

Nova lei de licitações não se aplica a parcerias com organizações da sociedade civil

No novo regime, há opção política e jurídica de tratar as entidades como legítimas parceiras

LAÍS DE FIGUEIRÊDO LOPES

CLARICE CALIXTO

CÉSAR DUTRA CARRIJO

20/05/2021 16:32

Durante muito tempo o principal dispositivo legal que alicerçava as parcerias com as organizações da sociedade civil era o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, que prevê aplicação subsidiária do regime de licitações e contratos aos convênios e instrumentos congêneres. Em 1998 e 1999, foram editadas duas leis específicas, uma que trata de contratos de gestão com Organizações Sociais – Lei 9.637/1998 – e outra que trata de termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Lei 9.790/1999.

De qualquer forma, o regime de licitações e contratos estava sempre colocado como referencial inescapável, embora bastante inadequado para uma relação em que os interesses não são contrapostos. Por duas décadas, essa realidade gerou grande parte dos problemas de execução dos repasses de recursos públicos para as entidades privadas sem fins lucrativos.

Os convênios foram criados no direito brasileiro para a descentralização de recursos entre a União e os entes subnacionais, tendo como primeira menção a Constituição de 1891, que no §3º do art. 7º previu o instituto como instrumento unilateral de delegação de competência para a execução de atos administrativos. Depois o convênio passa a ser instrumento para formalização de “acordo entre os respectivos governos”, conforme arts. 5º e 7º da Constituição de 1934. Seguiu na Constituição de 1967 como instrumento utilizado entre a União, Estados e Municípios para viabilizar a execução de leis, serviços e decisões.

A partir dos anos 90, passou o convênio a ser aplicado também como ferramenta para (i) descentralização da execução das atividades da Administração Federal a outros entes federados e (ii) delegação da execução de programa governamental de caráter local, o que acabou por abarcar as possibilidades de descentralização administrativa e, por extensão, os propósitos de administração e planejamento; coordenação e controle; delegação de competência e supervisão superior (SOBRINHO, 1974, pág. 24) (SOUTO, 2003, pág. 62).

Estudo da PUC-SP sobre “Modernização do Sistema de Convênios entre a União e Entidades da Sociedade Civil”, desenvolvido entre os anos de 2011 e 2012 no âmbito do Programa de Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa [11](#), abrangeu pesquisa doutrinária, jurisprudencial e estudos de caso, com entrevistas com gestores públicos e de entidades. O objetivo era apontar caminhos e recomendações para o aperfeiçoamento da legislação relativa a parcerias entre o Estado e organizações da sociedade civil. Em suas conclusões, destacou-se como significativa fragilidade a ausência de lei específica para essa relação de parceria, além da “ocorrência de sucessivas alterações nas normas regulamentadoras desses convênios em nível infralegal (Instruções Normativas, Decretos e

Portarias)” em curto intervalo de tempo. Foi diagnosticado um cenário de insegurança jurídica, com “dissenso doutrinário sobre a natureza do instrumento e normas jurídicas sobre eles incidentes”.

Utilizar o convênio nos repasses para as organizações da sociedade civil atraía o regime de direito público

integralmente, em uma analogia “torta” que permitia que as entidades fossem praticamente equiparadas a órgãos estatais na execução de recursos das parcerias. Imagine-se, por exemplo, que o mesmo regramento que se aplicava a um repasse milionário da União para o Estado de São Paulo, prevendo deveres para o ente estadual perante o ente federal, era utilizado também para estabelecer obrigações de uma entidade de pequeno porte, responsável pela gestão de uma casa de cuidados com idosos, perante a Secretaria Municipal ou Estadual que lhe destinava um repasse.

Nesse contexto, com a previsão de que a Lei 8.666/1993 é aplicável “no que couber” aos convênios e instrumentos congêneres, as relações do Poder Público com as organizações da sociedade civil estavam não só inadequadamente equiparadas à relação entre entes estatais com estrutura e burocracia profissional específica (objeto dos convênios), como também equivocadamente equiparadas com as relações do Poder Público com empresas (objeto dos contratos administrativos de fornecimento de bens ou serviços) que buscam maximizar resultados para obter o maior lucro possível.

