



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil e o Alcance dos Auxílios e Subvenções

* *Flavio Corrêa de Toledo Junior*

1- *Breve Comentário das Passagens mais Importantes do Novo Direito*

Para dar mais segurança jurídica às 290 mil instituições que militam no terceiro setor, bem como inibir desvios no dinheiro público a elas repassado, sob tais objetivos foi editada, em 31 de julho de 2014, a Lei Federal 13.019.

De fato, bem conhecidas as irregularidades nas relações do Estado com organizações não governamentais; destacamos algumas delas:

- ✓ Condições insuficientes de operação das beneficiárias, tais como precariedade de instalações, mão-de-obra desqualificada, entre outras.
- ✓ Pagamento de despesas incompatíveis com o objeto pactuado (*desvio de finalidade do recurso público*).
- ✓ Pagamento de taxa de administração, o que enseja ilícita forma de lucro para a entidade parceira; isso porque todos os custos, diretos e indiretos, já são cobertos pelos repasses governamentais¹.
- ✓ Entidades que empregam pessoas indicadas pelos dirigentes estatais, o que burla o pressuposto básico do concurso público.
- ✓ Terceirização de programas que, por força constitucional, devem ser realizados diretamente pelo Poder Público; eis o caso dos Programas Saúde da Família e dos Agentes Comunitários (art. 198, §§ 4º e 5º, da CF).
- ✓ Repasse para ONGs dirigidas por agentes políticos ou seus respectivos cônjuges.
- ✓ Falta de plano de trabalho e de acompanhamento das ações desenvolvidas.
- ✓ Elevado gasto com pessoal da atividade-meio.
- ✓ Remuneração de diretores em valor que muito supera os praticados no mercado.

¹ *Farta é a jurisprudência do TCE-SP, reprovando ajustes com tal exigência.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

- ✓ Administração Pública não demonstra que a execução terceirizada é mais econômica.

De início, a Lei 13.019 iria valer em 31 de outubro de 2014; ante a complexidade desse direito, a Medida Provisória 658, de 2014 e, com a conversão, a Lei 13.101, de 2015, adiaram-lhe a vigência por nada menos 360 dias; isso, a contar da publicação inaugural.

Nesse rumo, tal instrumento vigoraria a partir de 27 de julho de 2015, porém a Medida Provisória 684, de 21.07.2015, postergou, mais uma vez, a eficácia legal; aqui por mais 180 dias, devendo o marco regulatório operar em janeiro de 2016.

Conforme o ministro da Secretaria Geral da Presidência, *“todos os convênios vigentes seguem normalmente seu curso e só no momento da renovação deverão ser adequados à nova regra”².*

Dirimiu aquela autoridade uma das principais indagações dos governos estaduais e municipais, mostrando a desnecessidade de agora modificar os ora vigentes ajustes com o terceiro setor.

Afinal de contas, o artigo 83 da Lei 13.019 assim prevê:

Art. 83. As parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

Proveio a Lei 13.019 do Senado, sendo bastante aprimorada mediante consultas públicas e por um grupo do qual participaram órgãos públicos e várias entidades do terceiro setor.

² É isso o que se disse em reunião, de 3/7/2015, na qual a Confederação Nacional dos Municípios (CNM) trouxe ao ministro preocupações das prefeituras.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

Sobredito diploma é conhecido como o marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC), alcançando União, Estados, Distrito Federal e Municípios; suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos.

Então, a tal lei não atinge toda e qualquer empresa de economia mista; dela escapam as que não fornecem serviços públicos, ou seja, as exercentes de atividade econômica (ex.: Petrobrás e Banco do Brasil).

Popularmente, as entidades do 3º setor são chamadas organizações não governamentais (ONGs), mas, sob a ótica jurídica (Código Civil), só podem se constituir tal qual associações civis ou fundações.

No intento de obter benefícios tributários e firmar parcerias com a Administração, tais entidades são certificadas como:

- De utilidade pública (*federal, estadual ou municipal*);
- Entidade Beneficente de Assistência Social, a chamada entidade filantrópica (Cebas);
- Organização Social (OS);
- Organização da Sociedade Civil de Utilidade Pública (OSCIP).

