



Procedência: Secretaria de Estado do Governo

Interessado: Estado de Minas Gerais e Entidades Parceiras Voluntárias do Estado

Número: 15.387

Data: 24 de outubro de 2014

Ementa:

LEI FEDERAL Nº 13.019, DE 31.07.2014. PARCERIAS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E NORMATIVO. TERCEIRO SETOR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. AUTONOMIA POLÍTICA E ADMINISTRATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS. ARTIGO 22, XXVII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. UNIÃO FEDERAL. EDIÇÃO DE NORMAS GERAIS DE ÂMBITO NACIONAL. TERMO DE COLABORAÇÃO. TERMO DE FOMENTO. NATUREZA CONTRATUAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. PROCEDIMENTO SELETIVO. VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA NAS DIVERSAS ESFERAS FEDERATIVAS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESPECÍFICA DOS ESTADOS-MEMBROS. PODER REGULAMENTAR DO CHEFE DO EXECUTIVO VEICULADO POR DECRETO. PODER REGULATÓRIO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS E DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS ESTADUAIS. LEGITIMIDADE. ARTIGO 83, § 1º DA LEI FEDERAL Nº 13.019/2014. PARCERIAS ANTERIORES AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI. PRORROGAÇÃO PRETENDIDA APÓS A PROMULGAÇÃO DO NOVO DIPLOMA. SUBMISSÃO DA PRORROGAÇÃO ÀS EXIGÊNCIAS DA NOVA LEI. RETROSPECTIVIDADE.

Relatório

Trata-se de expediente encaminhado pela Secretaria de Estado de Governo do Estado de Minas Gerais indagando qual o ato normativo adequado para promover a regência das matérias tratadas na Lei nº 13.019/2014 carentes de regulamentação e qual a melhor interpretação a ser dada ao disposto no artigo 83 da mencionada lei, em especial quanto às prorrogações de prazo.



Consta do expediente a Nota Jurídica nº 1.228, de 10.10.2014, exarada pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Governo sobre a Lei Federal nº 13.094/2014 “que dispõe sobre o regime jurídico das parcerias, voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público”, tendo sido veiculadas diretrizes para a política de fomento e de colaboração com tais organizações, mediante instituição do termo de colaboração e do termo de fomento.

A propósito da competência normativa sobre a matéria, a Nota Jurídica nº 1.228/2014 esclareceu que as novas normas gozam de aplicabilidade nacional, tendo ocorrido uma uniformização de procedimentos que obriga todos os Estados e Municípios a promover ajustes ao regramento da Lei Federal nº 13.094. Isso porque, além de o novo diploma ter provocado a atuação do poder normativo do Executivo apontando matérias carecedoras de regulamentação, nos demais casos - em que não há expressa exigência legal - o Executivo pode atuar “*intra lege*, ou seja, dentro dos limites estabelecidos pela novel legislação federal”. A propósito das searas em que houve indicação expressa de necessidade de regulamentações, restaram indicados: a) divulgação nos meios públicos de comunicação por radiodifusão de sons e de sons e imagens de campanhas publicitárias e programações desenvolvidas por organizações da sociedade civil (art. 14); b) composição e funcionamento do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração (artigo 15, § 1º); c) prazos e regras do Procedimento de Manifestação de Interesse Social (art. 18 c/c parágrafo único do art. 20); d) substituição do sque à conta do termo de fomento ou de colaboração (art. 54, V); e) atuação em rede (art. 25, IV); f) monitoramento e avaliação (art. 58); g) regras estratificadas – R\$ 600.000,00 (art. 63, § 3º); h) registro das prestações de contas rejeitadas ou aprovadas com ressalvas (art. 69, § 6º) e i) regras para acompanhamento dos programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança (art. 87).

Distinguindo decretos e regulamentos, a Nota Jurídica nº 1.228/2014 explicitou que a Lei Federal nº 13.019 não consiste em lei integralmente auto-executável, havendo matérias relacionadas às atribuições específicas do Executivo que ensejam elaboração de regulamento a ser aprovado por decreto, nada impedindo que os preceitos do regulamento sejam veiculados no próprio decreto. Sublinhou-se a falta de prazo para a elaboração dos regulamentos, uma vez que o prazo de noventa dias de que trata o artigo 90 da Lei nº 13.019/2014 refere-se à



vacatio legis, ou seja, ao período entre o dia da publicação e o dia do início da efetiva vigência da lei. Concluiu-se que, apesar da ausência de prazo para edição do decreto, a necessidade de tratamento jurídico específico por decreto é manifesta, inclusive para os casos em que não determinada expressamente a normatização pelo Executivo, hipótese em que cabe atuação dentro dos limites da lei.

O segundo aspecto analisado na Nota Jurídica nº 1.228/2014 é pertinente ao artigo 83 da Lei Federal nº 13.019/2014 cujo “caput” permite constatar que “as parcerias eventualmente firmadas anteriormente à edição da nova lei federal continuam disciplinadas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, ficando, todavia, reservada a aplicação sucursal da Lei nº 13.019/2014, desde que em benefício da promoção do objeto originalmente pactuado pela parceria”. Adverte-se, contudo, que, especificamente quanto às prorrogações, poderão surgir dúvidas na interpretação do § 1º do artigo 83, a saber:

“Neste, sentido, ao tentar interpretar o disposto no § 1º, do art. 83, a dúvida que poderia surgir seria se a Lei nº 13.019/2014 deve ser observada para toda e qualquer prorrogação de vigência ocorrida após a entrada em vigor da nova legislação, independentemente da data de celebração do termo original da parceria, ou, de modo contrário, somente poderá reger as prorrogações de vigência de parcerias já firmadas sob a égide da nova legislação federal.”

Sobre a indicada controvérsia, a Nota Jurídica nº 1.228/2014 firmou entendimento de que, se necessário realizar prorrogação de vigência de parceria firmada sob a legislação anterior, já após a promulgação da nova lei, durante o período de *vacatio legis*, esta deverá necessariamente seguir o novo regramento. A ressalva é para a hipótese de atraso na liberação de recurso, ensejando a devida prorrogação de ofício neste caso específico, hipótese em que deverá ser observada legislação vigente ao tempo da celebração do termo de parceria.

Restou invocado o princípio do *tempus regit actum* no sentido de que atos jurídicos e os que dele se originam devem ser regidos pela lei da época em que ocorreram, o que implica observância da norma vigente ao tempo da celebração de cada um dos atos. A conclusão a propósito da matéria restou assim fixada:



“Assim, reiteramos a nossa interpretação literal atribuída ao *caput* do art. 83, combinado com seu respectivo § 1º, no sentido de que os termos aditivos de prorrogação de vigência, celebrados após a promulgação da Lei nº 13.019/2014, decorrentes de parcerias firmadas antes da entrada em vigor da nova lei, devem ser por ela regidos, exceto quando for caso de prorrogação de ofício decorrente do atraso na liberação de recursos, que manterá a regência legal vinculada à celebração da parceria/convênio de saída à época.

(...) Nestes termos, para toda parceria celebrada sob a ótica da legislação anterior à nova lei, deve por ela permanecer tutelada. Contudo, caso haja a necessidade de prorrogação de prazo após a promulgação da Lei nº 13.019/2014, tal termo aditivo deverá obrigatoriamente observar este novo regramento.”

É o breve relatório. Passo a opinar.

Parecer

1) Aspectos preliminares

A Lei Federal nº 13.019, de 31.07.2014, buscou instituir normas gerais para as parcerias voluntárias que sejam firmadas pelos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e entidades das suas administrações indiretas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, incluídas subsidiárias) com organizações da sociedade civil, “em regime de mútua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil, e institui o termo de colaboração e o termo de fomento”.

