

# Terceiro Setor e o Direito Administrativo

## Ponto n. 12 – Regulação do Terceiro Setor

**PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**



---

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
São Paulo (SP), 31 de outubro de 2016.

# Sumário de aula

1. Estado desenvolvimentista e o ordenamento social
    - 1.1. Função regulatória
  2. Regulação do Terceiro Setor
    - 2.1. A regulação do Terceiro Setor no direito comparado
    - 2.2. A regulação do Terceiro Setor no Brasil
    - 2.3. Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC)
-

# **1. Estado desenvolvimentista e o ordenamento social**

---

# 1. Estado desenvolvimentista e o ordenamento social

## **Estado Social**

Responsável pela efetivação dos direitos sociais

## **Estado Desenvolvimentista**

Responsável pela fiscalização, planejamento e regulação do ordenamento social. É o Estado regulador do direito social ao desenvolvimento nacional.

“conceitua-se **o ordenamento social como a função administrativa que disciplina relações jurídicas não econômicas, com a finalidade de resguardar a dignidade da pessoa humana**, ao assegurar seus valores culturais e qualidade de vida, voltada à realização concreta, direta e imediata, através de ações de proteção e de prestação, de princípios constitucionais específicos. **Para a execução do ordenamento social, a Administração exerce um conjunto de atribuições regulatórias, prestacionais, fiscalizatórias e sancionatórias**, distribuídas por esses setores, constitucionalmente previstas, exercidas através de órgãos especificamente criados para tais fins” (MOREIRA NETO, 2015)

### 1.1. Função regulatória

“exercício de competência normativa por direta delegação legislativa, outorgada com a **finalidade de sujeitar determinadas atividades a regras predominantemente técnicas, de interesse público**” (MOREIRA NETO, 2015)

Há três funções estatais inerentes à regulação:

- 1) **editar** regras,
- 2) **assegurar** a sua aplicação e;
- 3) **reprimir** as suas infrações

(ARAGÃO, 2012:203)

**E autorregulação?** Atuação espontânea da sociedade na efetivação dos direitos sociais e participação nas ações governamentais para democratização da função estatal.

# 1.1. Função regulatória

## O Caso da Gestão dos Direitos Autorais e a CPI do ECAD



O **ECAD** – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais é **responsável por arrecadar os direitos autorais** de cada música tocada em execução pública e distribuí-los aos artistas. É uma associação constituída por associações de músicos, compositores, intérpretes, autores. Ocorre que **a forma de arrecadação e distribuição foi realizada de maneira ilícita**, configurando crimes de sonegação fiscal, apropriação indébita, enriquecimento ilícito, formação de quadrilha, abuso de poder econômico, o que resultou na instauração de uma CPI.

O **relatório da CPI concluiu que não havia regulação nem fiscalização do Estado**, bem como **faltava regras de governança** aplicáveis ao ECAD e às associações representativas dos segmentos, sendo apresentado um **projeto de lei com regras de funcionamento, seleção e transparência ao ECAD e às associações**, além de estabelecer a competência do Ministério da Cultura como instância reguladora e supervisora e o controle pelo Ministério Público, de modo **a coordenar a atuação das esferas de controle**.

O projeto de lei foi aprovado e sancionado na Lei Federal n.º 12.853/2013 denominada marco regulatório da gestão coletiva dos direitos autorais que foi objeto das ADI's n.º 5.062 e n.º 5.065.

Em 27/10/16, o STF julgou as ADI's improcedentes, reconhecendo a constitucionalidade do marco regulatório. Sobre a regulação o voto do Min. Rel. Luiz Fux entendeu que a liberdade de associação não é incompatível com a presença da regulação estatal e definiu **os parâmetros e objetivos da regulação** de um setor:

- ❑ As entidades de gestão coletiva de direitos autorais exercem **atividades de interesse público**, o que justifica a regulação e a fiscalização estatais de sua atividade.
- ❑ O marco regulatório provê maior **eficiência, transparência e modernização ao setor** com a finalidade de **corrigir as falhas** do modelo anterior, reveladas (CPIs, audiências públicas, jurisprudências, etc.)
- ❑ A regulação ao invés de violar direitos deve **proteger e promover bens jurídicos relevantes**, como os direitos à propriedade intelectual, à educação, ao acesso à cultura, à informação, etc.
- ❑ A regulação deve **reconduzir as entidades à sua função** instrumental, servindo como intermediárias entre os beneficiários e o Estado.