Segundo a Lei 13.019 (art. 2º, I), a organização da sociedade civil (OSC) deve preencher os seguintes requisitos:

- Pessoa jurídica de direito privado.
- Sem fins lucrativos, não distribuindo, sob hipótese alguma, qualquer tipo benefício aos dirigentes, associados ou empregados (*lucros, dividendos, bonificações, entre outros*).
- Resultados financeiros aplicados, integralmente, nas finalidades para as quais foi criada.

Inovou o novo direito ao abolir a figura do convênio nas parcerias em debate. Assim fez porque tal instrumento cabe, por natureza de origem, às cooperações entre as próprias entidades de governo, sendo inoportuno a organização da sociedade civil, todo o tempo, sujeitar-se às limitações que se opõem



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

à Administração, sobretudo a da contrapartida financeira e a de remunerar o pessoal envolvido nas ações pactuadas.

Apesar disso, o art. 199, § 1º, da Constituição, assim determina:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Acreditamos aqui se tratar de questão de forma, nada impedindo que, ao final das atuais parcerias, o instrumento convênio seja substituído pelas figuras requisitadas na Lei 13.109: *o termo de colaboração ou o de fomento*.

É o que se vê no art. 84 do mencionado diploma:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

Nessa marcha, o convênio retornará à sua função original: a de formalizar vínculos financeiros entre entidades governamentais; isso, nos moldes do art. 116 da Lei de Licitações e Contratos.

Além disso, o marco regulatório das ONGs confere poderes objetivos ao gestor da parceria, ao qual compete fiscalizar a execução do objeto pactuado; informar irregularidades; emitir parecer técnico sobre a prestação de contas, conclusivo caso o repasse aconteça em parcela única.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

A propósito e conforme decreto a ser expedido em cada nível de governo, o chefe do Poder Executivo ou quem dele receber delegação, sob a nova disciplina, deve realizar os seguintes procedimentos:

- Designar as comissões de seleção e de monitoramento e avaliação;
- Designar o gestor da parceria;
- Autorizar e homologar o resultado do chamamento público;
- Assinar o termo de colaboração ou de fomento;
- Aplicar as penalidades cabíveis.
- Decidir sobre a prestação de contas.

Determina a Lei 13.019 que a parceria seja oficializada mediante dois tipos de ajuste: *os termos de colaboração ou de fomento*; o primeiro, quando a iniciativa parte da Administração; o segundo se a disposição vier da sociedade civil. E o plano de trabalho será apresentado por quem iniciar a ação de interesse público, seja o Governo ou a entidade do terceiro setor.

De recordar que, com as organizações sociais (OSs) são celebrados os contratos de gestão (Lei 9.637, de 1998); junto às organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) assina o Poder Público os termos de parceria (Lei 9.790, de 1999) e, agora, sob o direito em análise, se firmarão os termos de colaboração ou de fomento com as organizações da sociedade civil (OSC).

No intuito de evitar que os agentes políticos contratem instituições de seu próprio interesse e, o que é pior, sem condições operacionais para um trabalho eficiente, o marco regulatório exige o chamamento público para escolher, sob a simplificação típica do Pregão, a organização mais vantajosa às necessidades da população.

Diferente do grande número de casos dispensados de licitação, ou seja, as trinta e três hipóteses da Lei 8.666, de 1993 (art. 24), em rumo bem mais restritivo o marco regulatório faculta apenas três situações em que resta desobrigado o chamamento público: *paralisação da atividade desenvolvida por entidade do 3º setor, resultado disso em urgência pública; guerra ou grave perturbação da ordem social; programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em risco de segurança.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

Além disso, a Lei 13.109 limita a tão costumeira subcontratação de serviços terceirizados; tal hipótese estará restrita aos pequenos projetos, aqui se trazendo, sob articulação em rede, duas ou mais entidades, mantida a integral responsabilidade da organização que assinou o termo de ajuste e, ainda, sua parcela mínima de execução direta.

Eis a quarteirização de serviço público, limitada, como se disse, aos pequenos projetos, aguardando-se que o correlato decreto federal defina o que venha a ser pequeno projeto.