É claro o objetivo da lei de estabelecer uma normatização de âmbito nacional que fixe as condições basilares de se estabelecer parceria entre o setor público e as entidades civis sem fins lucrativos. Isso porque o chamado Terceiro Setor ganhou espaço nas últimas décadas na estruturação dos mecanismos de ação relativos a atividades de interesse público relevante, sendo significativos os recursos orçamentários destinados a essa seara. Como observava Andres Pablo Falconer, Terceiro Setor é o termo que vem encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas provenientes da sociedade, voltadas à produção



de bens e de serviços de interesse público. (FALCONER, Andres Pablo. A promessa do terceiro setor. Disponível em: <<http://rits.org.br>>. Acesso em: 30 set. 2000) E não há dúvida quanto às imensas responsabilidades e significativas vantagens que esse núcleo vem assumindo e exercendo, até mesmo em razão da própria ideia de participação e legitimidade democrática que se busca realizar hodiernamente.

Inúmeros são os doutrinadores que destacam que a participação, como princípio elementar a se concretizar, supõe que os cidadãos, além dos mecanismos próprios da democracia parlamentar (que lhes permite dirigir as Administrações Públicas por meio dos seus representantes eleitos em processos eleitorais gerais), tenham outras vias diretas, imediatas, para gerir os serviços públicos e para influir ou, inclusive, decidir os assuntos da competência daquelas. Na verdade, a participação vem se apresentando nos últimos tempos como remédio milagroso frente aos desvios burocráticos e autoritários do Estado democrático, perigos que se presume desapareceriam se os cidadãos mais diretamente interessados em cada setor o serviço da Administração pudesses gerirlos diretamente sem intermediários políticos. (PARADA, Ramón. Derecho Administrativo II. 18 ed. Organización y empleo público. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y Sociales, 2005, p. 77-78) Essa ideia fundamental está na base do crescimento do número de entidades sem fins lucrativos que passou a atuar ao lado do Poder Público, exercendo atividades de que a sociedade necessita. Essa realidade, presente no Brasil, vem sendo percebida pelos estudiosos e profissionais da área que conceituam o Terceiro Setor como “o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento” (PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56).

Sobre a mescla entre o poder político e centros de poder social, Gustavo Justino de Oliveira reconhece a intensificação das relações entre Estado e sociedade civil parece dominar o cenário mundial, configurando fenômeno irreversível. Se a sociedade civil e Estado são parte de uma mesma sociedade, como ensina Manuel Villoria Mendieta, é certo que a eclosão das organizações não governamentais e do denominado “terceiro setor” obrigam a Administração a abrir suas portas aos diferentes agentes críticos afetados e que afetam suas políticas públicas. A criação de unidades de participação nas organizações públicas, com inclusão de diversos segmentos, também torna-se imprescindível.



Todos esses aspectos vinculam-se à elaboração de planos estratégicos que explicitem missões, escolhas e visões, em um ambiente democrático e transparente necessário para a posterior implantação honesta e imparcial dessas políticas. Especificamente no Brasil tem-se um Terceiro Setor concebido como “conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)”. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 13; 16-17)

As transformações nos vínculos que se estabelecem entre Estado e a sociedade organizada em entidades do Terceiro Setor evidenciaram a necessidade de uma normatização adequada que, permitindo as atividades de parceria, fixassem um mínimo de proteção aos interesses públicos primários. Sem um regramento próprio, o Terceiro Setor poderia se transmutar em instrumento de promoção da exclusão social no lugar da inclusão perseguida, com desmonte do aparato público destinado às atividades de defesa de recursos humanos, de pesquisa, cultura, saúde, educação, integração social e proteção ao meio ambiente. Um ordenamento específico e bem concebido para essa seara, que não impeça a sua ampliação e eficiência mas que imponha um mínimo de condições e cautelas necessárias, constrói um espaço público em que se poderá promover um mínimo de correção dos desequilíbrios sociais, de saneamento na prestação de serviços públicos basilares, de extensão dos direitos constitucionais, viabilizando efetivo alargamento da participação da sociedade.

O pano de fundo do surgimento da Lei Federal nº 13.019/2014, portanto, foi a necessidade de redirecionar o enquadramento do Terceiro Setor, buscando sua adequação às normas constitucionais em vigor, à realidade administrativa atual, às necessidades sociais, além de se formatar um espaço de atuação que mantenha sua credibilidade em um contexto que harmonize eficiência, legalidade e moralidade. Não se ignore que o Terceiro Setor pressupõe uma sociedade em que esteja presente uma cidadania ativa no planejamento, na tomada e execução das decisões, bem como no controle das medidas adotadas, além de estruturas de Estado preparadas para as normatizações técnicas necessárias à pormenorização do ordenamento e para a adequada consultoria durante as atividades a serem desenvolvidas. Se José Afonso da Silva reafirma a importância de “que se instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos



rendimentos da produção” (RDA, v. 215 p. 16), não menos relevante é um processo de convencimento das estruturas do Estado sobre a conveniência de integrar paradigmas normativos relativos ao Terceiro Setor, que hoje assume tarefas de indiscutível relevância social. É sob essa inspiração que serão analisadas as questões submetidas a exame.

2) Das competências públicas para normatizar o Terceiro Setor

Quando se trata de definir a forma por meio de que a Administração Pública será estruturada com o objetivo de cumprir os deveres jurídicos que lhe são impostos pelo ordenamento, cumpre reconhecer que o Brasil é uma federação que reconhece autonomia política, administrativa e orçamentária às pessoas jurídicas de direito público que o integram. Assim sendo, em princípio cabe à União, a cada Estado-Membro, a cada Município e ao Distrito Federal definir como realizará administrativamente as competências que lhe foram impostas pela Constituição, respeitadas as definições basilares fixadas no próprio texto constitucional (como é o caso, p. ex, dos conceitos de Administração direta e indireta). Respeitados os parâmetros constitucionais fundamentais, cada ente federativo é livre para estruturar-se administrativamente, distribuindo as suas competências entre órgãos e entidades da Administração Indireta, nos termos das decisões legislativas e executivas respectivas. Assim sendo, é de competência de cada ente da federação estabelecer o regime jurídico administrativo adequado às atividades desenvolvidas por seus órgãos públicos, autarquias e fundações públicas. Em outras palavras, o poder de legislar as normas de direito público que regerão a atividade dos órgãos (da Administração direta) e das entidades de direito público da Administração Indireta de cada pessoa federativa é próprio de cada ente federativo. É por isso que um Estado, quando cria uma agência reguladora, pode por lei estadual estabelecer o regime jurídico administrativo dessa entidade, com óbvio respeito às normas constitucionais incidentes na espécie (ex: necessidade de realizar concurso público antes do provimento dos cargos efetivos em razão do artigo 37, II da Constituição da República).

Se é certo que cada ente da federação tem autonomia política para estabelecer o regime jurídico público aplicável aos órgãos e às entidades da Administração Direta e Indireta, situação diversa ocorre quando se trata de vínculos estabelecidos entre o Poder Público e pessoas privadas. Preliminarmente, a decisão política de uma pessoa federativa no sentido de firmar um acordo com uma pessoa privada em torno de uma ação de interesse social é matéria inserida na autonomia que é própria ao ente federativo. Por conseguinte, cabe ao Estado-Membro ou ao Município, no exercício livre da discricionariedade política que



lhes é própria, optar, ou não, pelo estabelecimento de vínculos de parcerias com o setor privado em áreas como preservação ambiental ou recuperação de menores infratores, dentre outras. Uma vez levada a efeito uma positiva opção política de parceria constitutiva do Terceiro Setor, é preciso observar o regramento normativo que incidirá sobre esse vínculo, considerando-se as competências definidas na Constituição da República.

A esse propósito, cumpre observar que o artigo 22, XXVII da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 (publicada em 05.06.1998) fixa que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Do referido dispositivo resulta claro que à União é reservada competência privativa somente para editar normas gerais de licitações e contratos administrativos. Dentre as normas gerais, obrigatórias em todos os níveis federativos para as administrações direta, autárquica e fundacional, já tinham sido editadas a Lei nº 8.666/1993 (Estatuto das Licitações e dos Contratos Administrativos), a Lei nº 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações), a Lei nº 9.478/1997 (trata das concessões das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo), a Lei nº 10.520/2002 (regula a modalidade de pregão), a Lei nº 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos), a Lei Complementar nº 123/2006 (dispôs regime especial para as empresas de pequeno porte e microempresas, veiculando inclusive normas de licitação), a Lei nº 11.488/2007 (estendeu às cooperativas de vantagens outorgadas pela Lei Complementar nº 123 às microempresas e empresas de pequeno porte), a Lei nº 12.232, de 29.04.2010 (trata das licitações e serviços de publicidade), bem como a Lei nº 12.462/2011 (que veiculou o denominado “Regime Diferenciado de Contratações”).

