

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), 16 de novembro de 2020.

Sumário de aula

1. Estado desenvolvimentista e o ordenamento social
 1. Função regulatória
 2. Regulação do Terceiro Setor
 1. A regulação do Terceiro Setor no direito comparado
 2. A regulação do Terceiro Setor no Brasil
 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:

- a) 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.
- b) 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.
-