/06/2016
--

THIAGO MARRARA

Professor de direito administrativo da USP na FDRP. Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Pesquisador experiente da Fundação Alexander von Humboldt (AvG). Consultor jurídico.

NATÁLIA DE AQUINO CESÁRIO

Mestranda em Direito do Estado) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

RESUMO: Pretende o trabalho verificar em que medida a Lei n. 13.019, editada pelo Congresso Nacional em 2014, aplica-se a entes estaduais e municipais, se seu âmbito de aplicabilidade se coaduna com a distribuição constitucional de competências e, enfim, que espaço sobra ao poder legislativo dos Estados e Municípios nas matérias tratadas pela lei. Para se examinar esses três problemas, parte-se de uma exposição do conteúdo da Lei n. 13.019/2014. Mediante a apresentação panorâmica do texto, pretende-se verificar como a lei se reporta a Estados e Municípios e identificar os temas centrais por ela tratados. Em seguida, os temas disciplinados pela lei serão debatidos à luz da divisão constitucional de competências para que, ao final, possa-se descobrir seus fundamentos competenciais e, em finalização, debater o que sobrou de competência legislativa sobre a matéria para os entes infra-nacionais.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública; Parcerias; Terceiro Setor; Lei 13.019/2014; Aplicabilidade.

SUMMARY: Want this work to check to what extent the Law n. 13019, issued by the National Congress in 2014, applies to entities state and municipal if their scope of applicability is consistent with the constitutional distribution of powers and, finally, that space left to the legislature of states and municipalities in matters covered by law . To examine these three problems, one starts with an exhibition of the Law no content. 13,019 / 2014. Through the panoramic presentation of the text is intended to see how the law relates to states and municipalities and identify the core issues for her treated. Then the subjects governed by the law will be discussed in the light of the constitutional division of powers so that, ultimately, can be discovered their competenciais fundamentals and completion, discuss what's left of legislative competence on the matter for the loved infra- nationals.

KEYWORDS: Public Administration; partnerships; Third sector; Law 13,019 / 2014; Applicability.

1 INTRODUÇÃO

A consagração de um federalismo real pede mais que palavras. A previsão da federação tripartite na Constituição da República não basta para garantir efetiva autonomia às esferas estaduais e municipais no plano subnacional. Há fatores jurídicos e extrajurídicos que, na prática, ora potencializam a autonomia, ora a restringem ou até a aniquilam sob certos contextos. Isso significa que as normas compõem uma condição necessária, mas não suficiente a um federalismo verdadeiro.

Dos *fatores jurídicos* relevantes à construção de uma federação real, marcada pela convivência da *shared rule* com a *self rule*, há que se destacar: 1) a consagração constitucional da autonomia, incluindo o autogoverno, a autoadministração, um conjunto patrimonial mínimo e o poder de gerenciamento dos próprios recursos financeiros, estruturais e humanos; 2) o reconhecimento de um bloco de competências legislativas e administrativas às diferentes esferas federadas no campo das políticas públicas; 3) a previsão de instrumentos jurídicos de coordenação de interesses dos diferentes níveis políticos, como a representação dos entes territoriais inferiores no legislativo dos entes territorialmente superiores em uma casa representativa e 4) a limitação jurídica de ingerências de entes territorialmente maiores nas decisões de gestão dos entes políticos autônomos inseridos em suas fronteiras.

Fora isso, a federação real depende da concorrência de fatores extrajurídicos, dentre os quais uma cultura de aceitação de assimetrias normativas e estatais pela população e pelo Judiciário, bem como a conferência de recursos financeiros, naturais e estruturais suficientes para que cada ente político execute com o mínimo de qualidade e efetividade as atribuições que o povo lhe atribuiu por meio de normas no intuito de concretizar interesses públicos primários e satisfazer direitos fundamentais.

No Brasil, a federação é muitas vezes posta em cheque por deficiências ou afrontas a tais fatores. No plano extrajurídico, salta aos olhos a falta de recursos de entes locais para execução das várias tarefas que a Constituição lhes conferiu, abarcando desde serviços públicos de transporte, saúde e educação. Já no plano jurídico, merecem ser realçadas: 1) a falta de um senado federal com entes representativos indicados pelos Estados, já que os senadores são eleitos diretamente pelo povo e, por conseguinte, não se vinculam obrigatoriamente ao partido político que assume o governo do Estado que representam no Congresso; 2) a ausência, em regra, de casas de representação dos Municípios no legislativo estadual; 3) a participação de

Tribunais de Contas estaduais no controle dos Municípios⁸⁸ e 4) a obscuridade em relação à submissão dos entes estaduais e municipais às muitas normas expedidas pelo Congresso Nacional, já que a legislação nem sempre contém a devida distinção entre normas nacionais, válidas a todos os entes federados, e normas meramente federais, destinadas aos entes da União.

O objetivo maior desse artigo consiste exatamente em retomar esse último problema. Em outras palavras, buscar-se-á verificar em que medida a Lei n. 13.019, editada pelo Congresso Nacional em 2014, aplica-se a entes estaduais e municipais, se seu âmbito de aplicabilidade se coaduna com a distribuição constitucional de competências e, enfim, que espaço sobra ao poder legislativo dos Estados e Municípios nas matérias tratadas pela lei. Para se examinar esses três problemas, parte-se de uma exposição do conteúdo da Lei n. 13.019/2014. Mediante a apresentação panorâmica do texto, pretende-se verificar como a lei se reporta a Estados e Municípios e identificar os temas centrais por ela tratados. Em seguida, os temas disciplinados pela lei serão debatidos à luz da divisão constitucional de competências para que, ao final, possa-se descobrir seus fundamentos competenciais e, em finalização, debater o que sobrou de competência legislativa sobre a matéria para os entes infra-nacionais.