A propósito de normas com essa natureza, Rafael Wallbach Schwind assevera:

“Ainda que a Lei nº 8.666/93 seja a lei geral de licitações, nada impede que a União edite novas ‘normas gerais’. Não há nenhum dever de a União concentrar em uma única lei todas as normas gerais de licitações e contratos administrativos.



Como a matéria não demanda a edição de lei complementar, não há nenhum obstáculo a que novas leis ordinárias estabeleçam normas gerais sobre licitações e contratações administrativas. A Lei nº 8.666/93 não será hierarquicamente superior a nenhuma outra lei ordinária que verse sobre o assunto.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 9, n. 106, outubro de 2010, p. p. 32)

É certo que a Lei Federal nº 8.666 e os outros diplomas federais mencionados não exaurem as matérias pertinentes ao certame e aos acordos que podem ser firmados pela Administração. Diante de novas realidades como as do Terceiro Setor, surge a necessidade de regulação de assuntos próprios de uma seara administrativa com peculiaridades, cujas necessidades justificam regras específicas de procedimento e modelos de vínculos contratuais diversos. Os aspectos fundamentais desses acordos podem ser objeto de novos diplomas federais de âmbito nacional, como é o caso da Lei Federal nº 13.019, de 31.07.2014. Caso haja matéria específica à realidade de um determinado ente federativo, que não seja objeto de norma geral e que requeira inovação no tratamento normativo, tem-se clara, abstratamente, a competência residual dos demais entes federativos, aí incluídos os Estados membros, que decorre do artigo 22, XXVII da CR. Cláudia Honório escreve que, apesar da competência legislativa da União, não se exclui a possibilidade de o Estado e o Município, legislarem sobre licitações (art. 30, I e II da CF), aplicando-se esse entendimento também aos contratos firmados entre Poder Público e entidades sociais. “Trata-se de possibilidade, inerente à autonomia dos entes da Federação, de o Município atuar legislativamente, a fim de que possa desempenhar as competências materiais que lhe são atribuídas pelo constituinte.” (HONÓRIO, Cláudia. Inversão de fases da licitação por lei municipal. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, ano XXIII, nº 7, julho de 2010, p. 662) Entende-se, apriorística e teoricamente, que o Estado de Minas Gerais possui competência para editar normas especiais que incidam na licitação e nos contratos administrativos, inclusive nos acordos firmados com entidades do Terceiro Setor.

É Joel de Menezes Niebuhr quem assevera que a União dispõe de competência para editar normas gerais em torno de licitação pública e contratos administrativos, o que pressupõe competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para produzirem normas que não sejam qualificadas como



gerais, isto é, normas especiais, pormenorizadas, que guardem pertinência às características de cada qual. Assim, os entes federativos, inclusive a União, conquanto devam obediência às normas gerais, ao lado delas devem produzir as normas federais, estaduais e municipais, atinentes à estrutura política e jurídica de cada qual, que dá feição própria e especial às normas prescritas em caráter nacional. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 49-50) Aquiesce-se com a posição que outorga competência aos Estados para editar normas específicas, inovadoras e complementares das matérias tratadas em normas gerais nacionais. Diverge-se, respeitosamente, da posição sustentada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes no sentido de que a expressão normas gerais no artigo 22 tem significado próprio e diferente do utilizado nos quatro parágrafos do artigo 24 da CR, que versa sobre competência concorrente, o que impediria a edição de normas pelos Estados-Membros sem a edição prévia de lei complementar federal autorizativa:

“A competência privativa da União, nos termos elencados no art. 22, inadmite, em regra, competência legislativa concorrente de outras esferas de governo. Só mediante lei complementar da União é que os Estados poderão legislar sobre questões específicas. Essa é uma condição suspensiva, imposta no parágrafo único do art. 22, que demonstra, a toda evidência, que a competência do Estado-membro para legislar sobre os assuntos desse artigo não é regra, mas exceção.” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Da competência para legislar sobre licitações e contratos e o poder regulamentar conferido pela Lei Federal de Licitações e Contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, Fórum, a. 7, n. 74, p. 39-40, fev. 2008)

Sem olvidar da significativa polêmica sobre o tema e dos r. argumentos sustentados por autores como Jacoby Fernandes, reconhece-se competência aos Estados para regulamentar matérias específicas sobre temas que repercutem em licitações e nos diversos acordos administrativos, exercendo o poder de legislar que o artigo 22, XXVII da CR deixa remanescer ao ente federativo, bem como o poder regulamentar atribuído ao Chefe do Executivo e poder regulatórios dos órgãos e entidades administrativas. Destarte, independentemente de lei complementar federal, é legítimo que o Estado de Minas Gerais estabeleça normas pertinentes ao procedimento licitatório e aos acordos administrativos firmados com terceiros (inclusive organizações da sociedade civil se for o caso), específicas e inovadoras (por meio de lei) ou aptas



a detalhar e operacionalizar as obrigações legais (poder regulamentar e regulatório), dependendo da necessidade em que cada situação.

O Tribunal de Contas da União, ao analisar tecnicamente matéria semelhante, assentou com fundamento na melhor doutrina:

“Aplicando os princípios da hermenêutica constitucional e adotando-se a interpretação sistemática dos preceitos acima referidos, parece-nos que, cabendo à União Federal tão-somente fixar normas gerais (art. 22, XXVII), as ressalvas legislativas excludentes da aplicação do sistema de licitação, que atendam a circunstâncias especiais, são da competência legislativa federal, quando se trata de Entidades federais, mas da competência legislativa local, em relação às Entidades estaduais. (...)”

Para se agregar valor à discussão, é bem-vinda a lição do Professor Marçal Justen Filho, ao abordar a ausência de exaustão da competência legiferante federal (...): "Não se olvide que a edição da Lei n.º 8.666 não produziu a "exaustão" da competência legislativa federal para editar normas gerais sobre a matéria. Nada impede que a União edite outras leis, disciplinando o mesmo tema. A competência para produzir "normas gerais" não significa o dever de concentrar todas elas em um único diploma legislativo. Aliás, e como as normas gerais sobre licitações e contratações administrativas não demandam lei complementar, é descabido presumir que uma lei federal posterior encontraria algum obstáculo para disciplinar a mesma matéria. A Lei n.º 8.666 não é hierarquicamente superior a outra lei ordinária. Por isso, é perfeitamente constitucional que outra lei federal contenha normas gerais sobre a matéria. Se forem incompatíveis com aquelas constantes da Lei n.º 8.666, aplicar-se-ão os princípios da posteridade (a lei posterior revoga a anterior, quando for com ela incompatível) e da especialidade (a lei especial não revoga a geral, nem vice-versa)" (destacamos).

(...)21. Não se vislumbra, neste mister, a existência de vícios de ordem formal ou material, no que diz respeito à mencionada Lei Federal n.º 10.847/2004, ou, em especial, ao dispositivo que abriga a contratação direta, por parte da



administração pública, quando, indubitavelmente, o objeto da contratação consistir em estudos e pesquisas que possam subsidiar a formulação, o planejamento e a implementação de ações no âmbito da política energética nacional.” (Processo nº 008.386/2005-9, Acórdão nº 2.837/2008, rel. Min. Raimundo Carreiro, Pleno do TCU, DOU de 09.12.2008)

Embora seja certa a competência normativa do Estado em relação às licitações públicas e aos contratos administrativos, é mister reconhecer que determinadas matérias enquadram-se na competência legislativa privativa federal (artigo 22, XXVII da CR), visto que devem necessariamente ser objeto de normas gerais de licitação.