Amplamente divulgado no site estatal, o edital de chamamento estará todo conforme peça fundamental para o êxito da parceria: o bastante meticuloso plano de trabalho³, no qual a Administração ou a organização civil apresentam as várias informações que respondem às seguintes questões: *o que fazer; como fazer; quando fazer; qual o custo no fazer e quais os resultados a atingir.*

Após a homologação daquele certame, somente nesta fase a organização vencedora comprovará os seguintes requisitos:

- 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo no CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.
- Prévia experiência na realização, com efetividade, do objeto da parceria.
- Capacidade Técnica e operacional para desenvolver o objeto proposto.

Em assim sendo, restam afastadas as tão costumeiras entidades “*fantasmas*”, na prática inexistentes, ou as que, da noite para o dia, se constituíam para obter recursos autorizados pelo dirigente “*amigo*”, não apresentando, por óbvio, condições satisfatórias para atender crianças, tratar de doentes, realizar pesquisas, treinar desempregados, cuidar de idosos, entre outros serviços levados à esfera do particular.

De salientar, o marco regulatório veda parcerias com organizações dirigidas por agentes políticos de qualquer esfera de governo ou respectivo cônjuge e parente até o segundo grau.

³ *Muitas são as decisões do TCE-SP, reprovando ajustes pela falta de uma programação de trabalho com instituições do terceiro setor.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

Para avaliar a execução dos termos de colaboração ou de fomento, o marco regulatório determina uma comissão de monitoramento, composta, no mínimo, por 2/3 (dois terços) de ocupantes de cargos permanentes na respectiva Administração.

Essa comissão visitará os locais onde se realizam as atividades terceirizadas, emitindo relatório com diversos conteúdos, sobretudo o do benefício social alcançado.

A transparência é o outro ponto relevante. Logo no início do ano, o ente estatal publicará os valores previstos, no orçamento, para o custeio de parcerias com organizações da sociedade civil, além destas, em seu próprio site, divulgarem várias informações, sobretudo o relatório conclusivo da Administração Pública.

Ao realizar suas compras, a organização parceira se norteará pelos mesmos princípios que orientam as aquisições públicas, entre os quais o da impessoalidade, economicidade, eficiência e razoabilidade. Tudo segundo o regulamento de compras que deverá criar a organização da sociedade civil.

A Lei 13.019, em várias passagens, ressalta que a Administração Pública não possui qualquer vínculo com a equipe de trabalho da instituição parceira, tampouco responsabilidade solidária pela falta de recolhimento dos encargos patronais (INSS, FGTS), o que contraria, quanto aos encargos, várias decisões da Justiça do Trabalho.

Apresentada até 90 dias após o término do ajuste, a prestação de contas faz-se acompanhar de vários e muitos documentos comprobatórios, podendo simplificar-se em parcerias inferiores a R\$ 600.000,00, às quais representam, no Brasil, 80% dos ajustes congêneres.⁴

Nessa fase, a comissão de monitoramento, bem como o ente repassador e o controle interno e externo, todos esses deverão impugnar os gastos proibidos pela Lei 13.019, entre os quais:

- Custos indiretos que superem 15% do valor da parceria; são os gastos com aluguel, transporte, telefone, internet, serviços contábeis e de assessoria jurídica;

⁴ Conforme site federal: www.secretariageral.gov.br.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

- Taxa de administração;
- Despesas não previstas no plano de trabalho;
- Salários maiores que o do respectivo chefe do Poder Executivo (teto);
- Salários maiores que praticados no mercado;
- Desembolsos não realizados por transferência eletrônica (*Internetbanking*), ressalvadas as regiões carentes, onde os pagamentos em dinheiro podem ser feitos até o limite individual de R\$ 800,00;
- Transferências para clubes, associações de servidores e partidos políticos.

Baseada na prestação de contas, a Administração emitirá sua opinião final, no sentido da:

- ✓ Aprovação da prestação de contas;
- ✓ Aprovação com ressalvas, caso os desacertos não causem dano ao erário;
- ✓ Rejeição, com imediata instauração da tomada de contas especial; aqui comparecem a falta de prestação de contas; os desfalques, desvios e outras irregularidades que geram dano ao erário.