# **2. Regulação do Terceiro Setor no Brasil**

---

## 2.1. A regulação do Terceiro Setor no direito comparado

### Breves aspectos dos sistemas regulatórios estrangeiros

#### Inglaterra

- Registro como **Charity** às organizações.
- **Charity Commission**: departamento público não ministerial que atua, de forma independente, como órgão regulador do setor sem fins lucrativos com as atribuições de (i) registrar, (ii) orientar quanto às questões legais e regulatórias; e (iii) agir em casos de má gestão.

#### Filipinas

- **Conselho das Filipinas para Certificação de ONG's**: organização não governamental instituída pelas seis maiores redes de ONG's do país. É **responsável pela certificação** das organizações e **por melhorar a transparência, o profissionalismo e a accountability** do setor mediante treinamentos, orientações, auditorias.

#### Estados Unidos

- Direito de associação (Right of Assembly)
- **Nonprofit organizations (NPO)**
- **Não há certificação**. Há, o que pode se equivaler a uma técnica de certificação, um procedimento pelo qual a entidade obtém o qualitativo de isenta de imposto sobre a renda
- Em âmbito estadual, **Office Of Attorney General , Secretary Of State** – supervisão e registro – e o **Poder Judiciário** que regula o setor pelos precedentes (*common law*). Em âmbito federal: **Treasury Department** – matéria tributária e fiscal e o **General Accounting Office**, ligado ao Congresso, que examina o uso de recursos públicos.

## 2.1. A regulação do Terceiro Setor no Brasil

### Cenário de Regulação do Terceiro Setor a partir dos instrumentos de contratualização, certificações e qualificações

Ministério e Secretaria estadual e municipal correspondent e à área de atuação

Organizações Sociais  
Contrato de gestão

Tribunais de Contas

Organizações da Sociedade Civil  
Termo de Fomento, de colaboração e acordo de cooperação

Ministério Público

Ministério e Secretaria estadual e municipal correspondent e à área de atuação

CEBAS

Poder Judiciário

Ministério da Saúde  
Ministério da Educação  
Ministério do Desenvolvimento Social

Conselhos de Contabilidade

OSCIP

Ministérios da Justiça



## 2.1. A regulação do Terceiro Setor no Brasil

### Cenário Atual

- ❑ A regulação é **difusa** e composta por **normas que não dialogam** entre si.
- ❑ **Inexiste** no Brasil **um órgão ou espaço institucional com competência exclusiva para regular** o setor, estando as competências regulatórias espalhadas entre vários órgãos, **sem uma instância superior de coordenação**.
- ❑ **Inexiste** no Brasil um **marco regulatório** que confira eficiência, transparência, governança e reconhecimento ao setor. O Terceiro Setor têm lógicas e modalidades de prestações sociais muito distintas, o que dificulta sua identidade e acarreta distorções (desvios, corrupção, má gestão, terceirização ilícita, entre outros)

### Cenário Possível

**Lei Geral que reconduza as entidades à sua função e disponha sobre o conteúdo da regulação** (regramento das organizações e relações de direito público; espaço institucional de coordenação das instância de controle e supervisão, transparência, corrigindo as falhas do modelo então em vigência.

“A comparação entre o panorama normativo brasileiro atual e o panorama legislativo dos países estudados **confirmou a importância e necessidade de uma melhor configuração normativa em nosso país**, principalmente em termos de:

- Reconhecimento jurídico abrangente desse segmento** de atividades de interesse público, por meio de uma Lei Geral, que estabeleça às entidades do Terceiro Setor **diretrizes e princípios** de atuação, seus **direitos e deveres** frente aos mais públicos com os quais se relacionam, principalmente com a população.
- Proporcionar **segurança jurídica** para as entidades, servindo a Lei Geral, em conjunto com a legislação preexistente e eventual legislação a ser ainda editada, essencial elemento para **atualizar e aperfeiçoar** o marco legal e regulatório do Terceiro Setor no Brasil.” (OLIVEIRA, 2009:51)



## 2.3. Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC)

### E o (Des)Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil?

#### Função regulatória

“a **ação regulatória do Estado** pode ser considerada como um conjunto de técnicas administrativas de intervenção. (...) **Ao definir o conteúdo da regulação**, a Administração pode escolher diferentes técnicas para gerar os efeitos do setor. Cada técnica tem uma lógica própria que está relacionada ao tipo de estrutura ou relação setorial a ser regulada e aos **objetivos da regulação, considerando os efeitos almejados**” (MATTOS, 2006:40)

#### Lei n.º 13.019/2014

Estabelece o **regime jurídico das parcerias** entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho **inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação**; (...) Art. 3.º **Não se aplicam as exigências desta Lei**: (...)

- ❑ **Manutenção da insegurança jurídica:** o MROSC define um conjunto de regras sobre como as organizações devem utilizar os recursos públicos, mas não define regras de funcionamento dentro da entidade, como a existência de gestão financeira transparente, planejada e especializada; a existência de políticas de controle interno com auditorias sobre os relatórios de atividades e financeiros; a adoção de práticas de combates à corrupção.
- ❑ **Criação de novo modelo jurídico** ao invés de sistematizar os modelos existentes e reforçá-los e regulamentá-los.
- ❑ **Ausência de coordenação** da atuação dos órgãos de controles.

## **2.3. Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC)**

**Apesar de não promover a regulação do setor e aperfeiçoar as técnicas existentes. O MROSC:**

- Promove a transparência
- Eleva a participação
- Define princípios e diretrizes
- Positiva e dá ênfase ao controle por resultados
- Autoriza o custeio de despesas institucionais e a remuneração de pessoal por meio de recursos públicos

O MROSC instituiu o **Conselho Nacional de Fomento e de Colaboração - Confoco** que será responsável por **monitorar e avaliar a implementação da Lei n.º 13.019/2014 e propor diretrizes para sua efetivação**, bem como por **divulgar boas práticas** na relação de fomento, de colaboração e de cooperação entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil.

Mas o Confoco é órgão de natureza consultiva e de âmbito federal, de modo que não exercerá influência e regulação nos Estados e nos Municípios e não enfrentará as questões que envolvem as organizações sociais, OSCIPs e as transferências voluntárias sobre as quais a Lei Federal n.º 13.019/2014 não se aplica.

## **2.3. Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC)**

**“Regulação estatal, co-regulação e autorregulação não podem ser vistas isoladamente.** É evidente no contexto britânico, que as três desempenham um papel integrado: **elas interagem, impactam e colidem entre si e são interdependentes.** Isto significa que, como o foco ou avaliação da regulação permuta entre regulação estatal, co-regulação e autorregulação, ocorrem lacunas ou avanços. Tensão ou alívio pode ser colocado sobre uma parte da tríade regulamentar em benefício ou prejuízo de outra. **O aspecto que é enfatizado ou negligenciado pode servir para enfraquecer ou reforçar regulação de setor como um todo.**” (DUNN, 2016)

# Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 665p.
  - BONIS, Daniel de. Para além da norma: reflexões sobre as instituições de regulação das organizações da sociedade civil de interesse público. *In.: Marco regulatório das organizações da sociedade civil: cenário atual e estratégias. Análise*, CPJA, Direito GV, jun. 2013. 46p.
  - DUNN, Alison. Eddies and tides: statutory regulation, co-regulation and self-regulation in charity law in Britain. *In Regulatory Waves: Comparative Perspectives on State Regulation and Self-Regulation Policies in the Nonprofit Sector*. BREEN, Oonagh B., DUNN, Alison; SIDEL, Mark (Editors). Cambridge: December, 2016. *No prelo*.
  - MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Novos estudos*, CEBRAP, 76, Novembro 2006, pp. 139-156.
  - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 784p.
  - OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. *Série pensando o direito*, Ministério da Justiça, n. 16, 2009. 149p.
-