A doutrina, ao buscar definir o conceito de normas gerais, indica referências que, cumulativas, permitem conclusão a propósito do seu conteúdo. Segundo Alice Gonzalez Borges, trata-se de normas que veiculam elementos indispensáveis ao cumprimento dos preceitos fundamentais; são comandos genéricos e básicos que devem ser respeitados pelo legislador ao abordar aspectos peculiares e diversificados de determinado tema. Para Lúcia Valle Figueiredo, são normas gerais as dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, estabelecem *diretrizes* para o *cumprimento dos princípios constitucionais* expressos e implícitos, sem se imiscuírem no âmbito de competências específicas de outros entes federativos. Lúcido é o magistério de Marçal Justen Filho quando afirma que se trata de *princípios e regras destinados a assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e contratações administrativas*. Nesse sentido, podem ser consideradas inseridas no conceito de normas gerais as matérias essenciais que merecem unidade de tratamento. E merecem tal tratamento as atinentes aos requisitos indispensáveis à validade da contratação; às hipóteses de obrigatoriedade e não-obrigatoriedade da licitação; aos requisitos para participação em licitação; às modalidades e aos tipos de licitação; e ao regime jurídico da contratação administrativa. Uniformidade decorrente das normas gerais visa proporcionar segurança e dar efetividade a instrumentos de controle. (*in* HONÓRIO, Cláudia. Inversão de fases da licitação por lei municipal. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, ano XXIII, nº 7, julho 2010, p. 661-662)

Aplicando-se tal entendimento ao Terceiro Setor, são aspectos basilares definir as diretrizes fundamentais do regime de fomento e colaboração a ser acordado entre Estado e pessoas privadas do Terceiro Setor, estabelecer os princípios fundamentais a serem observados pelas entidades parceiras, quais serão



os programas de capacitação a serem adotados, como se darão mecanismos de transparência e controle, bem como de fortalecimento da participação social e divulgação das ações, sem mencionar aspectos básicos dos procedimentos como os instrumentos a serem adotados, as competências para deflagrar a parceria, o certame para selecionar qual entidade privada será beneficiada, os requisitos que essa entidade privada deve necessariamente comprovar, os pressupostos dos acordos a serem firmados, as proibições que não poderão ser afastadas, como serão formalizadas e executadas as parcerias, principalmente quanto às despesas e aplicação financeira dos recursos, sem olvidar da importante fixação das obrigações das partes, responsabilidades, modo de prestação de contas e sanções que podem ser aplicadas. Não há como negar que esses aspectos consubstanciam pontos fundamentais do acordo a ser firmado entre o Poder Público e uma entidade privada sem fins lucrativos que se dispõe a ser parceira do Estado. Trata-se de temas que merecem tratamento homogêneo e uniforme em todos os níveis da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Assim sendo, o tratamento da Lei Federal nº 13.019 que observe a normatização geral cabível em face desses pontos enquadra-se na competência legislativa federal para editar normas gerais sobre a matéria, com respeito à esfera legislativa atribuída à União pelo artigo 22, XXVII da CR.

Não se ignora que a Lei Federal nº 13.019/2014 deliberadamente deixou de usar a expressão “contrato administrativo” para designar o acordo firmado entre o Poder Público e a entidade privada sem fins lucrativos parceira. De fato, o novo diploma preferiu empregar os chamados “termo de colaboração” e “termo de fomento”. O termo de colaboração é instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias firmadas pelo Poder Público com organizações da sociedade civil, para realizar de finalidades de interesse público propostas pela Administração, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria (regramento no âmbito federal pelas Leis nº 9.637 e nº 9.790). Decorre do artigo 16 da Lei Federal nº 13.019 que termo de colaboração instrumentaliza a parceria entre o Poder Público e a organização da sociedade civil quando a parceria é proposta pela Administração. Já o termo de fomento é instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pelo Poder Público com organizações da sociedade civil, para realizar atividades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, também sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria. Ou seja, quando o acordo de parceria é proposto pela pessoa privada sem fins lucrativos, a expressão adequada é “termo de fomento”, por força do artigo 17 da Lei Federal nº 13.019/2014. Observe-se que o novo diploma não optou pelas modalidades de licitação previstas na Lei Federal nº 8.666 (concorrência, tomada de preços,



concurso, leilão e concurso) e na Lei Federal nº 10.520 (pregão) Ao estruturar a sucessão de atos antecedentes aos acordos, a Lei Federal nº 13.019 facultou às organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos deflagrar o “Procedimento de Manifestação de Interesse Social” (artigo 18) que, nos termos do § 1º do artigo 21, não dispensa a convocação do “chamamento público”, conforme determinações dos artigos 23 e seguintes. Denota-se dos preceitos legais que o “chamamento público” é procedimento de que se valerá a Administração para selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento.

Considerando o referido conteúdo normativo da Lei Federal nº 13.019/2014, entende-se que, apesar da diversidade das expressões, o termo de colaboração e o termo de fomento instrumentalizam acordos que consagram parcerias com atendimento integral dos pressupostos conceituais da figura do contrato administrativo. Com efeito, o contrato administrativo é uma avença firmada entre Administração e o terceiro contratado, submetida ao regime jurídico de direito público, com obrigações impostas para ambas as partes, sendo lícita a fixação de prerrogativas administrativas em favor do interesse público, com as respectivas contrapartidas aptas a assegurar o equilíbrio do ajuste bilateral. No caso do termo de colaboração e do termo de fomento, há um acordo firmado entre o Poder Público e uma organização da sociedade civil com deveres assumidos por ambas as partes; embora haja o interesse comum na cooperação, é certo que o Poder Público busca o atingimento de determinados resultados e a entidade privada pretende usufruir dos incentivos viabilizados pelo Estado, sejam os mesmos de natureza econômica, pessoal, financeira ou patrimonial. A oposição dos objetivos perseguidos pelas partes evidencia a natureza contratual do vínculo, o que torna claro tratar-se, do ponto de vista jurídico, de um contrato administrativo, com a devida vênua das posições em sentido contrário.

As recentes e inovadoras formas contratuais que implicaram adoção de expressões diversas (contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração, termo de fomento, dentre outras) têm sua importância acentuada pelo processo de retração da atuação direta do Estado em múltiplos setores, com opção por instrumentos contratuais que estabelecem com sujeitos privados parcerias para viabilizar a melhor execução de atividades de interesse da sociedade. Requerem uma eficiente regulação normativa que estabeleça as balizas vinculantes dos sujeitos públicos e privados, de modo a viabilizar um mínimo de segurança jurídica para os contratantes, para o Estado e para a sociedade, quanto aos seus interesses primários. A doutrina vem reconhecendo que há searas em que, de fato, podem ser concretizadas as vantagens da consensualidade:



colaboração e cooperação de entidades sociais, modernização mediante a renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Poder Público, subsidiariedade e eficiência no exercício das competências estatais. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. (Coord.) *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 88) Especificamente no Terceiro Setor vislumbram-se benefícios que podem se concretizar se corretamente concebida e cumprida uma normatização adequada dos vínculos contratuais.

Fixadas tais premissas, certo é que nenhum vício decorre do fato de a União editar previamente diploma veiculando dispositivos que formatam o padrão das parcerias a serem firmadas com organizações civis da sociedade nas contratações a serem firmadas. Trata-se de matéria que exige tratamento uniforme na Administração direta e indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios. Daí a razoabilidade da edição de lei federal de âmbito nacional, com fulcro no artigo 22, XXVII da Constituição da República. Cumpre aferir, nesse contexto, a complementação normativa possível no âmbito do Estado, mediante edição de lei, exercício do poder regulamentar ou regulatório.

É certo que os aspectos dispostos na Lei Federal nº 13.019/2014 veiculadora de normas gerais relativas às parcerias com organizações da sociedade civil consubstanciam matérias que requerem detalhamento técnico pertinente aos vínculos firmados, com atenção às especificidades dos acordos a serem estabelecidos pela Administração após o chamamento público e aos detalhes operacionais de pagamento e gestão orçamentária de cada pessoa federativa. Nesse detalhamento capaz de operacionalizar os aspectos das normas gerais não se vislumbra, em princípio, necessidade de qualquer inovação legal específica pelo Estado além do que já está expresso na Lei Federal nº 13.019/2014. A pormenorização técnica das condições necessárias à operacionalização dos procedimentos estabelecidos no novo diploma consiste em mera especificação das obrigações e dos trâmites já estabelecidas na Lei Federal nº 13.019 (veiculadora de normas gerais, como já se explicitou).

