

BOLETIM

4ª edição/ abril 2015



Com o objetivo de contribuir para o fortalecimento institucional das Organizações da Sociedade Civil (OSCs) por meio da resolução de questões de natureza jurídica e legal presentes em seu dia a dia, a Abong lança a 4ª edição do Boletim Orientação Jurídica. A publicação faz parte das ações do Programa Orientação Jurídica, uma iniciativa do Projeto Compartilhar Conhecimento: uma estratégia de fortalecimento das OSCs, patrocinado pela Petrobras.

A Lei 13.019/2014, que estabelece um novo regime jurídico para as parcerias entre OSCs e Poder Público, entrará em vigor em 27 de julho de 2015¹, trazendo uma profunda mudança na organização administrativa pública ao criar a Política de Fomento e Colaboração e estabelecer normas gerais para as parcerias com OSCs para União, Distrito Federal, Estados e Municípios, além de outras pessoas jurídicas de direito público.

Apesar do reconhecimento da autonomia das OSCs, da liberdade de associação e da importância de uma sociedade civil livre entre os princípios e diretrizes da nova legislação, é inegável que a Lei 13.019/2014 reflete exagerada preocupação do/a legislador/a com o controle do uso do recurso público pelas organizações e a possibilidade de punir os/as responsáveis que venham a dar causa a eventuais desvios.

Nesse sentido, chama a atenção o art. 37 da nova Lei, que estabelece a obrigatoriedade de que ao menos um/a dirigente da OSC seja indicado/a no instrumento da parceria como responsável solidário pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas.

O ineditismo do dispositivo e a imposição de uma obrigação que alcança de forma imediata o patrimônio privado e pessoal do/a dirigente de organização privada da sociedade civil como requisito para uma parceria causa surpresa e dúvidas com relação à sua constitucionalidade entre acadêmicos/as, advogados/as, gestores/as de OSCs e de entes públicos, razão pela qual o tema foi escolhido para ser tratado nesta edição do Boletim Orientação Jurídica.

Boa leitura!



¹Conforme Lei 13.102/2015.

Inconstitucionalidade do artigo 37 da nova Lei de parcerias entre Estado e OSCs

Art. 37. A organização da sociedade civil indicará ao menos 1 (um) dirigente que se responsabilizará, de forma solidária, pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas na parceria, devendo essa indicação constar do instrumento da parceria.

O texto acima se refere ao artigo 37 da Lei 13.019/2014². Com base neste dispositivo, o Poder Público deve passar a exigir como requisito para celebração de parcerias com OSCs que estas apresentem ao menos um/a dirigente que ficará solidariamente responsável pela execução das atividades da parceria e cumprimento das metas pactuadas com o Poder Público.

Em termos práticos, esta obrigação pode significar que apenas serão consideradas aptas a formalizar parcerias com o Poder Público as OSCs cujos/as dirigentes disponham-se a oferecer seu patrimônio pessoal como garantia da execução das atividades referentes à parceria celebrada, independentemente da apuração de eventual culpa ou dolo. Isto significa dizer que, caso uma meta prevista no Plano de Trabalho não seja alcançada por qualquer razão ou circunstância, o patrimônio pessoal de um/a dos/as dirigentes da OSC parceira pode, ao menos em tese, ser chamado a responder pelo inadimplemento.

Desde a publicação da nova Lei, já é possível reunir balizadas análises, manifestações e entendimentos que

questionam o alinhamento constitucional do teor do art. 37.

Primeiras Reações

Ainda antes da sanção da Lei, em documento enviado à Presidenta Dilma Rousseff em julho de 2014, a Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil manifestou-se favoravelmente ao veto do artigo 37, nos seguintes termos:

“A obrigação prevista no artigo 37 de que a OSC indique um dirigente que se responsabilize de forma solidária pela execução das atividades da parceria afronta a isonomia das OSCs, pois não há precedente deste tipo de exigência com relação a nenhum outro tipo de organização que celebre contratos administrativos ou Parceria Público-Privada com a Administração. Há mecanismos na lei que asseguram a desconsideração da personalidade jurídica, mediante devido processo legal. A responsabilização solidária da pessoa física de forma automática é desproporcional e contrária à isonomia.”

Já após a publicação da Lei, em agosto de 2014, um documento com as primeiras contribuições da Plataforma para o processo de regulamentação da Lei 13.019/2014² novamente trouxe o art. 37 como um dos principais objetos da sua preocupação. Como proposta e buscando mitigar

² Disponível em https://observatoriosc.files.wordpress.com/2014/09/proposta_regulamentac3a7c3a3o_lei13019_plataformamrosc_final.pdf.

eventuais danos que o dispositivo pode causar, a Plataforma propôs que em sede de regulamentação se criem procedimentos que busquem assegurar, ainda que em nível administrativo, o devido processo legal com apuração de responsabilidade para a eventual decisão que venha a determinar responsabilização do/a dirigente da OSC sobre as atividades da parceria:

“Diante do exposto, propomos regulamentação no sentido de estabelecer procedimentos que especifiquem claramente as hipóteses alcançadas pela norma, a fim de limitar ao máximo seu excesso.”

Em artigo³ que traz suas primeiras impressões sobre a Lei 13.019/2014, Jorge Eduardo Durão, ex-dirigente da Abong - profundo conhecedor do tema do marco legal das OSCs por ser este assunto que acompanha há muitos anos -, traz provocação sobre a proposta de regulamentação que não se justificaria em razão de sua inconstitucionalidade. Sua opinião é no sentido de que o referido dispositivo viola direitos constitucionais, em conjunto com outros artigos da Lei, que “deveriam ser questionados judicialmente em relação à sua constitucionalidade, não cabendo tentar minorar as violações de direitos neles contidas através da sua regulamentação.”

De acordo com Nota Técnica publicada pelo CPJA/FGV – Centro de Pesquisa Jurídica

Aplicada, da Fundação Getúlio Vargas⁴ durante a tramitação do Projeto de Lei que deu origem à Lei 13.019/2014, a ideia de responsabilidade solidária do/a dirigente está relacionada com o movimento da chamada “criminalização” da sociedade civil “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).”

Durante a tramitação da Medida Provisória 658, de 29 de outubro de 2014, o Relatório⁵ que avaliou as emendas apresentadas à Lei trouxe manifestação contundente e bem fundamentada favorável à supressão do artigo 37 do texto da Lei:

10) RESPONSABILIDADE DO DIRIGENTE DAS OSCs - Propomos a aprovação integral das emendas 47 e 52, com conteúdo idêntico, que retiram da lei a obrigatoriedade das OSCs indicarem um dirigente que se responsabilize solidariamente pela execução das atividades da parceria, tendo em vista que essa previsão viola o devido processo legal (garantido pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que prevê que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”)

³ DURÃO, Jorge Eduardo. O novo marco legal das OSC: avanço a se comemorar ou vitória de Pirro? Notícias Abong, set/2014. Disponível em <http://www.abong.org.br/noticias.php?id=7658>.

⁴ PANNUZIO, Eduardo. Nota técnica sobre projeto de lei 7.168/2014 (“Novo Marco Regulatório das OSCs”). CPJA/FGV. São Paulo, 2014. Disponível em <http://cpja.fgv.br/publicacao/nota-tecnica-sobre-projeto-de-lei-71682014-novo-marco-regulatorio-oscs>.

⁵ Relatório Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=158388&tp=1>.

para a desconsideração da personalidade jurídica da entidade, prevendo que ela ocorra automaticamente. O art. 37 da lei, do qual propomos supressão, estabelece uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica prévia e independente de qualquer procedimento judicial ou administrativo. No entanto, tal disposição viola os princípios e normas civilísticos. Isso porque o Direito Civil estabelece, em seus fundamentos básicos, que pessoa física e pessoa jurídica são entidades distintas, não se confundindo seus atos e patrimônios. Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, a ser tomada dentro de um processo judicial em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, apenas nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50, Código Civil). A proposta também fere a isonomia, em relação a outros instrumentos de contratação com a Administração Pública, para os quais não há previsão semelhante. A manutenção da medida pode, na prática, afastar a participação de interessados em firmar parcerias com o Estado.

O Relatório, de autoria da senadora relatora Gleisi Hoffman, aprovado em 16 de dezembro de 2014 pela Comissão Mista que avaliou a MP, destaca a incompatibilidade da redação do art. 37 com os princípios constitucionais do devido processo legal e da isonomia.

Infelizmente, apesar da aprovação do relatório - que trazia, além desta, outras excelentes propostas de aperfeiçoamento à Lei 13.019/2014 - pela Comissão Mista, ao ser levado para deliberação em Plenário na primeira sessão do Congresso do ano de 2015, o texto da MP 658 acabou sendo rejeitado, assim como todas as emendas apresentadas, numa mesma sessão que rejeitou outras

medidas provisórias que tinham o apoio do governo. Prevaleceu a demonstração de força dos congressistas em detrimento de prejuízo do interesse público e da oportunidade de aperfeiçoamento desta importante legislação de abrangência nacional.

As manifestações acima elencadas demonstram uma convergência de opiniões entre grupos de segmentos diversos da sociedade no sentido de que o dispositivo do art. 37 da Lei 13.019/2014 afrontaria direitos fundamentais constitucionalmente protegidos pelo art. 5º da Constituição Federal brasileira, mais especificamente, o devido processo legal, a isonomia e a liberdade de associação.

Devido Processo Legal

O art. 5º da Constituição Federal estabelece a garantia do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa como direitos fundamentais.

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:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ao responsabilizar o dirigente de uma OSC diretamente pela execução das atividades e cumprimento das metas definidas na parceria, a Lei 13.019/14 prevê uma forma

de desconsideração da personalidade jurídica automática, independente do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Alcançar o patrimônio de uma pessoa física que exerce legalmente um mandato em uma determinada pessoa jurídica é medida de exceção, que deve decorrer da comprovação de que o resultado alcançado (dano) tenha decorrido da sua ação ou omissão, justificável apenas quando há o uso abusivo da personalidade da pessoa jurídica.

Tal definição decorre do artigo 50 do Código Civil:

Art. 50 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Do artigo denota-se ainda que a desconsideração da personalidade jurídica não é ampla e irrestrita, mas focada naquelas ações que caracterizaram desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Ao tratar da responsabilidade dos/as administradores/as de sociedades, o Código Civil, expressamente, previu o elemento culpa associado à solidariedade, estabelecendo na redação do art. 1.016 que “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.”

Ao/À administrador/a é facultado tomar decisões que não caracterizem um bom resultado para a instituição que administra, posto que a sua obrigação legal consiste em administrar com zelo e lealdade, e não em gerar o resultado “x” ou “y”, ou seja, no exercício de sua função, assume uma obrigação de meio (administrar de maneira diligente, ativa e proba) e não de resultado (atingir determinada meta específica).

Logicamente, o/a administrador/a será responsabilizado/a por atos contrários ou que se excedam ao que a lei preceitua. No entanto, não se pode responsabilizá-lo/a pelo mau desempenho da entidade, pura e simplesmente, sem se analisar se ele/a concorreu para isso para satisfazer benefício outro que não o da sociedade ou contrariamente à lei. Nessa direção, “cabe ressaltar que não responde ele pelo resultado de sua gestão quando regularmente exercitada. Essa matéria é relevante, pois há uma tendência de se argüir a responsabilidade dos administradores pelos insucessos da companhia, decorrentes da política e dos métodos administrativos adotados, ou ainda por erro de avaliação mercadológica ou investimentos. Nesses casos não se configura responsabilidade”, afirma Carvalhosa.⁶

Ademais, no caso concreto da Lei 13.019/2014 e da ideia de uma Política de Fomento e Colaboração, a depender de como se der o processo de definição do objeto das parcerias, a responsabilidade solidária do agente privado da OSC sobre a sua execução pode significar a terceirização a OSCs (particular) da responsabilidade estatal pelo risco da atividade administrativa.

⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva. 1997. 4 v em 5, p. 314.*

Decorre daí também que, na ausência de culpa da OSC, não há que se falar em responsabilidade solidária. Esta é a tradição da jurisprudência nacional.

O Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável por zelar pela interpretação da legislação federal, tem reforçado o devido processo como condição para a desconsideração da personalidade jurídica, relegando-a a situações extremas em que estiverem cabalmente caracterizados os requisitos previstos no art. 50 do Código Civil:

“ACOLHIMENTO DA TEORIA DA ‘DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA’. O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”. (STJ, RESP 158051/RJ) “Os sócios-gerentes são responsáveis pelos atos lesivos que praticarem com infração da lei ou violação do estatuto, legitimando-se, via de consequência, como parte passiva ‘ad causam’” (STJ, RESP 4786/SC)⁷

O Tribunal de Contas da União entende que na condenação da pessoa física do/a administrador/a ou sócio/a de organização privada, a solidariedade depende de análise e decisão do Tribunal, sendo necessária a caracterização de abuso de personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

“Tomada de Contas Especial. Responsabilidade. Não havendo elementos que indiquem ter havido

abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, não cabe a desconsideração da personalidade jurídica para que os efeitos das relações obrigacionais decorrentes do contrato firmado sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Acolhimento de alegações de defesa. Exclusão dos sócios como responsáveis. Contas irregulares dos gestores. Débito solidário dos gestores e da empresa. Multa ao gestor e à empresa”. (TCU- AC-6731-44/09-2; Relator: Benjamin Zymler; Sessão de 08/12/2009, Segunda Câmara).

Vale ressaltar também que se trata de uma medida de exceção, cuja aplicação não pode ser direta nem imediata, independentemente da constatação de prejuízo ao erário ou de inexecução da parceria com o Poder Público. Assim dispõe o precedente do TCU:

“TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS TRANSFERIDOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR - PLANFOR. IRREGULARIDADES. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. INSUFICIÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS CAPAZES DE DEMONSTRAR O CUMPRIMENTO DA AVENÇA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INCAPAZES DE ENSEJAR A REFORMA DO JULGADO. RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA PELOS ATOS DE SEUS ADMINISTRADORES OU SÓCIOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS NECESSÁRIOS À APLICAÇÃO

⁷ No mesmo sentido REsp 1.395.288 - SP, REsp 1.306.553/SC, REsp 158.051/RJ.

DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NEGADO PROVIMENTO. CIÊNCIA À RECORRENTE. *A simples constatação de prejuízo ao erário, decorrente de inexecução contratual por parte de particular contratado com o poder público, não autoriza a aplicação direta e imediata da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para a qual se faz necessária a comprovação dos elementos objetivos caracterizadores de abuso da personalidade, quais sejam, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, ex vi do art. 50 do Código Civil*". (TCU- Processo 007.135/2006-2 – AC-1577-07/11-1; Relator: Augusto Nardes; Sessão de 15/03/2011, Primeira Câmara).

Assim, o artigo 37 da Lei nº 13.019/2014, ao indicar os/as dirigentes de OSCs como co-responsáveis diretos/as pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas nos Termos de Fomento ou de Colaboração deixa de observar garantias e direitos fundamentais previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Isonomia

Como já foi mencionado, o nível de responsabilidade jurídica imposta pelo artigo 37 ao/à dirigente de Organizações da Sociedade Civil não encontra paralelo na legislação nacional.

O tratamento conferido pelo legislador às OSCs foi injustificadamente mais severo que o conferido a dirigentes ou sócios/as de outras pessoas jurídicas de direito privado - incluindo empresas com fins lucrativos.

A nenhum outro tipo de pessoa jurídica de direito público ou privado que mantenha relações na forma contratual com o Poder Público foi imposta pela legislação o ônus de que um/a de seus/suas sócios/as ou dirigentes se responsabilize solidariamente pela execução do objeto dessas relações.

Esta situação revela, na prática, violação ao princípio constitucional da isonomia ou da igualdade, previsto no art. 5 da Constituição Federal, que determina em seu *caput* que *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)"*. É sabido ainda que o legislador se vincula ao comando constitucional e que a ele não cabe criar exceções ao tratamento isonômico, que é também princípio que rege a atuação da Administração Pública, conforme redação do art. 37 da carta constitucional.

O princípio da isonomia tem por objetivo extinguir *"as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito"*.⁸

Como se sabe, a igualdade jurídica autoriza o Estado a dar tratamento desigual quando houver uma justificativa amparada pelos interesses prestigiados na Constituição. É o caso, por exemplo, das políticas afirmativas em geral, que estabelecem condições transitórias de

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. pag. 66.

discriminação positiva, no sentido de acelerar a inclusão ou reconhecimento de grupos historicamente desfavorecidos.

Todavia, o art. 37 da Lei 13.019/2014 não é uma destas situações, na medida em que não há correlação lógica nem fática que ampare o tratamento diferenciado, mais duro e restritivo, e que justifique a imposição da responsabilidade solidária sobre o patrimônio dos/as dirigentes das OSCs com relação a outras espécies de pessoas jurídicas de direito privado.

A Lei de Licitações (Lei 8.666/93), ao tratar dos contratos celebrados com o Poder Público, estabelece em seu art. 7º os requisitos para a licitação e o contrato e, ao prever a responsabilidade por eventuais descumprimentos, diz que esta se aplica àqueles/as que tenham “dado causa”, conforme redação do § 6º:

Art. 7º

(...)

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Note-se que a responsabilidade aqui foi claramente imposta a quem lhe der causa, e não ao/à dirigente ou sócio/a da empresa contratada.

A mesma lógica foi aplicada no caso de compras públicas no art. 14 da Lei de Licitações:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para

seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Por fim, ao tratar da Execução dos Contratos, previu a Lei 8.666/93 a responsabilidade da empresa contratada pelos danos causados em casos decorrentes de culpa ou dolo:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Como se vê, no caso das compras e contratações reguladas pela Lei de Licitações, a contratada (normalmente empresas com finalidade lucrativa) responde exclusivamente pelos danos a que tenha dado causa, garantindo-se o devido processo legal, ao contrário do que ocorre na redação do art. 37 da Lei 13.019/14, que regula as relações de parceria entre OSCs e o Poder Público.

Em sua obra *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*, Celso Antônio Bandeira de Mello enfrenta a questão da igualdade e assevera que:

“... o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed., 10 tir., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38-39.

que dele resulta. Em outras palavras: A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. (...) Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia."⁹

No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da isonomia na atividade legislativa:

*"O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. **Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de***

inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor."

(MI 58, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991)

Vale dizer: nenhuma outra lei estabelece este tipo de responsabilidade solidária de pessoas físicas em parcerias, contratos ou convênios firmados com o Poder Público.

Não há, portanto, razão para o ordenamento jurídico dar tratamento diferenciado aos/às dirigentes de OSCs no âmbito das parcerias firmadas através de Termo de Fomento e Termo de Colaboração, motivo pelo qual consideramos que a previsão do artigo 37 desrespeita a Constituição.

A redação do art. 37 revela um tratamento das Organizações da Sociedade Civil com suspeição e cria regras que tratam as OSCs com uma desconfiança e rigidez que não encontra amparo na isonomia. Considerando os direitos fundamentais de liberdade de associação e à participação das Organizações da Sociedade Civil nos temas de interesse público, consagrados na Constituição Federal brasileira, uma eventual diferenciação nas regras das parcerias entre Estado e OSCs que respeitasse a isonomia deveria ser no sentido de facilitar e simplificar as normas aplicáveis a estes tipos de instrumentos.

Isto porque as OSCs são, via de regra, economicamente menos favorecidas que as empresas e contam com um marco legal

¹⁰ Para muitas instituições é difícil superar este tipo de barreira. A necessidade de especialistas para boa representação das OSCs e o custo com assessoria jurídica especializada favorece a defesa das mais ricas. As Defensorias Públicas normalmente apoiam a constituição de associações, mas há dificuldade em manter a assessoria permanente.

menos evoluído, situação esta que acentua a desigualdade econômica¹⁰, a exclusão dessas organizações e, especialmente, dos grupos que elas representam. É justamente neste tipo de situação que a ideia de criminalização das OSCs é possível de ser sentida.

Diz-se criminalização pois a Organização da Sociedade Civil e seus/suas dirigentes são objeto de uma regulamentação mais dura pelo Estado brasileiro, pelo simples fato de serem Organizações da Sociedade Civil- sem uma razão objetiva ou fática que justifique esta discriminação. Este tipo de prática gera uma lógica perversa e antidemocrática, com efeitos opostos à noção de participação, pois limita o universo das parcerias apenas àquelas OSCs com altíssima capacidade de lidar com questões jurídicas complexas e ainda em construção, o que, evidentemente, exige alto investimento em seu desenvolvimento institucional e pode comprometer o engajamento de entidades com maior independência, tão desejável nas relações de parcerias.

Neste contexto é que a redação do art. 37 parece afrontar ainda o direito fundamental de liberdade de associação. É o que veremos a seguir.

Liberdade de Associação

O direito fundamental da liberdade de associação comporta três dimensões quando se trata das Organizações da Sociedade Civil: a dimensão da **não interferência estatal** em seu funcionamento, a

dimensão da **participação** e a dimensão do **financiamento**.

Segundo o Relatório da Mesa de Articulación de Asociaciones Nacionales y Redes de ONGs de América Latina y el Caribe sobre o Marco Jurídico das OSCs na região:

*“reconhecer essas três dimensões integrantes da liberdade de associação envolve não apenas respeitar o exercício dessa liberdade, mas assegurar que seja colocada em prática através do estímulo ao direito ao desenvolvimento, da educação para a cidadania e do respeito ao valor existente na diversidade e na experimentação livre de iniciativas pelos indivíduos. O Estado que capta apropriadamente as inovações sociais tem ótima oportunidade de propor e implementar políticas públicas mais adequadas às pessoas e localidades, atuando como depositário e difusor das boas iniciativas da sociedade. Assim, a criação de normas sobre as Organizações da Sociedade Civil que respeitem a Liberdade de Associação deve considerar essas três dimensões”.*¹¹

A Constituição Federal estabelece a liberdade de associação e prevê expressamente a desnecessidade de autorização para sua criação, auto-organização, proibindo a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVIII).

A liberdade de associação é também proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), de 1948, em seu art. 20; e pelo art. 22 do Pacto

¹¹ STORTO, Paula Raccanello. In: SUR, M. D. A. D. A. L. Y. E. C. Y. S. A. D. **Estudio Regional sobre los Marcos Regulatorios de las Organizaciones de la Sociedad Civil en América Latina. Santiago** : Mesa de Articulación de América Latina y el Caribe y sus Aliados del Sur, 2014, p. 60 e 61. Disponível em <http://mesadearticulacion.org/wp-content/uploads/2015/02/Estudio-Marcos-Regulatorios-de-las-OSC.pdf>.

Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, 6.7.92. A Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6.11.92, no seu art. 16, também dedica dispositivo específico para a garantia da Liberdade de Associação. O conteúdo desses tratados internacionais são reconhecidos como direitos fundamentais, segundo o art. 5, §2º, da Constituição Federal, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Segundo a Relatoria Especial da ONU criada em 2010 para estudar o tema das liberdades de reunião pacífica e associação, **a efetivação da liberdade de associação está ligada à capacidade das organizações acessarem fundos e recursos financeiros, sendo esta uma das mais relevantes barreiras ao desenvolvimento das OSCs nos dias atuais.**¹²

Ainda sobre a liberdade de associação, na segunda edição do Relatório *Protegendo a Sociedade Civil*¹³, publicado em 2012, há destaque para o expressivo número de governos, não exclusivamente autoritários, que estão usando medidas legais e regulamentares para restringir a sociedade civil, medidas essas que constituem barreiras à entrada, ao funcionamento, à expressão e defesa, à comunicação, à criação e ao acesso a recursos pelas OSCs. Especificamente sobre as barreiras ao financiamento, o Relatório afirma que a lei pode ser usada para restringir a capacidade das OSCs de garantirem os recursos necessários, consistindo verdadeiro entrave para o financiamento e desenvolvimento das organizações. Ainda segundo o estudo, o impacto de medidas restritivas legais ultrapassa as organizações e indivíduos imediatamente a elas sujeitos, levando a um arrefecimento da sociedade civil de forma mais ampla e mais difícil de medir, **estabelecendo também uma tendência prevalente, mas não exclusiva, dos regimes autoritários e semi-autoritários a uma regulamentação mais dura e punitiva das Organizações da Sociedade Civil.**

¹² REPORT of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai, Best practices related to the rights to freedom of peaceful assembly and of association - A/HRC/20/27, May, 21, 2012. Human Rights Council. Twentieth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_en.pdf.

¹³ International Center for Not-For-Profit Law (ICNL) & World Movement for Democracy Secretariat at the National Endowment for Democracy (ned). *Defending Civil Society Report*. Washington, DC, 2012. Disponível em: http://www.icnl.org/research/resources/dcs/DCS_Report_Second_Edition_English.pdf.

¹⁴ A Abong participa deste grupo como entidade nacional brasileira, juntamente com outras plataformas, associações e redes nacionais de OSCs de vários países latino-americanos que desenvolveram um minucioso levantamento e análise de informações e do esforço técnico de um grupo de consultores/as especializados/as nos respectivos países em três áreas temáticas: (I) Rol das OSCs; (II) financiamento; (III) Legislação, nas sub-regiões Cone Sul e Brasil, formadas por Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai; região Andina, composta por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela; e, ainda, América Central formada por México, Guatemala, Honduras, El Salvador e Nicarágua.

Dentre as iniciativas em andamento e que discutem a pauta da liberdade de associação na América Latina destaca-se a *Mesa de Articulação de América Latina e Caribe e seus Aliados do Sul Aumentam sua Capacidade de Incidência e Diálogo com Governos e Setor Privado*, relatório cujo objetivo é diagnosticar a situação e promover, a partir do desenvolvimento de capacidades e políticas para a sustentabilidade, um ambiente propício à atuação das OSCs na região.¹⁴

A existência de OSCs livres, plurais e independentes tem correlação direta com a garantia e a preservação da democracia, num mundo cujos desafios a serem enfrentados dependem de uma melhor interação entre governo e sociedade.

De acordo com a análise do professor do Departamento do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁵, a liberdade de associação foi reconhecida tardiamente e assume crescente importância nos dias atuais. O reconhecimento tardio dessa liberdade seria explicado pela ausência do valor da ação coletiva na ideologia liberal e pelo temor dos governos com relação à ação fortalecida de grupos. Já a importância nos dias de hoje seria decorrente da conformação atual das sociedades, marcadamente urbanizadas e complexas, nas quais haveria maior necessidade de espaços coletivos para as ações políticas, profissionais e de difusão de informações, seja por meio das associações sindicais, profissionais, OSCs, reuniões e manifestações.

Nesse sentido, a liberdade de associação alcança a proteção dos direitos humanos e tem relação direta com a regulamentação dos países sobre as Organizações da Sociedade Civil.

Feitas essas considerações, cabe avaliar o teor da norma do artigo 37 da Lei 13.019/2014 com relação à liberdade de associação.

Sobre o direito de cada associação definir as próprias regras de seu funcionamento, vale mencionar que o tema foi ventilado pelo STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em que reconheceu a liberdade de associação e tratou da alegada violação contida na redação original do art. 59 do Código Civil de 2002, posteriormente alterada pela Lei 11.127/2005, fazendo com que a ação perdesse o objeto.¹⁶

Ao determinar que os/as dirigentes de Organizações da Sociedade Civil serão solidariamente responsáveis pela execução do objeto das parcerias, referido dispositivo impõe às organizações uma regra que somente a elas próprias caberia deliberar. Mesmo que fosse razoável exigir que alguma pessoa se responsabilize solidariamente (o que não é), determinar que esta figura seja um/a dos/as dirigentes da entidade é uma direta interferência na auto-organização da entidade, que tem a autonomia constitucionalmente assegurada de determinar, a partir de suas regras próprias, a quem incumbirá cada um dos deveres e responsabilidades na gestão da organização.

¹⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Liberdades públicas de ação coletiva: a posição do Supremo Tribunal Federal analisada à luz do Direito internacional dos direitos humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 193.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI 3.045. Relator: Min. Celso de Mello, 10/08/2005.

Considerações Finais

Ao regulamentar ações ligadas à dimensão de financiamento público, o Estado deve garantir a não interferência e a plena liberdade de participação, de modo a não retroceder sobre o direito de liberdade de associação, restringindo-o ou obstaculizando-o. O art. 37 da Lei 13.019/2014, todavia, não se mostra como uma norma promotora do direito fundamental da liberdade de associação.

O desafio do não retrocesso se coloca justamente ao regulamentar as relações de financiamento e de participação em cooperação com o Estado. Diante da necessidade de que os Estados estabeleçam critérios e processos democráticos de escolha das OSCs para participar e receber financiamento público, surge o risco de que determinem requisitos que representem uma involução com relação à dimensão anterior, ou seja, que criem verdadeira interferência estatal no funcionamento das entidades, assim, inviabilizando sua existência autônoma.

Como bem apontam os Relatórios Internacionais que tratam da matéria, este retrocesso pode criar ameaças à liberdade de associação, ao regular funcionamento das OSCs e significar, em última análise, um risco para a cidadania plena, na medida em que a redução das desigualdades sociais pressupõe uma educação para o independente exercício da cidadania, processo para o qual as Organizações da Sociedade Civil se apresentam como agentes privilegiados para desempenhar.

Muito se discute sobre o controle dos atos

administrativos, seus limites, finalidade e competência dos órgãos de controle interno e externo e também a institucionalidade do controle social. Em tempos de Lei de Acesso à Informação e Lei Anticorrupção, a discussão acerca dos limites do controle tende a ampliar-se a partir da constatação da necessidade de identificar os caminhos da corrupção e criar mecanismos institucionais para o seu combate.

Como bem aponta o professor Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷, a multiplicidade dos controles pode levar à insegurança, devendo a atividade administrativa do controle ser balizada pela responsividade do Estado nessa atuação, ou seja, a atuação do agente público deve ser guiada pelo equilíbrio entre o poder a ela conferido e o compromisso com as consequências de seu uso.

Nesse sentido, melhorar o controle dos recursos públicos destinados à execução de determinadas políticas por Organizações da Sociedade Civil não pode significar, numa sociedade democrática, a criação de barreiras à liberdade de auto-organização dessas entidades, ou a violação de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais assegurados.

Com base em todo o exposto, fica demonstrada a existência de elementos suficientes que apontam a necessidade de revisão do art. 37 da Lei 13.019/2014, uma vez que este não ampara os direitos fundamentais do devido processo legal, da isonomia e da liberdade de associação, estabelecidos no art. 5º. da Constituição Federal brasileira.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes Desafios do Controle da Administração pública*. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

O conteúdo desta publicação foi produzido por Paula Raccanello Storto (OAB/SP n.º 185.055), com a colaboração de Stella Camlot Reicher (OAB/SP n.º 209.998), Amanda Usberti Nascimento Porto (OAB/SP n.º 301.814) e Juliana Brandão de Andrade (OAB/SP n.º 329037-A), todas integrantes da Szazi Bechara Storto Advogados.

Realização



Patrocínio