De mais a mais, a Lei 13.019, sob a ótica administrativa, penal e cível, responsabiliza o servidor que, indevidamente, conclui pela boa capacidade operacional da entidade do terceiro setor, ou atesta, de forma irreal, o cumprimento das atividades e metas das parcerias.

2- O alcance dos auxílios e subvenções sociais.

Destinados ao terceiro setor, nem todos os repasses públicos se sujeitam ao marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC); dele escapam as seguintes formas cooperativas:

- a) Acordos e convenções internacionais somente bancados por fonte externa de financiamento.
- b) Contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS), na forma da Lei 9.637, de 1998.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

- c) Transferências voluntárias regidas por lei específica, nos trechos em que houver disposição contrária à Lei 13.019.

Essa última hipótese, a c), comparece no inciso II, do art. 3º; haja vista a grande controvérsia por ela gerada, transcrevemos seu inteiro teor:

Art. 3-Não se aplicam as exigências desta Lei:

II - Às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário.

Respeitável linha de entendimento defende que a nova disciplina não alcança os auxílios, subvenções e contribuições, mecanismos bastante utilizados por imensa parte dos Municípios em suas transferências monetárias para Santas Casas, Apaes, orfanatos, asilos, creches comunitárias, escolas filantrópicas e clubes recreativos.

Para tal argumentam que, previsto na Lei 4.320, de 1964, o trio auxílio/subvenção/contribuição viabiliza ajuda financeira, uma espécie de fomento àquelas instituições, não cabendo, no caso, o rigorismo do plano de trabalho e suas metas de contraprestação em bens e serviços; em suma, não há de falar aqui em terceirização, parcial ou total, de serviço público, mas, apenas, em estímulo a determinadas entidades sem fins lucrativos. Ao demais, postulam que auxílios, subvenções e contribuições requerem, somente, autorização legislativa orçamentária, ao contrário das parcerias da Lei 13.109, viabilizadas mediante atos privativos do Poder Executivo. Também, sustentam que sobredita trinca já está regulada pela Lei 4.320, de 1964, ou seja, a lei específica que, conforme o antes transcrito dispositivo, as isentaria do marco regulatório em debate.

Ousamos discordar dessa intelecção. Para nós, o marco regulatório alcança, sim, os auxílios e subvenções; só não atinge as contribuições, vez que estas derivam de lei específica regulamentadora, a modo do depreendido no art. 12, § 6º, da Lei 4.320, de 1964. Nesse cenário, as contribuições continuam regidas por aquele diploma local próprio, naquilo que se opuser às normas da Lei 13.019.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

Então, os auxílios e subvenções, todo ano renovados no orçamento, devem, sim, obedecer, ao marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC); para fundamentar essa tese, aí vão as nossas razões:

- a) Beneficiadas pelos usuais auxílios e subvenções, as instituições são qualificadas como de utilidade pública ou certificadas tal qual entidade beneficente de assistência social.
- b) Por isso, enquadram-se no conceito de organização habilitada a firmar termo de colaboração ou de fomento. Em outras palavras, atendem ao art. 33 da Lei 13.019: *objetivos não lucrativos, voltados a finalidades públicas e sociais; existência de Conselho Fiscal que opina sobre relatórios financeiros; previsão de, em caso dissolução, o patrimônio ser transferido a entidade congênere.*
- c) Não soa lógico afirmar que, ao enviar auxílios e subvenções àquelas entidades, o Poder Público não lhes exija contraprestação em bens e serviços, objetivados em metas de trabalho. Essa dispensa afrontaria os constitucionais princípios da economicidade, legitimidade e eficiência, sancionando, por óbvio, o desperdício do dinheiro público.
- d) De fato e à vista das subvenções sociais, certa lei de direito financeiro, desde 1964, já determinava que o valor repassado se baseie em *“unidades de serviço efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados” (art. 16, § único, da Lei 4.320).*
- e) Prova disso, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em suas Instruções Consolidadas, requer, no caso dos auxílios e subvenções, programa de trabalho com metas para o atendimento terceirizado.
- f) Nesse contexto, parece restar claro que auxílio ou subvenção não é uma desinteressada ajuda financeira a tal ou qual instituição filantrópica, mas, sim prestação indireta de serviços essenciais, na qual a intervenção do particular se revela mais econômica para o interesse público; é bem isso o que diz o art.16, *caput*, da Lei 4.320, de 1964.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