De fato, matérias tratadas em legislação federal de âmbito nacional que traz de normas gerais exigem, em determinados casos, especificação, detalhamento e sua operacionalização. Esse é o caso das parcerias firmadas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil em regime de parceria tal como fixado na Lei Federal nº 13.019. Assim sendo, ao Chefe do Executivo, aos órgãos públicos e às entidades administrativas competentes das



diversas esferas federativas cabe editar atos regulamentares e regulatórios que viabilizem a concreção desse novo contexto de parceria já tratada pelo Poder Legislativo Federal, com a generalidade indispensável no caso.

Frise-se, portanto, que não se vislumbra necessidade de inovação legislativa pelo Estado, porquanto o tratamento veiculado em norma geral federal impõe o procedimento e instrumento basilares a ser observados na espécie, sendo necessário tão somente o exercício de discricionariedade técnica pelo Estado-membro (ou Município, ou Distrito Federal) para a edição da norma capaz de detalhar o modo de cumprimento dos procedimentos e instrumentos necessários à adequada execução da parceria. Em outras palavras: editadas normas gerais fixando o tratamento normativo básico das parcerias com as organizações da sociedade civil, sendo suficientes as definições legislativas de caráter nacional sobre a matéria vinculantes de todos os níveis federativos, a normatização específica que inclusive atenda às peculiaridades regionais resultará do exercício do poder regulamentar /ou regulatório em cada ente da federação, viabilizando a operacionalização da Lei nº 13.019/2014.

A atividade regulatória da Administração sofreu significativo incremento no século XXI. Não é somente nas leis aprovadas pelo Poder Legislativo que se encontra a regulação das necessidades sociais, mormente em se tratando de aspectos técnicos de natureza administrativa, inseridos na discricionariedade típica do Executivo. Como leciona o professor português João Caupers, a “diversificação e o alargamento da intervenção do Estado na vida colectiva, ultrapassados os pressupostos liberais, conduziu à dissociação entre os conceitos formal e material de lei. Por força das crescentes complexidade e tecnicidade das leis, os governos foram assenhorando da função normativa (...)”. (CAUPERS, João. Introdução ao direito administrativo. 7ª ed. Lisboa: Âncora, 2003. p. 205-206).

O que se verifica é o surgimento de novas formas de exercer a função normativa estatal. Isso porque consubstancia evolução marcante da Ciência Jurídica reconhecer como consequência das normas legais, a obrigação de o Estado agir mediante comportamentos positivos normativos e concretos que, sistematizados, concretizem o comando legislativo. Não há dúvida quanto ao dever de agir do Estado, sendo intolerável omissão pública que recuse a satisfação possível e efetiva das normas legais de regência.

Cumprido esclarecer que a atividade regulatória não é em nada incompatível com o princípio da reserva legal relativa e nem mesmo compromete



o fato de o Estado de Direito orientar-se pela legalidade. Clara é a posição de Márcio Louzada Carpena e Jaqueline Franceschetti:

“Ora, regular significa dirigir, encaminhar conforme a lei os aspectos econômicos das atividades, ou seja, ditar regras de execução dos serviços. Já fiscalizar, por sua vez, significa vigiar, velar, syndicar, verificar, examinar. (...) Regular diz respeito, pura e simplesmente, ao encaminhamento de regras para melhor cumprir as leis já existentes.” (CARPENNA, Márcio Louzada e FRANCESCHETTI, Jaqueline. Responsabilidade de concessionárias de serviço público de energia elétrica por danos decorrentes de descargas atmosféricas. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 841, p. 120)

Considerando que a parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil encontra-se expressamente disposta na legislação de regência (Lei Federal 13.019/2014), com fundamento na competência da União para editar normas gerais (artigo 22, XXVII da CR), é certa a competência do Estado para, através de regulamentos do Governador ou de atos regulatórios (portarias, instruções, resoluções) dos órgãos públicos, fixar os critérios técnicos que operacionalizem a regra legal de baixa densidade normativa.

Afinal, a doutrina reconhece ser legítimo que a Administração Pública adote as medidas necessárias, inclusive de natureza normativa, quando essencial para dar cumprimento às obrigações que lhe foram impostas pela Constituição e demais normas legais:

“Não é demais lembrar Rui Barbosa, que afirmava que a cada um dos órgãos da soberania nacional corresponde implicitamente o direito ao uso dos meios necessários e dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhes é conferida pela constituição quando, obviamente, tal atribuição não for vedada expressamente pelo Texto Constitucional. Isso quer dizer que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos os meios necessários para a sua execução e que não tenham sido proibidos pela Constituição.

Nada mais lógico, portanto, que, para se desprender da desídia do legislador ordinário, deva à Administração Pública no exercício legítimo da sua competência regulamentar,



expedir os atos normativos necessários para associar a Administração Pública ao processo de implementação do modelo constitucional de Estado Bem-Estar.

(...)

A edição de decretos regulamentares autônomos no domínio da administração de prestações não implica a subversão das fontes no direito administrativo. Primeiro, porque o regulamento conserva o seu grau hierárquico inferior. Segundo, porque não pode ele contrariar os princípios gerais de direito administrativo.” (BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011)

O doutrinador Robertônio Santos Pessoa afirma que as leis que viabilizam o labor regulatório são, via de regra, leis de baixa densidade normativa, o que confere aos órgãos e entidades públicas margem de discricionariedade administrativa. Neste contexto, a expressão discricionariedade técnica vem sendo utilizada para designar situações em que determinadas decisões administrativas devem basear-se em critérios técnicos não previstos em lei. Tal discricionariedade envolve, portanto, uma margem de liberdade para escolha da solução ou alternativa técnico-científica cabível diante de um dado contexto concreto e, segundo Robertônio Pessoa, não pode ser encarada como realidade extrajurídica, mas antes como algo que se insere no processo de gestão dos interesses públicos. “Hoje, em face do dinamismo científico e tecnológico, a discricionariedade regulamentar, admitida expressa ou implicitamente por lei, resulta da consideração de que a disciplina de uma relação jurídica ou de um setor da realidade social deve fazer-se muitas vezes segundo critérios técnico-científicos, variando as soluções admissíveis inclusive em face do progresso futuro.” (PESSOA, Robertônio Santos. Administração e regulação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 151)

De fato, de um sistema jurídico de fechado e auto-suficiente passamos para um sistema aberto, permeado por valores juridicizados, ensejando uma interpretação constitucional pluralista. Como pondera a doutrina atual, há uma crise do poder de determinação da lei que passa a ser apenas a “primeira palavra” no processo de produção de normas, o qual se abre progressivamente à complementação das instâncias de aplicação, quer o administrador, quer o judiciário. A lei, então, “atua, em suma, como *ponto de partida*, ao se formular



como programa final, como ‘regulação de procedimentos’ ou como ‘marco de ordenação’, voltando-se prioritariamente a formulações abertas”. Daí se dizer que “O direito, agora dúctil, provoca a perda do protagonismo do legislativo e a crescente produção normativa da Administração para regular a complexa evolução social e tecnológica.” (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012, p. 29-31)

Surgem novas formas de exercer a função normativa estatal. Reconhece-se que na perda da centralidade política da produção normativa a origem do processo de “administrativização do Direito Público”. Assim, além da clássica atividade do Legislativo, o Poder Executivo, inclusive através do seu Chefe, também dita regras que tratam das relações jurídicas firmadas entre os cidadãos e entre estes e o Estado. O legislador, além do distanciamento face aos casos concretos da vida social, sujeita-se à impossibilidade de previsão absoluta e à inconveniência de previsão completa das situações, mormente em situações concretas sujeitas a inúmeros dados complexos, inclusive de outras ciências, como a proteção ambiental e a operacionalização da sustentabilidade.