O problema de tal aplicação não era somente a imprecisa compatibilização de modelos ou institutos jurídicos. O efeito de se tomar uma legislação imprópria por empréstimo acabou por ser tão danoso quanto ministrar um remédio errado a um enfermo. Não apenas não se alcançava efeito terapêutico, como ainda agravava a condição do paciente.

Assim, o uso das regras de convênios (e a aplicação subsidiária do regime de licitações e contratos) para parcerias com a sociedade civil gerou enormes dificuldades para o desenvolvimento do terceiro setor no país.

Os atores da sociedade civil organizada historicamente conviveram com dificuldades enormes para lidar com normativos que não condiziam com sua natureza e com a incerteza advinda da absoluta heterogeneidade de regramentos, conforme a interpretação de cada gestor do que lhe pareceria aplicável.

Este contexto de exigências desproporcionais e impertinentes acabou por fomentar uma visão criminalizante das atividades das organizações. Confundiam-se exemplos de dificuldades de atendimento de requisitos formais (e incertos) com os casos isolados de desvio de recursos, para equivocadamente firmar o entendimento de que convênios seriam instrumentos para malversação de recursos públicos por meio de entidades.

Clara estava a necessidade de um regramento em nível de lei, adequado à lógica específica das parcerias entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil. Esse diagnóstico fez parte da agenda de debates do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que gerou a edição da Lei nº 13.019/2014, de escopo nacional, conhecida como “MROSC”. Finalmente foi positivada a mudança que possibilitava sair do campo impreciso de aplicação “do que couber”^[2] para definir como lidar com as organizações da sociedade civil na interação com o Estado.

A criação do novo regime jurídico foi celebrada como um grande avanço no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. O conjunto de novas normas se apresentava como um regime de mútua cooperação, com finalidades de interesse público e recíproco. As diretrizes fundamentais previstas no art. 5º da Lei do MROSC destacam a relevância do fortalecimento institucional das organizações da sociedade civil, de sua promoção em um ambiente transparente de cooperação com o Poder Público, no qual os mecanismos de controle devem ser focados nos resultados das ações das parcerias.

No novo regime, há opção política e jurídica de tratar as entidades como legítimas parceiras. Assim, dada a necessidade de superação de um cenário anterior de insegurança jurídica e inadequação do arcabouço técnico-jurídico dos convênios à especificidade de parcerias com a sociedade civil, a nova Lei nº

13.019/2014 trouxe expressa previsão da impossibilidade de aplicação do regime de licitações e contratos a essas relações.

O texto do art. 84 afirma que “não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”. E avança ainda mais no seu parágrafo único, deixando claro que o famigerado art. 116 do regime de licitações e contratos poderia ser aplicado apenas aos convênios firmados entre entes federados (e pessoas jurídicas vinculadas), além de instrumentos específicos da realidade do Sistema Único de Saúde excepcionados no inciso IV do art. 3º da própria Lei nº 13.019/2014.

Sete anos depois da criação do MROSC, que alterou profundamente as práticas do Poder Público nas parcerias celebradas com entidades sem fins lucrativos pelo Governo federal, pelos Estados e pelos Municípios em todo o território nacional, foi editada uma nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021, cuja redação prevê revogação integral da Lei nº 8.666/1993.

O novo texto normativo não trouxe alteração textual do art. 84 da Lei nº 13.019/2014, que fazia referência à Lei nº 8.666/1993. No entanto, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que a mera falta de ajuste de remissão não afasta o comando normativo pelo qual optou o Congresso Nacional no ano de 2014, ao criar o novo regime jurídico de parcerias do Estado com a sociedade civil.

Além disso, na nova Lei nº 14.133/2021, a regra sobre aplicação subsidiária do regime de licitações e contratos aos convênios (e instrumentos congêneres), prevista no art. 184, possui redação bastante clara quanto aos limites dessa operação hermenêutica. O dispositivo prevê que a aplicação subsidiária só pode ocorrer “na ausência de norma específica” e que deve ser realizada “na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal”.

A Lei nº 13.019/2014 é, sem dúvida, uma lei com regramento específico, que define instrumentos próprios de formalização de parcerias com a sociedade civil: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. Além disso, sua regulamentação em âmbito federal já está prevista no Decreto nº 8.726/2016, seguida de numerosos Decretos estaduais e municipais editados em todo o território nacional desde a criação do marco regulatório das organizações da sociedade civil.

A relevância de (re)afirmar a não aplicação do regime de licitações e contratos à realidade das parcerias está sempre presente, dado o contexto de mudança de paradigma vivenciado desde a edição do MROSC. A necessidade de superação do paradigma burocrático para o paradigma gerencial é ainda um enorme desafio na administração pública brasileira.

A lógica de aplicação das regras de convênios ainda é vista por diversos atores públicos como sinônimo de maior controle da execução de recursos públicos, que resistem em cumprir os comandos normativos da Lei nº 13.019/2014. Tais entendimentos são decorrência da perspectiva de criminalização burocrática das entidades, que acabou por gerar a formação de verdadeira coalizão contrária às suas atividades^[3].

Vale mencionar aqui a realização de duas “CPI das ONGs”, nesse cenário persecutório, além de algumas decisões absurdas com interpretações contrárias à expressa letra da Lei 13.019/14 quanto à priorização do controle de resultados na gestão de parcerias. Atualmente, some-se a esse processo os frequentes discursos contrários à sociedade civil organizada proferidos pelo atual Presidente da República^[4].

A demonização acaba por impedir a compreensão tanto do relevantíssimo papel desempenhado pelas entidades – cite-se apenas os centros de educação infantil, os serviços de assistência social voltados às pessoas com deficiência e as casas de acolhimento de população de rua mantidas pelas parcerias, por exemplo – como também da total inadequação das antigas regras até mesmo para coibir desvios, pois constituíam mecanismos de controle ineficientes, com elevado custo burocrático para a administração. As regras formalistas aplicáveis aos convênios sufocavam entidades da sociedade civil menos estruturadas e acabavam por não conseguir evitar a atividade dos raros casos de organizações efetivamente concebidas como instrumento de corrupção.

Nesse sentido, em 2016, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) desenvolveu a ação número 12 e editou um relatório de boas práticas e de tipologias de irregularidades a partir da nova Lei nº 13.019/2014^[5]. O documento sistematiza diretrizes para apoiar o trabalho dos

gestores públicos, líderes de Organizações da Sociedade Civil e os órgãos de fiscalização e controle na implementação do novo regime jurídico e na prevenção dos desvios de finalidade. Com a edição do MROSC, deve ser fortalecido o controle prévio ou preventivo (adequação de estruturas, edição de manuais, programa de capacitação, desenvolvimento de soluções tecnológicas, mapeamento e gestão de risco, etc) e o controle concomitante (acompanhamento da execução do plano de trabalho, diálogo permanente do gestor da parceria com os dirigentes das parceiras para saneamento tempestivo de problemas). O controle subsequente, de finalidade corretiva, é a última opção em uma relação de legítima parceria. Nesse sentido, destaca-se a Recomendação nº 80 da ENCCLA: “Utilizar o controle de meios como acessório quando a OSC não tiver comprovado a execução do objeto. Solicitar e avaliar o Relatório de Execução Financeira somente quando a OSC não comprovar o alcance das metas ou quando houver evidência de existência de ato irregular.”^[6]

Entendido esse contexto, se é inegável a existência e a continuidade do processo de criminalização burocrática das organizações da sociedade civil, há que haver a preocupação de evitar o enorme retrocesso que poderia advir de uma interpretação que busque aplicar a nova lei de licitações para as parcerias. Embora possa parecer excesso de cautela imaginar que ocorra uma exegese da nova lei com equívoco tão evidente, é de se ponderar também nosso peculiar desenho federativo. Caso alguns gestores municipais ou estaduais decidam aplicar um entendimento incorreto e retomar o cenário de combinação de normas díspares para reger as parcerias, pode ser novamente fomentada a incerteza e a insegurança jurídica.

Assim, ainda que excessivo, vale repisar que o regime de licitações e contratos é absolutamente inadequado para as parcerias. No contrato administrativo ordinário, que trata da compra de uma cadeira ou da prestação de serviço de reforma de um prédio público, a empresa contratada é um ator privado cuja execução de obrigações contratuais deve ser vista em perspectiva estrita, pois visa lucro, possui interesses contrapostos aos interesses do órgão

público contratante. É o que o direito comum chama de “natureza sinalagmática” da relação contratual.

Na relação do Poder Público com entidades sem fins lucrativos, a realidade é totalmente distinta. A sociedade civil organizada também está voltada ao interesse público em sentido amplo, o qual, no cenário do Estado Democrático de Direito, vai além do interesse estatal^[7]. (BANDEIRA DE MELLO, 2019) A relação do Poder Público com entidades sem fins lucrativos, portanto, não pode de maneira alguma ser regida por uma lógica em que a premissa é de desconfiança.

Nesse sentido, não é por acaso a expressa previsão do inciso VII do art. 6º da Lei do MROSC de que é fundamental a “sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil”. A sensibilização destacada pelo texto da lei é elemento essencial no cenário de mudança de paradigma, para que a relação entre o Poder Público e as entidades seja de legítima parceria.

Ainda mais, é sempre prudente defender a importância das evidências e do conhecimento na tomada de decisão. Ao se analisar os dados disponíveis sobre a temática das parcerias na plataforma de transparência pública georreferenciada “MAPA da OSC”, cuja gestão está desde 2006 a cargo do IPEA, podemos afirmar com segurança que, diante da falta de capacidades estatais, não está “na mesa” da administração pública brasileira a possibilidade de implementar e formular políticas públicas vitais sem as parcerias. O retrocesso de voltar ao cenário de legislação incerta e dúvidas quanto a normativo aplicável para as parcerias acarreta riscos gravíssimos às ações e programas ofertados à sociedade.

O art. 193 da Lei nº 14.133/2021 prevê prazo de dois anos para que o novo regime jurídico de licitações e contratos seja efetivamente implementado. Até lá, é importante a mobilização das organizações da sociedade civil para que não seja admitida interpretação absurda de que a ausência de ajuste na remissão implicaria esvaziamento do conteúdo normativo do vigente art. 84 da Lei nº 13.019/2014. No limite, talvez valha a pena buscar junto ao Congresso Nacional a correção formal do texto do MROSC, de modo a afirmar a segurança jurídica de parcerias que são atualmente essenciais para a execução de diversas políticas públicas de assistência social, educação, cultura, turismo, saúde, dentre outras áreas, em todo o território brasileiro.

[1] JUNQUEIRA, Luciano Prates; FIGUEIREDO, Marcelo; STORTO, Paula Raccanello; REICHER, Stella Camlot; GERBER, Konstantin; GOLFIERI, Márcia; GASPAS, Áureo; TOZZI, José Alberto. A. Modernização do Sistema de Convênio da Administração Pública com a Sociedade Civil. Brasília: Ministério da Justiça. 2012. Disponível em https://sbsa.com.br/wp-content/uploads/2020/07/pensando_o_direito.pdf Acesso em 26/04/2021.

[2] Na Lei 8.666/1993, diz o art. 116 “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

[3] CARRIJO, Cesar Dutra. Análise das coalizões de defesa sobre o caso do marco regulatório das organizações da sociedade civil. 2019. 139 f., il. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/37389> Acesso em 25.04.2021

[4] Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/bolsonaro-chama-ons-de-cancer-entidades-contra-atacam-24624003> Acesso em 25.04.2021

[5] Disponível em <https://sbsa.com.br/wp-content/uploads/2020/08/MROSC-Boas-Praticas-1.pdf> Acesso em 25.04.2021

[6] Disponível em: http://www.participa.br/articles/public/0055/0335/E16A12_-_SG-PR_-_Produto_final_-_Tipologias_e_boas_praticas_MROSC.pdf

[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo. 34ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2019.

LAÍS DE FIGUEIRÊDO LOPES – Sócia de Szazi, Bechara, Storto, Reicher e Figueirêdo Lopes Advogados. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela PUC-SP

CLARICE CALIXTO – Doutora e Mestre em Direito pela UNB. Advogada da União. Já atuou na Casa Civil da Presidência da República, foi Assessora Especial do Ministro da Justiça e chefe da Consultoria Jurídica do Ministério da Cultura.

CÉSAR DUTRA CARRIJO – Mestre em Administração e Especialista em Direito Público pela UNB. Bacharel em Direito pela USP. Visiting Scholar na School of International and Public Affairs da Universidade de Columbia, de 2018 a 2019. Advogado da União. Foi Subchefe Adjunto da área Social na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, de 2013 a 2016.