- g) Desde que excluídos os numerosos casos de auxílios e subvenções, a Lei 13.019 apenas alcançaria as transferências para OSCIPs, continuando sem regulação os corriqueiros repasses a Santas Casas, orfanatos, asilos, creches, Apaes. Nesse cenário e considerando que as Organizações Sociais já estão excluídas daquele diploma (art. 3º, III), este jamais poderia ser chamado de marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC), persistindo sem contenção os habituais desvios no uso de auxílios e subvenções.
- h) Não regulando as Organizações Sociais e os repasses mediante auxílios, subvenções e contribuições, a Lei 13.019 só alcançaria a OSCIPs? Então por que editar uma vasta norma geral, se já existe a de número 9.790, de 1999?
- i) De ilustrar que, mesmo desconsiderando o da capital do Estado, os demais 644 municípios paulistas repassaram, em 2013, nada menos que R\$ 1,2 bilhão a título de auxílios e subvenções. É o que revela o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁵.
- j) A Lei 13.019 facultou prestação simplificada de contas para entidades que recebam valor inferior a R\$ 600 mil, ou seja, para a enorme maioria dos contemplados com auxílios e subvenções.
- k) E, haja vista que alguns programas só podem ser realizados por organizações localizadas no território municipal (Santas Casas, creches, orfanatos, asilos), há uma boa chance de, no caso dos auxílios e subvenções, apresentar-se desnecessário o chamamento público, conquanto tipificada a inexigibilidade do art. 31, reforçado isso pelo fato de a Lei 13.019 exigir a propriedade de imóvel necessário à execução do objeto pactuado (art. 34).
- l) Em suma, podem os recebedores de auxílios e subvenções não se submeterem ao chamamento público, realizando uma prestação de contas bem mais simplificada; só não podem continuar se esquivando do planejamento, da finalidade pactuada, da transparência, do controle público e da responsabilização dos que deram causa a desvios; só não podem

⁵ In: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/resumo_repasses_2013.pdf.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

usar o dinheiro público de modo ineficiente e ilegítimo como a despesa majoritária na atividade-meio ou os altos salários da diretoria, muito acima do mercado e do subsídio do chefe do Poder Executivo.

- m) Toda e qualquer despesa pública requer autorização legislativa orçamentária (art. 167, I e II, da CF), o que abarca, claro, as parcerias dos termos de colaboração e de fomento. Tanto é assim que a Lei 13.109 exige que, logo no início do ano, o ente estatal publique os valores previstos no orçamento para execução daquelas ações terceirizadas (art. 9º).
- n) Assim, não subsiste o argumento de que, ao contrário dos auxílios e subvenções, as parcerias da Lei 13.109 se viabilizam por atos privativos do Poder Executivo, o que lhes dispensaria a licença orçamentária.
- o) Norma geral de orçamento e contabilidade pública, a Lei 4.320, de 1964, não regula o plano de trabalho, o processo de escolha, a transparência, a forma de acompanhamento e de prestação de contas das instituições que recebem dinheiro público. Não se pode dizer que tal instrumento seja, apenas ele, a lei específica que afasta auxílios e subvenções do marco regulatório (art. 3º, III, da Lei 13.109). De fato, a Lei 4.320 não regula **toda** uma parceria com o terceiro setor; pouquíssimos trechos se limitam a mostrar que, voltadas a assistência social, saúde, educação e cultura, as instituições possam receber subvenções sociais (*para despesas correntes*), auxílios (*para despesas de capital*) ou contribuições (*para gastos correntes ou de capital, dependendo do regramento em lei local específica*), sem embargo de condicionar ao óbvio bom funcionamento da instituição subvencionada.

(*) Flavio Corrêa de Toledo Junior é Consultor de Empresas e funcionário aposentado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo onde exerceu os cargos de Assessor Técnico e Agente da Fiscalização Financeira.