A complexidade técnica da sociedade moderna e o déficit cognitivo que traz tornam a atuação do legislador incapaz de regular e de controlar os graves e imprevisíveis riscos por ela produzidos, seja por falta de conhecimento técnico, seja pela morosidade do processo legislativo:

“O Legislador, nesse contexto, deve regular com um grande nível de abstração e deve preferentemente fixar a finalidade as prioridades da segurança técnica. Recai sobre o Executivo, por conseguinte, a tarefa de lidar com a incerteza no direito: ‘Ao Executivo se transfere a concretização normativa das diretrizes jurídicas e a análise e a valoração dos riscos no caso concreto’.” (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 60-61)

A transferência à Administração da tarefa regulatória dá-se pela maior proximidade de questões fáticas que ao direito cumpre regular, sendo claro que suas formas de atuação jurídica são mais dinâmicas e flexíveis, além de capazes de lidar com normatização necessariamente prospectiva. É assim que o poder regulamentar da Administração ganha maior espaço na interpretação, ponderação e concretização das normas emanadas pelo Legislativo, muitas delas



principiológicas, e com isso a rápida resposta à multiplicidade de situações distintas e à adaptação ao incerto e imprevisto. (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 123-124)

Trata-se de uma transformação relevante não só na visão do papel do Legislativo, mas também do Poder Executivo que assume novas e importantes responsabilidades, devendo honrá-las e bem executá-las. Originariamente o Executivo encontrava-se envolto em uma carga de desconfiança e de ressentimento, sendo mero executor da lei emanada da vontade geral que limitava as possibilidades da Administração. Pode-se afirmar que, no século XIX, a segurança e estabilidade estavam centradas no fato de se predeterminar as situações empíricas, com normatização legal das mesmas. Já no século XX o Parlamento, se apto a regular o Estado mínimo, não se mostrou capaz de abarcar - com suas decisões legislativas - as necessidades sociais, econômicas e culturais que se impunham no Estado Social, ou de responder à complexidade e insegurança do Estado Democrático e todas suas variações. “O poder legislativo perde a sua centralidade e dá lugar a que o Executivo assuma um papel de destaque na realização do direito, sob o viés, agora, não impositivo ou arbitrário, mas essencialmente democrático, participativo e consensual.” A atividade administrativa não reside propriamente na mera e pura execução da lei, mas no atendimento da finalidade pública e do interesse público primário dentro dos limites da legalidade. E a legalidade, por sua vez, não se define uma referência à estrita observância da lei formal, mas ao ordenamento como um todo, ao Direito como totalidade sistemática aberta:

“Enfim, a impossibilidade de o legislador determinar previamente todas as situações de conflito ou de necessidade de atuação subsidiária da Administração, aliada a um franco movimento de constitucionalização do direito administrativo, abre zonas de indeterminação que demandam do administrador a sua integração e o sopesamento das diferentes situações que se lhe apresentam. O sentido da legalidade, então, é o fixar diretrizes abertas ao preenchimento de normas pelos aplicadores do direito, máxime pelos instrumentos de participação e de ponderação que levam à inevitável flexibilização da lei.” (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 157-160)



Daí autores como Alejandro Nieto afirmarem que a Administração não se limita a executar a lei, mas participa da produção normativa – a execução não é mecânica, mas seletiva. O processo de “produção normativa” é marcado por uma série de quebras à suposta exclusividade do legislador. Primeira, na hora de expressar-se a vontade popular pelo Legislativo, como conseqüência dos filtros e limitações próprios de uma sociedade pluralista. Depois, como conseqüência da atuação da mesma mecânica no interior da Administração, marcada ainda pela existência de um novo grupo social e centro de poder: a burocracia, que também intervém no processo de produção normativa. Isso relativiza dois esteios do Estado Liberal: a) a vontade geral é soberana, o que justificaria que o Legislativo, no qual se abrigam os representantes do povo, teria nítida prevalência sobre o Executivo; b) a lei é expressão de uma vontade geral, posta pelo Parlamento como valor absoluto e incontrastável em razão de sua legitimidade democrática. “Essa a conclusão parcial a que se chega: *apesar da entronização e do culto à lei como produto formal oferecido aos cidadãos pelo Legislativo, na verdade a participação do Executivo nesse processo não autoriza falar-se em uma separação de funções pura, asséptica.*” (MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 46-47) Também o doutrinador português Paulo Otero aquiesce que a Administração Pública desempenha, por tudo isso, um papel ativo na definição do próprio Direito que aplica, filtrando a juridicidade heterovinculativa: “o sentido da legalidade vinculativa da Administração Pública, acabando por ter a sua aplicabilidade, a respectiva interpretação e densificação concretizadora, além da resolução dos seus conflitos normativos que suscita, determinadas pelos órgãos a que se destinava a pautar a conduta, encontra mais nas mãos da própria Administração do que na vontade do legislador.” Nesse contexto, a Administração Pública passa aqui a gozar de um duplo conjunto de tarefas, além da atividade de prossecução do interesse público típica da função administrativa, tem agora de desenvolver uma nova tarefa que, sendo lógica e em momento temporal anterior, visa determinar ou encontrar a normatividade que irá pautar aquela sua intervenção decisória típica.” (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 700-701)

Especificamente quanto à densificação dos critérios capazes de indicar como operacionalizar os procedimentos relativos às parcerias entre Poder Público e organizações da sociedade civil, trata-se claramente de matéria técnica que implica conteúdo de gestão especializada, dinâmica, mutante e complexa, o que exige normatização pelo Chefe do Executivo de cada esfera federativa ou pelo órgão próprio da Administração Pública, em conformidade com as realidades institucionais a que se destina, inclusive de natureza orçamentária e contábil.



Tratando-se do exercício de pormenorização técnica de uma regra legal de âmbito nacional, sequer é necessária uma autorização expressa do ordenamento para o seu exercício, embora a Lei Federal nº 13.019/2014 o tenha feito em diversos dispositivos (ex: artigos 14, 58, 87). O fato de a matéria veiculada por norma geral não ter sido objeto de tratamento técnico exaustivo, evidencia a potestade administrativa regulamentar e regulatória, com submissão aos limites principiológicos de regência.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, invocando o ensinamento de Hely Lopes, que o ordenamento jurídico brasileiro prestigia o regulamento autônomo, cuja função é a de “suprir as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo, preenchendo, assim, o vazio da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração”. (REsp nº 6.234-DF, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma do STJ, DJU de 06.04.1998, p. 21)

Nesse contexto, o Chefe do Executivo, os órgãos, as demais autoridades e as entidades públicas detêm um poder-dever quando do exercício da sua competência, inclusive de natureza normativa. Também essa é irrenunciável e intransigível, não podendo ser objeto de pactos ou acordos, nem mesmo normas que lhe comprometam ou reduzam o exercício. Não há renúncia possível, pois não é legítimo abdicar da titularidade de uma competência prevista constitucionalmente em dispositivo em vigor. Também não se admite excluí-la por procedimento diverso, como a simples omissão. Reconhecer a competência normativa em determinada seara não consagra “privilégio” ou “faculdade”. Não se trata de favor que pode ser utilizado, ou não, conforme a livre vontade do legislador ou do administrador. Trata-se de dever vinculante a ser cumprido de modo imperativo e unilateral (ideia de função).

Há, portanto, um dever de ação do Estado que o obriga a agir mediante comportamentos positivos que, sistematizados, concretizem os comandos legais. Mesmo quando há discricionariedade de conteúdo, como no caso do dever de editar normas regulatórias das parcerias firmadas entre o Estado e as organizações da sociedade civil, as atribuições são vinculadas quanto ao dever de agir. Hodiernamente, vem ganhando força na própria estrutura do Poder Público o inconformismo com a inércia e letargia relativas ao exercício das competências estatais, inclusive as de natureza normativa. Tornou-se evidente que, por vezes, a omissão ou a insuficiência trazem consequências mais desastrosas que a atuação positiva irregular no tocante às formalidades administrativas. Não se desconhece a difícil situação a que se sujeitam os Chefes do Executivo e os



diversos órgãos da Administração, com claro excesso de demandas e insuficiência de estrutura apta ao atendimento de todas as necessidades. Entretanto, referido contexto não traz consigo autorização implícita para o não-cumprimento da atribuição normativa pública, mormente aquela destinada a operacionalizar regra que trata de obrigação relacionada com parcerias relativas a setores essenciais para a sociedade e que exige tratamento objetivo o mais celeremente possível, sob pena de paralisação de inúmeros projetos. A própria exigência de proporcionalidade e de tempestividade veda omissões contínuas que podem comprometer a eficiência pública.