II. LEI N. 13.019/2014: OBJETIVO E APLICABILIDADE DESEJADA

A Lei n. 13.019/2014 traz ao direito administrativo brasileiro um amplo conjunto de normas a respeito das parcerias das chamadas Organizações da Sociedade Civil (OSC) com a Administração Pública. A primeira questão que se põe a respeito do novo e polêmico diploma se refere ao seu objetivo e também ao intuito do legislador no tocante a seu âmbito de aplicabilidade, afinal, o Congresso Nacional pode, a depender da matéria, editar ora normas nacionais aplicáveis a todos os entes, ora normas federais extensíveis apenas para União. Com o objetivo de superar essa dúvida a respeito da intenção legislativa, parece relevante cotejar a ementa da Lei e seu artigo inaugural nas duas versões dadas pelo legislador até o momento.

⁸⁸ “A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-membros, mediante autônoma deliberação, instituam órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, rel. min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, rel. min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75). ADI 687, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-1995, Plenário, DJ de 10-2-2006.

Na redação originária da ementa, a Lei n. 13.019 se propunha a estabelecer o regime de “parcerias voluntárias”, envolvendo ou não transferências de recursos, entre a Administração Pública e as OSC, em regime de cooperação e para a consecução de atividades de interesse público. Além disso, instituía o termo de colaboração e o termo de fomento e trazia diretrizes da política de fomento, além de alterar a Lei de Improbidade e da Lei federal da OSCIP. Com as incontáveis modificações operadas pela Lei n. 13.204/2015 antes mesmo do início da vigência da Lei n. 13.019, até mesmo a ementa foi refeita. Extirpou-se o adjetivo “voluntárias”, que não fazia muito sentido sobretudo pela sua redundância, e passou-se a falar apenas de parcerias com as OSC, sem destaque à questão dos recursos financeiros. A nova ementa ainda agregou, ao lado do termo de fomento e de colaboração, um novo instrumento contratual: os chamados “acordos de cooperação”, reforçando o caráter de lei regente de matéria contratual. As demais informações da ementa se repetiram: o objetivo do diploma permanece sendo o de oferecer diretrizes da política de fomento e cooperação com as OSC.

Note-se que a ementa, na redação antiga e na atual, não fala de “normas gerais”, mas sim de regime jurídico das parcerias. Nela não se enumeram, nem se enumeravam na redação anterior, os entes da Federação. Para dificultar ainda mais a verificação do alcance da lei, a ementa não menciona qualquer dispositivo constitucional ou norma de competência a justificá-la. Isso obscurece a verificação do fundamento competencial que permitiu ao legislador tomar a iniciativa para editar as dezenas de normas contidas no novo diploma. Some-se a isso o fato de que, no âmbito da União, as principais leis referentes ao terceiro setor sempre foram restritas à esfera federal, tal como se vislumbra na Lei n. 9.790/1999, sobre as OSCIP, e a Lei n. 9.637/1998, sobre a OS.⁸⁹

Ainda na redação originária da Lei n. 13.019, as dúvidas quanto ao âmbito de aplicabilidade de suas normas se deixavam resolver pelo cotejo do artigo 1º, que assim dispunha: “esta lei institui normas gerais para as parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros, estabelecidas pela *União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e suas subsidiárias*, com organizações da sociedade civil...”. Com a nova redação dada pela Lei n. 13.204/2015, suprimiu-se grande parte desse mandamento. De acordo com o novo texto, o objetivo da lei reside em instituir “normas gerais

⁸⁹ Um panorama da legislação de terceiro setor no Brasil pode ser obtido em MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. Artigo. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163 e seguintes.

para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil...”. O art. 1º deixou de se referir às três esferas federativas e às respectivas entidades da Administração Indireta, abrindo dúvida sobre seu âmbito de aplicabilidade.

Ainda assim, há dois elementos que permitem concluir que o desejo do legislador foi sim o de editar normas nacionais vinculantes das esferas federal, estaduais e municipais. Em primeiro lugar, o art. 1º mantém a menção a “normas gerais”, o que nos remete a dois possíveis fundamentos da lei: ou a competência do Congresso para legislar de modo concorrente com outros entes sobre assuntos previstos no art. 24 da Constituição ou a competência exclusiva do Congresso para editar “normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...) e para as empresas públicas e sociedades de economia mista (...)”, nos termos do art. 22, XXVII da Constituição, combinado com o art. 37, XXI e art. 173, § 1º, III.

Em segundo lugar, além da expressão “normas gerais”, a menção aos Estados e Municípios, embora excluída do art. 1º, ainda consta de inúmeros outros dispositivos legais. Nesse sentido, o art. 2º, cuja finalidade é oferecer definições basilares à compreensão das normas e dos institutos tratados no diploma, aponta a “administração pública” como União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, e suas subsidiárias. Já no art. 33, V, ‘a’, a Lei cuida de requisitos que uma OSC deve cumprir para celebrar parceria e, ao fazê-lo, exige prazos mínimos de existência da pessoa jurídica, os quais variam de acordo com a esfera federativa em que se firma a parceria. Para se aceitarem parcerias com o Município, requer-se comprovação de existência da OSC há pelo menos um ano; com os Estados, há dois; e com a União, há no mínimo três anos.

O terceiro exemplo de dispositivo que confirma o intuito de se construir uma lei nacional é o art. 88, sobretudo seus § 1º e 2º, incluídos pela Lei n. 13.204/2015. De acordo com o *caput*, a lei entrou em vigor 540 dias após sua publicação oficial, ou seja, no dia 23 de janeiro de 2016. Além disso, de acordo com os novos parágrafos, a entrada em vigor para os municípios recai em 1º de janeiro de 2017, permitindo-se lhes optar por adiantamento da vigência local. Esses dois parágrafos – que conferem um “tratamento favorecido” aos Municípios em virtude de suas dificuldades maiores de gestão – evidenciam que o intuito do legislador foi o de incluir efetivamente todos os entes federativos no pacote normativo.

De todo modo, o reconhecimento de que o legislador teve a intenção de amarrar todos os entes da federação por uma boa causa (a saber: a moralização do fomento e das relações do Estado com os entes de colaboração) não imuniza as normas editadas contra eventuais acusações de inconstitucionalidade. Boas intenções não bastam. Além de se identificar o intuito do legislador, que parece evidente pelos dois conjuntos de motivos apontados, é preciso retomar o conteúdo da lei para se descobrir em qual fundamento competencial o Congresso se apoiou e se, no processo legislativo, foram observados os limites da competência legislativa estabelecida pela Constituição ou se, ao revés, foram invadidos os espaços de autonomia legislativa dos Estados e Municípios.

III. LEI N. 13.019/2014: CONTEÚDO GERAL

Em 2011, criou-se um Grupo de Trabalho Interministerial (GIT) em resposta a demandas sociais que surgiram em 2010 para se regulamentar a situação das Organizações da Sociedade Civil (OSC). O GIT foi coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República e contou com a participação da Casa Civil, da Controladoria-Geral da União, da Advocacia-Geral da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Justiça, do Ministério da Fazenda, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e de 14 organizações da sociedade civil de representatividade nacional.⁹⁰

Em 2012, com os resultados obtidos pelas pesquisas e análises empreendidas pelo GIT, confeccionou-se relatório final contendo proposta de uma futura regulamentação das organizações da sociedade civil. Elaborou-se então um anteprojeto de lei focado na contratualização das relações jurídicas entre as OSC e a Administração Pública. Em 2013, intensificaram-se as discussões no Congresso Nacional sobre o projeto, do que resultou a edição da Lei n. 13.019 de 31 de julho de 2014.

A princípio, a lei deveria entrar em vigor 90 dias a contar de sua publicação, mas a mobilização das entidades do terceiro setor e do poder público diante das esperadas dificuldades na sua implementação levaram à prorrogação da data pela Medida Provisória n. 658 de 2014, estendeu *avacatio legis* a 360 dias da publicação da lei. Em julho de 2015, a Medida Provisória n. 684 alargou mais uma vez o prazo, jogando a *vacatio* a 540 dias para que a Lei entrasse em vigor apenas em 23 de janeiro de 2016. Em 14 de dezembro de 2015, a Lei n. 13.204/2015 alterou vários dispositivos da Lei n.13.019. Nesse pacote de mudanças, manteve-se a *vacatio*

⁹⁰ Disponível em: <<<http://www.participa.br/osc/>>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

de 540 dias, mas se determinou a entrada em vigor diferenciada para os Municípios, a qual passou a 1º de janeiro de 2017, ressalvada a possibilidade de aplicação adiantada por decisão própria do ente local.

Em termos normativos materiais, a Lei n. 13.019/2014 possui seis capítulos, dedicados, respectivamente, a: 1) disposições preliminares (objeto da lei, conceitos e definições relevantes etc.); 2) celebração do termo de colaboração e termo de fomento, havendo pouca menção ao acordo de cooperação inserido pela Lei n. 13.204; 3) formalização e execução das parcerias; 4) prestação de contas; 5) responsabilidades e sanções e 6) disposições finais, incluindo normas sobre a vigência da lei.

Sistematizando o conteúdo da lei, é possível verificar que há 5 (cinco) fases para que uma parceria do Estado com o terceiro setor se realize, quais sejam: planejamento, seleção, execução, monitoramento e prestação de contas.

Na *fase de planejamento*, exercem papel fundamental o plano de trabalho (cujos requisitos constam do art. 22) e a capacitação dos gestores públicos e das entidades do terceiro setor (art. 7º). Nessa fase, um importante instrumento previsto é o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS – tratado no art. 18). Por meio do PMIS, as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao Poder Público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

Na *fase de seleção*, papel central exerce o chamamento público (art. 23), processo administrativo destinado a selecionar de acordo com critérios necessariamente objetivos a organização da sociedade civil que firmará parceria com o Estado por meio de termo de colaboração ou de fomento. Em paralelo ao que se verifica em matéria licitatória, a Lei n. 13.019 oportunamente prevê hipóteses de dispensa e inexigibilidade do chamamento público (art. 30 e 31).

Na *fase de execução*, passa-se à realização das atividades previstas na parceria firmada. A esse respeito, prevê a lei a possibilidade de as OSC atuarem de modo articulado em rede (art. 35-A). Além disso, para viabilizar a execução adequada, a lei prevê procedimentos próprios para a liberação de recursos (art. 48), exigindo-se inclusive um cronograma de desembolso, e para a realização de despesas (art. 45).

Na *fase de monitoramento*, ocorre a avaliação da execução da parceria. Nos termos do art. 60, a execução será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo. Todas as etapas da

parceria deverão ser registradas em plataforma eletrônica (artigo 65), permitindo-se a visualização por qualquer interessado. Para fins de acompanhamento da parceria, a lei ainda prevê a possibilidade de criação de uma comissão de monitoramento e avaliação (art.59) e também do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, de composição paritária com representantes governamentais e organizações da sociedade civil, cuja finalidade residirá em divulgar boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração. No intuito de facilitar o monitoramento no âmbito estadual e local, a lei permite a integração de Estados e Municípios ao SICONV perante autorização da União (art. 81).

Na última fase, de *prestação de contas*, tratam-se dos prazos e das normas aplicáveis à apresentação de relatórios pelas parceiras sociais. As organizações da sociedade civil terão o prazo de 90 (noventa) dias para a prestação de contas a partir da vigência da parceria ou final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano. Esse prazo poderá ser prorrogado por até 30 (trinta) dias, desde que devidamente justificado. Já a Administração Pública deverá apreciar a prestação final de contas apresentada, no prazo de até cento e cinquenta dias, contado da data de seu recebimento ou do cumprimento de diligência por ela determinada, prorrogável justificadamente por igual período. As prestações de contas serão então avaliadas como *regulares*, quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; *regulares com ressalva*, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal que não resulte em dano ao erário; ou *irregulares*, quando comprovada: a) omissão no dever de prestar contas; b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

A lei prevê a possibilidade de três tipos de sanção caso a parceria seja executada em desacordo com o pactuado, a saber: 1) advertência; 2) suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos e 3) declaração de inidoneidade. Ademais, condutas indevidas dos gestores e da própria OSC podem redundar na incidência da Lei de Improbidade Administrativa, cujos artigos foram expressamente ampliados pela Lei n. 13.019 com exemplos de infrações por atos violadores da moralidade administrativa nesse campo, bem como pela Lei Anticorrupção.

IV. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS: TERCEIRO SETOR, PARCERIA E FOMENTO

A Lei n. 13.019 abarca inúmeros objetos, a saber: diretrizes nacionais de fomento; instrumentos contratuais, com ou sem repasse de recursos públicos, entre Estado e pessoas jurídicas de direito privado; mecanismos de natureza processual licitatória para seleção dos parceiros estatais; instrumentos de monitoramento contratual e de prestação de contas; infrações e sanções. Desses vários objetos normatizados, vale destacar o significado de terceiro setor, parceria e fomento, para os quais há que se buscar os dispositivos constitucionais que fundamentam a competência legislativa de cada ente da federação, partindo-se da tipologia de competências do Congresso.⁹¹

O interesse estatal de fortalecer o Terceiro Setor encontra suas raízes nas políticas de Reforma do Aparelho do Estado que se iniciaram em meados da década de 1990 no nível federal e daí se espalharam por vários outros entes federativos.⁹² Desde esse período, passou-se a incentivar intensamente a corresponsabilidade das entidades privadas, sem fins lucrativos, para a prática de atividades socialmente relevantes. Daí a emergência do chamado Terceiro Setor, que, nas palavras de Fernando Borges Mânica, designa “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público”.⁹³

De meados da década de 1990 até a Lei n. 13.019/2014, a União basicamente se concentrou na edição de leis de caráter meramente federal sobre o tema e que se dedicaram a

⁹¹ A competência Legislativa da União Federal se subdivide em dois tipos: a privativa, tratada no artigo 22 da Constituição Federal, e a competência legislativa concorrente (da União, Estados e DF), que se encontra no artigo 24 da CF. O parágrafo único do artigo 22 da CF permite a delegação para os Estados-membros, desde que observados os seguintes requisitos: (i) lei complementar do Congresso Nacional; (ii) a autorização é para legislar questões específicas das matérias do art. 22 para Estados e DF. No art. 24, CF, verifica-se que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Ao passo que os Estados e o DF suplementam a norma geral da União. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Dessa forma, haverá competência suplementar legislativa no âmbito dos Estados, DF e Municípios. Quanto ao último (Municípios), só terão competência legislativa suplementar quando não houver legislação sobre o assunto em âmbito federal ou estadual. Os Estados Federados exercerão capacidade legislativa plena na ausência de lei federal sobre o assunto.

⁹² Hoje, há um número muito grande de entidades privadas sem fins lucrativos que exercem atividades de interesse público e se enquadram nessa categoria. A quantidade de entidades do terceiro setor vem crescendo. Com base na plataforma georreferenciada que apresenta dados relativos às organizações da sociedade civil (OSC) no Brasil, há 323 mil organizações da sociedade civil no Brasil movimentando R\$ 14.225.901.516,85 de recursos financeiros. Disponível em: <<<https://mapaosc.ipea.gov.br/>>> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.)

⁹³ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. Artigo. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 10.

consolidar duas novas figuras: as Organizações Sociais (Lei n. 9.637/1998) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei n. 9.790/1999). A Lei n. 13.019/2014, porém, modifica o escopo da legislação precedente, na medida em que pretende amarrar todos os entes federativos. Além disso, a lei trabalha com um conceito mais amplo, o de Organização da Sociedade Civil (OSC), definido no art. 2º, inciso I como uma categoria em que se incluem: *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; as *sociedades cooperativas* previstas na Lei n. 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; 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.

Conquanto o legislador brasileiro tenha se dedicado intensamente a tratar do terceiro setor na legislação, em termos constitucionais, há pouca referência ao assunto em um sentido abstrato e genérico. A expressão terceiro setor e outras análogas (como “entes de colaboração” e “administração paraestatal”) não constam da Constituição de 1988. No entanto, nela se reconhece indiretamente a esfera pública não estatal, na medida em que certas normas constitucionais, entre outras coisas, conferem imunidade tributária a instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, ‘c’) e tratam das relações entre o Estado e o terceiro setor em alguns campos específicos, como o da saúde complementar (art. 199, § 1º).

O foco desse estudo, porém, não recai no reconhecimento do terceiro setor, mas sim na sua relação com a distribuição das competências legislativas, razão pela qual há que se questionar em que medida a esfera pública não estatal aparece, por exemplo, no rol de assuntos sob competência legislativa exclusiva, no rol de competências legislativas concorrentes ou em alguma outra norma que trate dos limites de ação do Legislativo na federação. Ao se realizar essa tarefa, percebe-se que as normas regentes da competência legislativa exclusiva do

Congresso Nacional (art. 21) não aponta de qualquer forma o assunto. De igual modo, no âmbito das competências concorrentes (art. 24), inexistente menção expressa ao terceiro setor. Todavia, nesse dispositivo, encontra-se a competência do Congresso para estabelecer *normas gerais* sobre muitos assuntos diretamente relacionados com o terceiro setor, como o direito financeiro e econômico, a saúde, o ambiente, a educação, a cultura, o ensino, o desporto, a ciência, a tecnologia, a pesquisa, o desenvolvimento e a inovação, áreas não exclusivas do Estado e em que geralmente os entes do terceiro setor ingressam.

Para além da situação do terceiro setor, há que se examinar o que significa “parceria” e igualmente como ela se encaixa na distribuição constitucional de competências legislativas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra de referência sobre o assunto, define parcerias em sentido amplo como “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre o setor público e privado, para a consecução de fins de interesse público”.⁹⁴ De acordo com Dinorá Grotti, o termo “parceria” se consagra no final do século XX e serve para agrupar diferentes instrumentos jurídicos contratuais utilizados pelo Estado: 1) na delegação da execução de serviço público; 2) no fomento à iniciativa privada de interesse público; 3) na desburocratização e na instauração da chamada “Administração Pública Gerencial”; e 4) na terceirização.⁹⁵ Em sentido ainda mais amplo, parece-nos também possível inserir no vocábulo os ajustes agora celebrados pelo Estado no exercício de suas atividades de polícia, como os acordos de leniência, os compromissos de cessação de prática infrativa e também os acordos firmados nos processos de licenciamento e autorização administrativa.⁹⁶

No âmbito específico da legislação ora abordada, relativa a atividades de interesses público em campos não exclusivos do Estado, as parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor destinam-se a formalizar a relação de fomento e estabelecer obrigações claras entre os sujeitos envolvidos, além de tratar da repartição de responsabilidades, da busca de metas e resultados claros, bem como da eventual transferência de recursos humanos, financeiros e até bens públicos a particulares que atuam na esfera pública não estatal. Sem a referida formalização contratual, dificulta-se a responsabilização dos parceiros por suas falhas e pelo eventual

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

⁹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Parcerias na Administração Pública*. In: CARDOZO, José Eduardo et al. (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 440.

⁹⁶ Exemplos desses acordos se encontram na legislação de defesa da concorrência, em detalhes sobre os acordos de leniência, os compromissos de cessação de prática e os acordos em matéria de controle de concentrações econômicas, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, capítulos 4 e seguintes.

desperdício ou mau uso de recursos estatais. A formalização, em outras palavras, assume o papel de condição do bom gerenciamento da cooperação desenvolvida entre Estados e Terceiro Setor.

Nesse contexto, a parceria social desempenha sob o ponto de vista jurídico o papel de um instrumento contratual, cujo objeto central são programas e projetos relacionados à concretização de interesse público primário em áreas não exclusivas do Estado, mas fundamentais à oferta de condições dignas de vida à população. A relação colaborativa estabelecida entre Estado e terceiro setor sustenta-se nesse instrumento contratual, pois nelese condensam as obrigações, os deveres, as responsabilidades, as metas e os resultados esperados tanto do parceiro público quanto do privado.

Nesse sentido, a própria Lei n. 13.019/2014 define a parceria como “conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente 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 atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”.

Ao definir a parceria, a lei enumera instrumentos contratuais. Daí resulta a inserção da parceria numa categoria contratual formada por diferentes tipos de ajuste cooperativos em matéria de fomento. Anteriormente, os instrumentos para formalização das parcerias entre Estado e Terceiro Setor se resumiam a basicamente três: os convênios, os termos de parceria celebrados no âmbito da União com as OSCIP (nos termos da Lei n. 9.790/199) e os contratos de gestão, firmados entre a União e a OS (nos termos da Lei n. 9.637/1998). Com o surgimento da Lei n. 13.019/2014, aos instrumentos tradicionais foram somadas novas modalidades de ajustes, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros pelo Poder Público ao ente do terceiro setor no intuito de viabilizar sua finalidade. Na redação originária da lei, mencionavam-se unicamente os termos de colaboração e os termos de fomento, mas em virtude da significativa alteração promovida em 2015, antes mesmo da vigência do diploma legal, incluiu-se na lei o acordo de cooperação.

Em termos legislativos, o termo de parceria com OSCIP e o contrato de gestão com OS se regem por lei de cada ente, já que o Congresso decidiu construir leis federais. Em contraste, os convênios, os termos de fomento, os termos de colaboração e os acordos de cooperação despontam como instrumentos nacionais e os três últimos se vinculam às relações do Estado com as entidades enquadradas no conceito legal de OSC. Aliás, como a relação com essas organizações se submetem a instrumentos regidos por lei própria, o convênio foi

deslocado a um papel subsidiário. Sua utilização se limitará a parcerias celebradas entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas ou entre entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

De todo modo, resumindo-se o debate à questão competencial, o que importa, como já acentuado, é verificar como o termo de parceria se posiciona diante do quadro das competências legislativas previstas na Constituição. E ao se realizar essa verificação, percebe-se, assim como ocorre com a expressão “terceiro setor”, que o texto constitucional não menciona em qualquer momento a palavra “parceria”. Sem prejuízo, na medida em que parceria é termo genérico a designar laços de cooperação do Estado com a sociedade regidos por instrumentos contratuais de direito público, a identificação da competência legislativa se torna mais simples, na medida em que a Constituição reconhece a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre *“normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados Distrito Federal e Municípios... e para as empresas públicas e sociedades de economia mista...”* (art. 22, XXVII).

O trecho selecionado e realçado do referido inciso traz alguns conceitos estratégicos. Em primeiro lugar, licitação significa processo de seleção de contratantes. A palavra licitação, no Brasil, equivale ao que os portugueses denominam de concurso, ou seja, de processo seletivo de pessoa física ou jurídica apta a contratar com o Estado por prazo determinado. Nesse diapasão, o fato de a Lei n. 13.019 não falar de licitação, mas sim de chamamento público, não se afigura suficiente para sustentar que ela não estaria assentada no art. 37, inciso XXI, pois o que importa não é o nome dado ao processo de seleção de parceiros, mas sim o seu escopo contratual e o desejo de o Congresso editar, nessa área, normas gerais nacionais.

Em segundo lugar, a Constituição emprega a palavra “contratação”, o qual abarca desde a figura do contrato propriamente dito até os procedimentos que o circundam. Em mais detalhes, “contratação” é termo que abrange o fenômeno contratual público desde o planejamento e a elaboração da minuta do ajuste, passando pela seleção do contratado até atingir a fase de execução e de controle. Em termos processuais, ainda inclui os processos prévios ao contrato, tanto os que servem para definição de seu objeto, como o PMIS, quanto os de seleção de contratantes, bem como o processo administrativo contratual, utilizado para aplicação de sanções aos contratados ou para preparar decisões baseadas nos poderes exorbitantes da Administração, como o de rescisão unilateral. Fora isso, a menção do texto constitucional à “contratação” em sentido amplo alcança desde os chamados contratos

operacionais (obras, serviços e compras disciplinados pela Lei n. 8.666), passando pelos módulos concessórios (concessões comuns, parcerias público-privadas e permissões de serviços), até os módulos de cooperação em sentido mais amplo (como as parcerias sociais).

Enfim, note-se que o art. 22, XXVII, de modo até redundante ao que se diz no *caput*, reafirma que a competência do Congresso, quando utilizada, atinge a esfera de gestão pública dos entes estaduais e municipais.

Apesar desses argumentos, poder-se-ia discutir se o fato de as parcerias sociais estarem relacionadas com atividades de fomento estatal não bloquearia a competência do Congresso para tratar dos ajustes utilizados pelas Administrações Públicas estaduais e municipais nesses setores. Essa discussão parece relevante, na medida em que a Constituição reconhece que a política de fomento se relaciona com a lei orçamentária e que a gestão orçamentária recai no âmbito de autonomia de cada ente (art. 165, § 2º). Todavia, é preciso recordar que o art. 24, I e II dá competência ao Congresso Nacional para editar normas gerais sobre direito financeiro e sobre orçamento. Isso significa que os institutos centrais básicos empregados nessa matéria podem ser objeto de tratamento por norma geral do Congresso. Isso não lhe autoriza, por óbvio, a intervir no uso e na destinação dos recursos públicos de cada ente autônomo, inclusive para o fomento. Assim, salvo nas hipóteses em que a Constituição determina aplicações ou investimentos públicos em certas áreas ou políticas públicas, não caberá ao legislador intervir na gestão de receitas públicas, mas poderá, por força do art. 24, I e II, estabelecer os institutos jurídicos gerais que deverão ser empregados na atividade financeira, orçamentária e, por conseguinte, de fomento estatal.

Diga-se bem: não é qualquer norma do Congresso Nacional que automaticamente ganhará validade nacional no campo do direito financeiro, orçamentário e de fomento. A uma, há necessidade de que o legislador deseje editar normas aplicáveis a todos os entes federativos. A duas, a norma deve ter conteúdo geral, ou seja, abster-se de entrar em detalhes operacionais que acabem por destruir o espaço de acomodação dos entes subnacionais e a flexibilidade típica e necessária do federalismo, raiz da própria ideia de competência concorrente do art. 24. A três, é preciso que as normas do Congresso não interfiram na utilização de recursos dos Estados e Municípios, a não ser que a Constituição assim o determine, como ocorre em certos campos sociais, mas não se vislumbra para fins de fomento.

V. O QUE SOBRA DA COMPETÊNCIA ESTADUAL E MUNICIPAL PARA NORMATIZAR PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR APÓS A LEI N. 13.019?

Diante do reconhecimento de que o Congresso detém competência para editar *normas gerais* sobre contratação pública em todas as suas modalidades, bem como sobre direito financeiro, econômico e orçamentário, e ainda sobre os setores de saúde, educação, pesquisa, tecnologia etc., tornam-se explícitos os fundamentos constitucionais que, apesar do silêncio do legislador, atribuem à Lei n. 13.019/2014 o caráter de verdadeira lei nacional, primariamente vinculante de todos os entes da federação.⁹⁷ Contudo, isso não implica que se tenha exaurido o espaço dos Estados e Municípios para legislar sobre a matéria. Muito pelo contrário. Há pelo menos dois motivos centrais pelos quais se pode sustentar que a Lei n. 13.019 não esvaziou o poder legislativo estadual e municipal para cuidar de suas parcerias com o terceiro setor.

Em primeiro lugar, para que uma norma se considere *geralem* termos federativos, não basta que ela se direcione a todos os entes federados (*universalidade quanto aos sujeitos*). É imprescindível que, além de geral em sentido subjetivo, ela se destine a construir a normatividade básica sobre determinado assunto, a padronização jurídica comum mínima que assegure o bom funcionamento e a articulação do Estado federado em todos os níveis políticos e a despeito das fronteiras internas. Como mandamento destinado a garantir somente uma teia normativa favorável à unidade político-jurídica no contexto da fragmentação federativa, a norma geral sempre deverá deixar espaço para detalhamentos normativos subnacionais, realizados de acordo com as características culturais, econômicas, sociais e políticas de cada ente estadual e municipal.

A garantia da margem de detalhamento é o que torna a norma geral permeável aos anseios de cada comunidade política subnacional, daí ser ela fundamental para que certa política pública se dinamize e não se enrijeça a ponto de perder sua utilidade em determinada parte do território nacional por falta de aderência à realidade ou às concepções dos agrupamentos populacionais que sustentam o Estado. Desse modo, retornando-se ao objeto de reflexões desse artigo, embora a Lei n. 13.019 se revele extremamente abrangente, seu conteúdo normativo deverá ser acoplado às realidades estaduais e locais por meio de calibrações capazes de dar vida e efetividade às diretrizes nacionais de fomento dentro da realidade de cada ente político infranacional.

⁹⁷ Segundo o artigo 24, § 1º, da CF, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”. Vale reiterar, porém, que o art. 22 também confere ao Congresso, no caso de contratação pública, poder para editar normas gerais, embora o referido dispositivo trate de competências legislativas privativas.

Em segundo lugar, a afirmação de que a União possua competência para tratar de parcerias da Administração Pública com o terceiro setor e de que a Lei n. 13.019 represente o exercício dessa competência não imuniza as normas nela contidas contra eventuais acusações de inconstitucionalidade. Ao exercer sua competência legislativa para editar normas gerais (com base no 24, I e II ou mesmo no peculiar art. 22, XXVII), é possível que o Congresso se exceda, exagere, invada inaceitavelmente o espaço de acomodação que o federalismo exige, como o fez em certos momentos na construção da Lei n. 8.666.⁹⁸ Uma norma não é geral, porque o Congresso a tenha considerado como tal ou porque simplesmente a tenha incluído num diploma baseado em competência legislativa concorrente. Se norma geral fosse qualquer norma, não haveria grande razão para se diferenciar o art. 22 e 24 da Constituição. Por conseguinte, é praticamente certo que algumas normas da Lei n. 13.019 se revelarão abusivas ao longo da história por serem indevidamente minuciosas, avessas à flexibilidade federativa, invasivas da política de fomento e de relações dos Estados e Municípios com o terceiro setor em suas esferas.

Não seria cabível, nesse momento, examinar todas as normas da Lei para apontar quais nos parecem incompatíveis com o conceito de norma geral. Tomando-se como premissa de que até o momento as normas da Lei n. 13.019 gozam de uma presunção relativa de constitucionalidade, vale ilustrar a partir dos temas que foram objeto da legislação como os Estados e Municípios poderiam, na prática, esmiuçar seus comandos, apontando-se, simultaneamente, alguns aspectos normativos que parecem básicos e, portanto, insuscetíveis de modificação nessas duas esferas.

No *capítulo I – disposições preliminares (definições legais e aplicabilidade)*, a Lei n. 13.019 apresenta definições normativas e regras de aplicabilidade. As definições naturalmente não podem ser modificadas pelos Estados e Municípios, mas podem ser especificadas, detalhadas ou direcionadas a políticas específicas. Por exemplo, os entes políticos infracionais poderão reduzir o âmbito do conceito de atividade, limitando as parcerias a setores específicos de interesse estadual ou local (art. 2º, III-A). Poderão igualmente esmiuçar os poderes do gestor da parceria, além de detalhar a composição da comissão de seleção e da comissão de monitoramento e avaliação, desde que respeitada a composição mínima estabelecida pela Lei (art. 2º, X e XI). De outro lado, o capítulo ainda trata da aplicabilidade da Lei n. 13.019 e, ao fazê-lo, exclui inúmeras relações jurídicas de seu âmbito, como os contratos de gestão com OS

⁹⁸ Por exemplo, na ADI 927-3, o STF suspendeu a aplicação de parte do artigo 17 da Lei nº [8.666/93](#) no âmbito de Estados, Municípios e Distrito Federal, por faltar-lhe caráter geral.

e os termos de parceria com OSCIP (art. 3º, III e VI). O problema desse dispositivo reside no fato de que ele se refere apenas às relações com OS e OSCIP qualificadas de acordo com a legislação federal e, na prática, sabe-se que existem Estados e Municípios que também reconhecem essas figuras por lei própria. Nesse sentido, afigura-se adequado excluir do âmbito da Lei os contratos de gestão e termos de parceria estaduais e municipais regidos por lei própria, dando à Lei n. 13.019 um caráter mais subsidiário. Afinal, seria inaceitável supor que o Congresso edita uma norma geral que é mais interventiva sobre a Administração estadual e local, que sobre a Administração federal, já que a norma geral deve ser por essência uma norma básica, vedando-se-lhe aniquilar a flexibilidade federativa ou gerar privilégios indevidos à União.

No *Capítulo II – termo de colaboração e termo de fomento* tem-se um dos capítulos mais problemáticos da Lei. Como sua Seção I trata de “normas gerais”, pode-se acreditar que tudo que esteja fora da seção vinculará apenas a União. A escolha terminológica do legislador foi, nesse particular, bastante desastrosa. Uma leitura mais atenta do capítulo mostra, porém, que praticamente todas as suas normas são gerais. Elas estabelecem fundamentos e diretrizes de fomento que valem para todos os entes (art. 5º e 6º), critérios básicos de escolha dos parceiros (art. 8º), normas sobre transparência pública (art. 10 e seguintes), normas sobre participação social (art. 14 e seguintes), termos de colaboração e de fomento (art. 16 e 17), Procedimento de Manifestação de Interesse social (art. 18-21), plano de trabalho (art. 22) e chamamento público (art. 23 e seguintes). Em todos esses assuntos, Estados e Municípios poderão estabelecer normas de detalhamento ou complementação de requisitos (por exemplo, para ampliar a transparência e a participação social). Alguns dispositivos desse capítulo se voltam, porém, somente à União (art. 7º e 15), razão pela qual não afetam a autonomia dos entes infranacionais na matéria sobre a qual dispõem.

Uma das grandes preocupações do legislador ao estabelecer o marco regulatório das parcerias com o terceiro setor foi o de erigir um processo administrativo capaz de moralizar as escolhas dos entes privados que se relacionarão com o Estado e, em muitos casos, serão beneficiados por fomento. Eis a função central do chamamento público, uma modalidade licitatória de aplicabilidade especial e que se afasta do regime da Lei n. 8.666/1993 (conforme expressamente dispõe o art. 84, *caput* da Lei n. 13.019/2014). Além de consagrar o chamamento e tratar de sua inexigibilidade e dispensa, a Lei valoriza o diálogo entre Administração e sociedade no intuito de promover contratações mais efetivas e para tanto instituiu PMIS. Todas essas matérias, além das relativas ao regime dos acordos nas três versões previstas na Lei, aos

respectivos planos de trabalho e aos requisitos que necessitam ser cumpridos pela OSC para participarda contratação, fundamentam-se no art. 22, XXVII da Constituição e não na competência para editar normas gerais sobre direito financeiro, econômico e orçamentário do art. 24, I e II. Por conta da raiz competencial distinta, em que pese a competência do Congresso em matéria de contratação igualmente se resumir ao estabelecimento de normas gerais, o fato de o assunto constar do art. 22 gera importante implicação, a saber: os Estados e Municípios estão em pé de igualdade diante das normas gerais de contratação editadas pelo Congresso ou, dizendo de outro modo, os Municípios não terão que se submeter às complementações normativas estabelecidas pelo Estado nessa matéria, já que não se trata de competência do art. 24, mas sim do art. 22. Assim, por exemplo, o fato de certo ente estadual ampliar por lei o rol de vedações de contratação do art. 39 da Lei n. 13.019 não limitará os Municípios localizados dentro do território estadual, os quais continuarão vinculados apenas às vedações constantes da Lei editada pelo Congresso e por sua própria legislação, quando existente.

No Capítulo III e capítulo IV – formalização e execução da parceria e normas financeiras diferentemente do capítulo II, em que predominam normas licitação e planejamento da contratação, o capítulo terceiro disciplina dois objetos distintos. De um lado, tratam-se os acordos propriamente ditos (termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação sem repasse de recursos financeiros), suas formas de alteração e prorrogação (art. 55 a 57) e de monitoramento e avaliação, incluindo as obrigações do gestor público (art. 58 e seguintes) e poderes da Administração em caso de inadimplemento por culpa da OSC (art. 62). De outro, são disciplinados os gastos de recursos públicos pelas OSC, incluindo normas sobre despesas vedadas (art. 45), despesas autorizadas (art. 46), liberação de recursos públicos (art. 48 a 50), movimentação e aplicação de recursos públicos (art. 51 e seguintes), ou seja, blocos de normas de direito financeiro, fundamentadas no art. 24, I da Constituição e não no art. 22, XXVII. Conjunto de normas da mesma natureza encontra-se no capítulo IV, a respeito da prestação de contas, seu conteúdo, prazos e decisões administrativas sobre sua regularidade ou irregularidade.

No Capítulo V – responsabilidade e sanções: nesse capítulo, disciplinam-se as sanções derivadas do inadimplemento contratual, normas que se inserem no campo da competência do art. 22, XXVII da Constituição. Nesse particular, o art. 73 deixa evidente que o rol de sanções é taxativo e, por isso, não deve ser ampliado pelos Estados e Municípios. Apesar disso, note-se que há muitos aspectos sancionatórios sem normatização, por exemplo, o relativo à dosimetria. Além disso, a Lei não trata de mecanismos de consensualização aplicados ao processo

sancionador, como o compromisso de cessação de prática infrativa, o qual, em nosso entender, também pode ser objeto de criação pelo legislador local ou estadual, já que o art. 73, *caput* diz que a execução defeituosa da parceria “poderá” ocasionar as sanções. O uso do “poderá” autoriza sustentar que outros caminhos decisórios são aceitáveis caso previstos em lei. Daí a viabilidade de se legislar sobre eventuais acordos de cessação de prática infrativa nessa matéria.⁹⁹

VI. CONCLUSÃO

O combate à corrupção no Brasil tem estimulado inúmeras respostas legislativas e tentativas de moralização das parcerias do Estado com a sociedade em sentido amplo. A Lei n. 13.019/2014 se situa nesse movimento, na medida em que busca profissionalizar, objetivar e controlar as relações da Administração com as entidades do terceiro setor, sobretudo diante do papel de destaque assumido por essas entidades no Brasil desde meados da década de 1990, quando a reforma da administração federal em uma linha gerencialista passou a reconstruir os instrumentos jurídicos de incentivo à esfera pública não estatal principalmente com o intuito de preencher vazios deixados pelo Estado, então redirecionado à posição central de regulador e fomentador.

Ao longo desse estudo, buscou-se demonstrar que o Congresso Nacional estabeleceu normas bastante abrangentes sobre as parcerias com o terceiro setor e que, apesar da falta de fundamentos explícitos de competência no corpo da Lei n. 13.019/2014, tem-se nesse diploma um bloco de normas nacionais, vinculantes dos três níveis da federação. A razão para tanto se encontra na identificação dos objetos ou assuntos normatizados, os quais se relacionam com a temática prevista nos art. 22, XXVII e art. 24, I e II da Constituição. Sobre eles detêm o Congresso competência para editar normas gerais e, com base nisso, o legislador optou por inserir na lei em debate o tratamento jurídico do planejamento das parcerias, da seleção dos parceiros, da formação dos acordos, da sua execução e avaliação, bem como da responsabilidade dos entes envolvidos e das sanções que lhes podem ser impostas.

É verdade que essa “superlegalização” limita os espaços de discricionariedade legislativa dos Estados e Municípios, mas de nenhuma maneira a lei em tela deve ser vista como um ponto final, ou melhor, como a finalização ou o encerramento dos debates legislativos sobre

⁹⁹ A respeito dos acordos de cessação de prática infrativa, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, capítulo VI e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, em geral.

o tema no âmbito estadual e local. Como dito, as normas da lei devem ser gerais. Como tais, é essencial que elas reservem espaço para complementações e adaptações necessárias no âmbito infranacional. Caso se mostrem indevidamente detalhadas ou invasivas da autonomia dos Estados e Municípios, essas normas pretensamente gerais se revelarão inconstitucionais, exigindo-se sua derrubada por violação da distribuição constitucional de competências.

O desejo interventor originário do Congresso Nacional nessa matéria já foi em parte combatido por modificações significativas determinadas por lei posterior. No tocante à proteção dos espaços de legislação estadual e municipal, há que se elogiar, portanto, a edição da Lei n.13.204/2015, que flexibilizou diversas disposições antes contidas na Lei n. 13.019/2014.

Entre outras coisas, o diploma de 2015 excluiu o art. 47 (sobre limitação dos gastos administrativos a 15% do valor da parceria) e o art. 56 (sobre limitação de remanejamento de recursos a 25% das rubricas originais). Além disso, a Lei n. 13.204 revogou/alterou diversos que continham requisitos quanto aos planos de trabalhos, à capacidade de as OSC celebrarem parcerias, à elaboração dos editais de chamamento público, entre outros assuntos. Tanto por essas modificações relevantes operadas em 2015, quanto pelo caráter meramente geral que deve marcar as normas da Lei n. 13.019, há muito trabalho legislativo a ser executado pelos Estados e Municípios, o que se pretendeu ilustrar por hipóteses de detalhamento legislativo dos vários temas que compõem a lei debatida.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo. Atlas. 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Parcerias na Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo et al. (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. Artigo. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARRARA, Thiago. Parcerias sociais, termos de fomento e de colaboração: brevíssimos comentários à Lei 13.019 de 2014. *Carta Forense*, 07 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/parcerias-sociais-termos-de-fomento-e-de-colaboracao-brevissimos-comentarios-a-lei-13109-de-2014/14855>

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.
OLIVEIRA, André Tito Motta. *Da atuação do terceiro setor por meio das parcerias com o estado e seu controle pelos tribunais de contas: entre os lindes da transparência e da eficiência*. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 251 p. São Paulo. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro Setor*. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PINTO, Bruno Luís Amorim. *O regime jurídico dos contratos de colaboração entre o estado brasileiro e o terceiro setor*. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 157 p. São Paulo. 2015.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. Malheiros Editores. São Paulo. SP. 2006.

ROSILHO, André. As licitações segundo a Lei 8.666/93: um jogo de dados viciados. In: *Revista de Contratos Públicos*, vol. 2, 2012.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. Tese de Doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 511 p. São Paulo. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias com o Terceiro Setor. In: Carlos Ari Sundfeld. (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.