O órgão ou autoridade que normatiza uma matéria vincula-se à lei em uma dimensão positiva e negativa: sob o aspecto positivo, ele tem o dever de criar normas para assegurar proteção suficiente ao direito, garantindo exequibilidade e conferindo eficácia prestacional ao mesmo; sob o aspecto negativo, está proibido de produzir normas contrárias às normas legais em vigor, ou seja, não pode haver violação por meio de produção normativa, o que redundaria na proibição de alterar normas existentes de modo a aniquilar ou comprometer a eficácia dos direitos consagrados nas normas legais. A margem de liberdade inerente à discricionariedade técnica não se refere a normatizar ou não, a concretizar os direitos ou não, mas tão somente pode se referir ao *como* e ao *quando*, com limitações constitucionais e legais, tendo em vista que o conteúdo material é extraído da deliberação da maioria parlamentar.

Sobre omissão, Reinaldo Pereira Silva explicita que ela pode resultar não de simples negativo de não fazer, mas pode se estar diante de um não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava obrigado pela lei e normas constitucionais. O autor refere-se às omissões normativas que podem decorrer da não edição (omissão total) ou edição insuficiente (omissão parcial), bem como às omissões administrativas, presentes se a inércia da Administração Pública implica esvaziamento do significado das imposições do ordenamento. (SILVA, Reinaldo Pereira. Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade. Boletim de Direito Administrativo, ano XXVI, nº 1, jan. 2010, p. 10-12)

Observe-se que, no exercício da competência para normatizar determinada matéria, deve-se atentar para a proibição de insuficiência (*Untermassvrobot*) cujo objetivo é evitar uma lacuna de proteção generalizada capaz de comprometer a exigência de uma realização eficiente dos direitos em questão. (QUEIROZ, Cristina. O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 104-105) Quando se fala em parâmetro mínimo de



eficácia, segundo a proporcionalidade, impõe-se a insuficiência de prestações materiais, normativas, procedimentais etc.

É nesse contexto que se entende necessária a edição de norma que regulamente, para efeito de objetivação e concreção, as parcerias entre o Poder Público estadual e as organizações da sociedade civil, agora sob um novo modelo normativo veiculado na Lei Federal nº 13.019/2014. O exercício de tal atribuição concretizará uma Administração Pública legítima, eficaz e comprometida com o cumprimento dos comandos legais de regência, exatamente como espera a doutrina pátria. (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23) Evita-se o que Marçal Justen Filho nomeou Direito Administrativo do Espetáculo, presente quando proliferam institutos e interpretações descolados da realidade, capazes de produzir um arcabouço teórico-normativo imaginário, sem implantação efetiva de valores já positivados e sem capacidade efetiva de interferir na realidade fática. No lugar de princípios e normas destituídos de efetivo conteúdo material, elimina-se a regularidade imaginária e se torna concreta e processualizada a atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Direito Público. a. 9. n. 100, junho de 2009, p. 145, 149 e 152)

Destarte, afigura-se clara a necessidade de o Chefe do Executivo por meio de Decreto veicular regulamento que normatize os aspectos técnicos da Lei Federal nº 13.019/2014 de modo a viabilizar a formatação, execução, pagamento e controle das parcerias entre o Poder Público estadual e as organizações da sociedade civil, com atenção à realidade local. Admite-se, se for o caso, para atender eventuais especificidades técnicas de searas individualizadas da estrutura do Estado, que órgãos e as entidades administrativas editem atos regulatórios com estrita observância dos limites legais.

Nessa porfia, é clara a pertinência da elaboração de minuta de Decreto que veicule regulamento o qual normatize as especificidades técnico-administrativas das parcerias entre o Poder Público estadual e organizações da sociedade civil. Ademais, nas hipóteses em que se mostre necessário, cabe a edição de atos regulatórios (portarias, instruções, circulares, resoluções) pelos órgãos públicos e pelas entidades administrativas estaduais que necessitem regrar peculiaridades da seara em que atuam, inadmitindo-se qualquer ofensa ao texto constitucional ou às regras legais de regência.



3) Prorrogação das parcerias celebradas entre o Estado e organizações da sociedade civil antes do início da vigência da Lei Federal nº 13.019/2014

Sobre a segunda questão apresentada quanto ao artigo 83 da Lei Federal nº 13.019/2014, mais especificamente sobre as prorrogações de prazo, tem-se a seguinte redação do dispositivo:

“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.

§ 1º A exceção do que trata o caput, não se aplica às prorrogações de parcerias firmadas após a promulgação desta Lei, exceto no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento, exclusivamente para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública.

§ 2º Para qualquer parceria referida no caput eventualmente firmada por prazo indeterminado antes da promulgação desta Lei, a administração pública promoverá, em prazo não superior a 1 (um) ano, sob pena de responsabilização, a repactuação para adaptação de seus termos a esta Lei ou a respectiva rescisão.”

Se o “caput” do artigo 83 estabelece que as parcerias firmadas anteriormente ao início da vigência da Lei Federal nº 13.019 permanecem sujeitas à normatização prévia, o § 1º do artigo 83 fixa uma regra diversa quando se trata de prorrogar as parcerias. Ao prescrever “A exceção do que trata o caput, não se aplica às prorrogações de parcerias firmadas após a promulgação desta Lei” o que determina é que, se for preciso prorrogar após a promulgação da Lei Federal nº 13.019/2014 uma parceria que tenha sido firmada antes do início da vigência da referida lei, não incide a normatização anterior ao novo diploma. Consequentemente, a prorrogação deverá respeitar as regras da nova lei, mesmo tendo a parceria originária firmada antes do início da sua vigência. E se as regras da Lei Federal nº 13.019 atingem as prorrogações de parcerias firmadas antes do início da vigência lei, para que a prorrogação ocorra é preciso observar as exigências fixadas no novo diploma.

Discute-se aqui, claramente, uma questão de Direito Intertemporal que assume relevância diante da possibilidade de um acordo firmado sob



determinada normatização ser prorrogado após já ter sido editado um novo diploma que tratou de modo diverso uma determinada matéria. Sobre essa realidade observa Fernando Noronha:

“No âmbito do Direito Intertemporal, preocupado com as conseqüências da mudança de legislação sobre fatos da vida real, não haverá interesse em considerar a repercussão dessa mudança sobre todos e quaisquer fatos ou situações jurídicas. Primeiro, não terão interesse os fatos passados que estiverem definitivamente extintos, não sendo mais possível alterar sequer as conseqüências jurídicas que tiverem produzida. A lei nova nunca poderá ser-lhes aplicável: não se pode ressuscitar o que estiver morto e sepultado. Por outro lado, também não terão interesse as situações jurídicas e os fatos que surgirem somente após a lei nova, sem nenhum ponto de contato com situações e fatos anteriores. São casos aos quais a lei revogada nunca poderia ser aplicável.” (NORONHA, Fernando. Indispensável Reequacionamento das Questões Fundamentais de Direito Intertemporal *in* Revista dos Tribunais, v. 837, p. 57)

O autor reconhece que há fatos que surgem após a lei nova mas que acontecem no desenvolvimento de situações constituídas anteriormente, sendo necessário definir qual a consequência jurídica será admitida, visto que “Os fatos novos que cabem nesta categoria são presentes, se forem considerados em relação à lei agora vigente, mas serão fatos futuros, quando considerados em relação à lei anterior.” Analisando especificamente a situação da nova lei, distingue a prospectividade, retrospectividade, retroatividade e pós-atividade, “*in verbis*”:

“Ora, como vamos ver, cada lei deverá ser aplicável aos fatos novos que acontecerem no seu tempo (*prospectividade*) e em princípio será também ela que deverá reger os efeitos que sejam produzidos no seu tempo por situações vindas do tempo anterior (*retrospectividade*); no entanto, pode também acontecer que uma lei modifique as conseqüências jurídicas que já haviam sido produzidas por fatispécies completadas antes de ela haver entrado em vigor (*retroatividade*), ou que seja aplicável a fatispécies que, sendo compostas em parte por fatos do seu tempo, somente se ultimarão após ela ter sido substituída por uma nova lei (*pós-atividade*).” (NORONHA,



Fernando. Indispensável Reequacionamento das Questões Fundamentais de Direito Intertemporal, op. cit., p. 61)

Analisando esses conceitos doutrinários, é certo que a Lei Federal nº 13.019 fixou no artigo 83, § 1º uma situação de retrospectividade, porquanto determinou a submissão à nova lei das prorrogações que se pretenda de parcerias firmadas anteriormente a esse novo diploma; assim sendo, a nova lei regerá fatos e resultados produzidos no tempo de sua vigência mas oriundos de situações vindas de uma época anterior. A própria doutrina reconhece a dificuldade em atribuir eficácia a situações com essa natureza:

“Na retrospectividade, que das quatro figuras de aplicação da lei no tempo é sem dúvida a mais complexa e mais importante no Direito Intertemporal, mas que quase não tem sido objeto de estudos, a lei nova limita-se a estatuir uma regulamentação válida só para o presente, ainda que aplicável a fatos que vêm do passado; é como se nela se dispusesse: ‘a partir desta data os novos efeitos jurídicos que serão produzidos passarão a ser os seguintes’. Portanto, aqui temos incidência da lei nova apenas *ex nunc* (ou seja, ‘a partir de agora’), ainda que sobre fatos que vêm do passado. Na maioria dos casos tais fatos passados vão integrar fatispécies que se completam ao tempo da lei nova e que vão produzir efeitos de acordo com esta; noutros casos, porém, temos toda uma fatispécie que era reconhecida ao tempo da lei revogada e à qual a nova simplesmente nega a possibilidade de produção de quaisquer novos efeitos (o que significa que a *lex superveniens* extingue a situação jurídica anterior, a qual, no entanto, ainda é um fato presente no momento em que a nova lei entrou em vigor).”
(NORONHA, Fernando. Indispensável Reequacionamento das Questões Fundamentais de Direito Intertemporal, op. cit., p. 62)

A essas considerações cumpre acrescer que no âmbito do Direito Administrativo, especificamente quanto aos procedimentos e contratos administrativos, não existe direito adquirido à imutabilidade das regras integrantes do regime jurídico de direito público que os normatiza. Assim sendo, se uma dada expectativa não se incorporou definitivamente no patrimônio do interessado e um novo diploma legal estabelece requisitos sem os quais não se reconhecerá um direito específico, nenhum equívoco existe em assegurar a



incidência das novas normas até mesmo com eventual recusa do direito pretendido se ausente as condições legais requeridas para tanto.

Nas relações contratuais de direito administrativo, somente estão protegidos de mutações legislativas os direitos e as obrigações que, adquiridos, já integrem o patrimônio jurídico da parte ou aqueles protegidos por coisa julgada ou ato jurídico perfeito; caso contrário, está-se diante de mera expectativa que, à obviedade, pode ser atingida pela alteração do regime jurídico administrativo decorrente da edição de um novo diploma legal. Por conseguinte, nenhuma entidade parceira de um ente federativo poderá pretender blindagem em face de um diploma legal superveniente que pretenda disciplinar as prorrogações realizadas já sob sua vigência. Isso principalmente quando há regra que mantém os vínculos contratuais originais da parceria sujeitos, como regra, ao ordenamento anterior, limitando-se a submeter as prorrogações que se pretenda firmar posteriormente ao início da vigência da nova lei aos ditames dela. Nesse contexto, seria teratológico falar em direito adquirido à prorrogação nos termos das regras anteriores, pois a nova lei limita-se a atingir uma situação vindoura aos seus ditames, qual seja, eventual prorrogação quando já se mostra clara a sua plena vigência. Nenhum vício se entrevê, sequer à luz da segurança jurídica, quanto à viabilidade de se promover alteração legislativa de efeitos imediatos para prorrogações desejadas no que tange a situação em curso. O novo diploma deve ser aplicado de imediato caso se pretenda continuidade da relação constituída como vínculo de parceria, excluída a possibilidade de se falar em direito adquirido a regime anterior.

Assim sendo, as prorrogações de parcerias celebradas já sob a égide da Lei Federal nº 13.019 submetem-se a esse diploma uma vez que as próprias parcerias estarão sujeitas, “ab initio”, às regras da citada Lei Federal nº 13.019/2014. À obviedade, seria impossível que a prorrogação de uma parceria submetida a uma lei não estivesse sujeita a essa mesma lei vigente, máxime se ausente dispositivo de lei em sentido diverso no ordenamento. Quanto às parcerias firmadas anteriormente ao início da vigência do novo diploma legal, cumpre atentar que o § 1º do artigo 83 expressamente afastou a possibilidade de se manter a observância da legislação anterior tal como previsto no “caput”; consequentemente, devem cumprir as exigências do novo diploma legal para serem prorrogadas, numa clara e inexpugnável situação de retrospectividade.

A única exceção que a Lei nº 13.019/2014 estabeleceu submetendo a prorrogação de uma parceria ao ordenamento anterior ao início da sua vigência foi “no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento, exclusivamente



para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública”. Nesta hipótese específica não se aplica à prorrogação da parceria os ditames da Lei nº 13.019/2014, mas sim o ordenamento que incidiu quando da parceria originária que será prorrogada de ofício com base em previsão legal ou regulamentar e apenas porque ocorreu atraso administrativo para liberar os recursos.

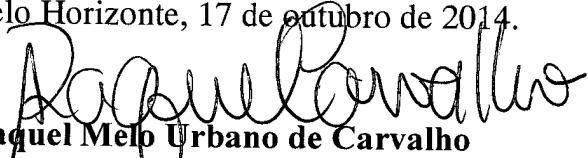
Conclusão

Com fulcro em tais ponderações, *opino pela necessidade de o Governador do Estado por meio de Decreto veicular regulamento que normalize os aspectos técnicos da Lei Federal nº 13.019/2014* de modo a operacionalizar e detalhar especificidades da formatação, execução, transferência de recursos e controle das parcerias entre o Poder Público estadual e as organizações da sociedade civil, admitindo-se, se for o caso, que órgãos e as entidades administrativas estaduais editem atos regulatórios com estrita observância dos limites legais, para atender eventuais peculiaridades de searas individualizadas da estrutura do Estado.

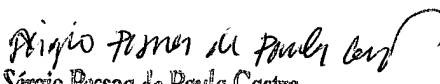
Entendo, cumulativamente, que parcerias firmadas anteriormente ao início da vigência da Lei Federal nº 13.019/2014, para serem prorrogadas após a promulgação do novo diploma, devem cumprir as exigências legais da referida Lei Federal nº 13.019, visto que o § 1º do artigo 83 expressamente afastou a possibilidade de se manter a observância da normatização anterior neste caso, numa clara situação de retrospectividade. A única exceção a esse preceito é a prorrogação de ofício que seja prevista em lei ou regulamento, exclusivamente na hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública, por expressa determinação da parte final § 1º do artigo 83 da Lei Federal nº 13.019/2014.

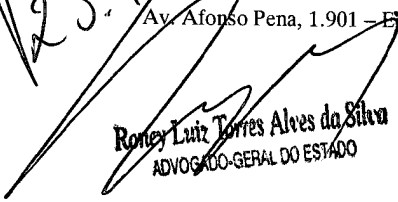
À consideração superior.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2014.


Raquel Melo Urbano de Carvalho
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

"APROVADO EM 23/10/14"


Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Horizonte - MG - CEP. 30130-004
Masp.: 597.222-8 - OAB/MG 62.377


Ronney Luiz Torres Alves da Silva
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO