

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito/Programa de Pós-Graduação

Madson Alves de Oliveira Ferreira

GOVERNANÇA CONTRATUAL POR INTERMÉDIO DO TERCEIRO
SETOR: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias

BELO HORIZONTE

2023

Madson Alves de Oliveira Ferreira

GOVERNANÇA CONTRATUAL POR INTERMÉDIO DO TERCEIRO
SETOR: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

F383g Ferreira, Madson Alves de Oliveira
Governança contratual por intermédio do terceiro setor [manuscrito]:
critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias / Madson Alves de
Oliveira Ferreira. - 2023.
158 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 152-158.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Administração pública - Teses.
3. Organizações não-governamentais - Teses. 4. Contratos administrativos -
Teses. I. Dias, Maria Tereza Fonseca. II. Universidade Federal de Minas
Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.712



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO MADSON ALVES DE OLIVEIRA FERREIRA

Realizou-se, no dia 08 de maio de 2023, às 14:30 horas, Faculdade de Direito UFMG, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *GOVERNANÇA CONTRATUAL POR INTERMÉDIO DO TERCEIRO SETOR: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias*, apresentada por MADSON ALVES DE OLIVEIRA FERREIRA, número de registro 2021656025, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias - Orientador (UFMG), Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Tarso Cabral Violin (UFPR).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 95 (noventa e cinco).

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2023.

Prof(a).  Maria Tereza Fonseca Dias (Doutora) Nota 95 (noventa e cinco).

Documento assinado digitalmente



DANIELA MELLO COELHO HAIKAL

Data: 15/05/2023 10:22:01-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Doutora) Nota 95 (noventa e cinco).



Prof(a). Tarso Cabral Violin (Doutor) Nota 95 (noventa e cinco).

AGRADECIMENTOS

O início do meu mestrado coincide, quase exatamente, com o nascimento da minha filha Beatriz. Como todos sabem, os primeiros meses de um recém-nascido são desafiadores, seja pelo trabalho intenso, seja pela absoluta privação de sono. Noutra giro, cursar mestrado na Faculdade de Direito da UFMG tampouco é tarefa fácil, muito pelo contrário, exige-se grande esforço e dedicação.

A conciliação destas tarefas, ser pai, mestrando e procurador do Estado, exigiu enorme esforço para a conclusão deste trabalho, o qual não poderia ser realizado sem rede de apoio.

Assim, agradeço a Deus por conceder muito mais do que imaginava alcançar, principalmente pela minha família.

À Mariana, agradeço por ser minha companheira dos momentos bons e ruins e, principalmente, por me apoiar e nunca ter permitido que a desistência deste trabalho fosse uma opção.

À Beatriz, por ser tudo na nossa vida e fonte inesgotável de felicidade.

Agradeço, também, aos meus pais, José Alves e Maria das Graças, pelo apoio incondicional de sempre. Às minhas irmãs, Gisele e Patrícia, e aos meus sobrinhos, Maria Eduarda, João Pedro e Erick por trazerem sempre alegria para a nossa vida.

Em especial, agradeço à professora Maria Tereza Fonseca Dias pela dedicação e comprometimento no desenvolvimento desta dissertação e, sobretudo, pela empatia no ato de ensinar.

Aos colegas da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, pela partilha de ensinamentos e, também, aos assessores com quem tive a oportunidade de trabalhar nestes últimos anos.

Aos amigos do Colégio Santa Maria, pelos longos anos de convivência, e aos amigos da Faculdade de Direito da UFMG.

Agradeço, por fim, a todos os familiares sempre presentes na nossa vida.

RESUMO

Este estudo tem por objeto a definição de critérios jurídicos para a escolha do regime jurídico mais adequado para que sejam firmadas parcerias com o terceiro, tendo em vista a pluralidade de modelagens e respectivos atos normativos que disciplinam o tema. Nesse sentido, verifica-se a coexistência das Leis nº 14.133, de 1º de abril de 2021, nº 13.019, 31 de julho de 2014, nº 9.790, de 23 de março de 1999, e nº 9.637, de 15 de maio de 1998, havendo, outrossim, diversos instrumentos para a celebração das sobreditas parcerias. Desse modo, o presente trabalho visa a traçar, de forma objetiva, critérios para a escolha do instrumento e, por conseguinte, do regime jurídico dentre os acima arrolados, dando concretude ao conceito de governança contratual adotado como referencial teórico do estudo. Para o desenvolvimento do trabalho foi necessária a análise da natureza jurídica destes vínculos, porquanto o estabelecimento de critérios teve como pano de fundo a governança contratual que deve presidir a relação do Estado com diversos atores que participam de atividades de interesse coletivo. A vertente metodológica utilizada foi a jurídico-dogmática e os tipos de pesquisa utilizados foram jurídico-comparativo e jurídico-interpretativo. Como vetores para a definição dos critérios propostos foi realizado estudo para verificar se as parcerias com o terceiro setor podem ser classificadas, invariavelmente, como atividade de fomento ou se elas podem, também, permitir a delegação de serviços públicos. Concluiu-se que mesmo diante da pluralidade de regimes jurídicos existentes, a partir da análise do próprio ordenamento jurídico e dos motivos expostos para a celebração dos referidos vínculos foi possível definir e indicar as características de cada modelo de parceria, que poderão ser utilizados como critérios para a escolha do regime jurídico visando a governança contratual.

Palavras-chave: Parcerias da Administração Pública com o Terceiro Setor; Organização Social (OS); Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP); Organização da Sociedade Civil (OSC) Governança por contratos; Regime Jurídico.

ABSTRACT

This study aims to define legal criteria for choosing the appropriate legal framework for partnerships between Public Authorities and third sector organizations, in view of the plurality of statutory acts that deal with the subject. In this sense, there is the coexistence of the Acts n° 14.133, of April 1, 2021, n° 13.019, of July 31, 2014, n° 9.790, of March 23, 1999, and n° 9.637, of May 15, 1998, there are also several instruments to enter into a the aforementioned partnerships. Thus, this paper has the purpose to outline criteria for choosing the instrument and, consequently, the legal regime among those listed above, in order to materialize the contractual governance. In order to fulfill the scope of the research, it was necessary to analyze the legal nature of these relationships, since the establishment of criteria had as a backdrop the contractual governance that should preside over the State's relationship with the various no government organizations that participate in the activities of public interest. As vectors for defining the proposed criteria, the study was carried out to verify whether partnerships with the third sector can be classified, invariably, as a public finance activity or whether they can also be considered public utilities. The methodological approach was legislation analysis by means of legal-comparative and legal-interpretive perspectives. It was concluded that despite the plurality of existing legal framework, by analyzing the legal system itself and the reasons exposed for the celebration of such partnerships, it was possible to define and indicate the characteristics of each partnership model, which can be used as criteria for choosing the legal regime aimed at contractual governance.

Key-words: Partnerships between Public Authorities and Third Sector Organizations; Non-Governmental Organizations; Contracting Governments

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | NATUREZA JURÍDICA DAS PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR . | 14 |
| 2.1 | Conceitos preliminares | 14 |
| 2.2 | Classificação de atos jurídicos realizada por Duguit..... | 17 |
| 2.2.1 | Ato-regra, ato-condição e ato subjetivo | 18 |
| 2.2.2 | Atos plurilaterais: ato coletivo, união e contrato | 19 |
| 2.3 | Parcerias com o terceiro setor como ato subjetivo..... | 20 |
| 2.4 | Da divergência de interesses nas parcerias com o terceiro | 22 |
| 2.5 | Da natureza contratual dos atos coletivos..... | 29 |
| 2.6 | Os convênios como contrato administrativo..... | 32 |
| 2.6.1 | Teorias que negam a existência do contrato administrativo..... | 34 |
| 2.6.2 | Teorias que defendem a existência do contrato administrativo | 35 |
| 2.6.3 | Conceito de contrato administrativo | 38 |
| 2.6.4 | Contrato de Gestão | 40 |
| 2.6.5 | Termo de Parceria | 48 |
| 2.6.6 | Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação..... | 51 |
| 2.6.7 | Convênios..... | 57 |
| 3 | GOVERNANÇA POR CONTRATOS | 63 |
| 3.1 | Modelos de Administração Pública | 63 |
| 3.2 | Administração burocrática | 63 |
| 3.3 | O movimento da New Public Management | 66 |
| 3.4 | A reforma administrativa no Brasil e o Programa de Publicização sob o modelo da administração gerencial..... | 68 |
| 3.5 | Delineamentos da New Public Governance | 71 |
| 3.6 | Governança por contratos..... | 76 |
| 4 | PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR: DO FOMENTO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 81 |
| 4.1 | Conceito de terceiro setor | 81 |
| 4.2 | Atividade de fomento | 86 |
| 4.3 | Análise do objeto das parcerias: fomento ou prestação de serviços públicos?. | 89 |
| 4.3.1 | Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: Contrato de Gestão | 89 |
| 4.3.2 | Análise da ADI 1923, julgada pelo Supremo Tribunal Federal | 92 |
| 4.3.3 | Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: Termo de Parceria | 99 |

| | | |
|-------|--|------------|
| 4.3.4 | Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014: Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação | 103 |
| 4.3.5 | Lei 14.133, de 01 de abril de 2021: Convênios..... | 108 |
| 5 | CRITÉRIOS PARA A ADOÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS | 110 |
| 5.1 | Dos motivos para adoção das parcerias com terceiro setor | 110 |
| 5.2 | Regime jurídico da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 | 114 |
| 5.3 | O Contrato de Gestão como delegação de serviços públicos..... | 118 |
| 5.4 | Semelhança entre o Contrato de Gestão e a Concessão Administrativa | 121 |
| 5.5 | Regime jurídico da Lei nº9.790, de 23 de março de 1999..... | 125 |
| 5.6 | Regime jurídico da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014..... | 130 |
| 5.6.1 | Termo de Colaboração | 136 |
| 5.6.2 | Termo de Fomento | 144 |
| 5.6.3 | Acordo de Cooperação..... | 145 |
| 5.7 | Lei 14.133, de 1º de abril de 2021..... | 146 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 148 |
| | REFERÊNCIAS..... | 152 |

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com o movimento da *New Public Management*, houve expansão dos vínculos do Estado com entidades do terceiro setor¹, precipuamente pelo reconhecimento de um espaço público não-estatal.² Nesse sentido, diversos diplomas normativos foram sendo positivados na ordem jurídica, sem diretrizes bem delineadas para a utilização de cada um deles

No Brasil, tradicionalmente essas relações foram materializadas por meio do Convênio, instrumento previsto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. A figura do Convênio restou diferenciada do contrato, na medida em que as entidades do terceiro setor possuiriam interesses convergentes com os entes públicos, fato que serviria de justificativa para descaracterizar a natureza contratual destas avenças.³

Posteriormente, foram positivados o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, pelas Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999. Estes diplomas legais utilizaram-se de qualificações para entidades do terceiro setor, a fim de permitir a celebração dos respectivos instrumentos. Todavia, caso uma entidade não fosse qualificada, isto não a impediria de realizar parceria com o Estado mediante Convênio. Salienta-se que, à semelhança do Convênio regulado pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria foram classificados como espécie de acordo, contudo com natureza diversa da contratual.

Deste modo, verificam-se diversos regimes jurídicos para o regramento das parcerias com o terceiro setor, sem critérios bem delineados, que possibilitem distinguir a utilização de um em detrimento de outro. Nesse sentido, Di Pietro afirma que:

Nem tinha sido inteiramente assimilado o instituto denominado de organização social e já estava em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.60/1998, de iniciativa do Poder Executivo, depois convertido na Lei nº 9.790, de 23, dispondo sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem

¹ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective *In*: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 270.

² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE da reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

³ O entendimento que convênio não se confunde com contrato decorre da posição defendida por Hely Lopes Meirelles, que será analisado com profundidade no segundo capítulo deste estudo. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 535-536).

fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, e sobre o termo de parceria a ser celebrado entre essas entidades e o poder público.⁴

Na literatura estudada, portanto, não há o estabelecimento de critérios que orientem o gestor público a utilizar determinado regime jurídico por este ser o mais adequado para a relação que se pretende estabelecer.

A par disso, foi publicada a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 – que estabelece o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) – sem que os outros diplomas legais supramencionados fossem revogados, ao menos de forma expressa, por este último. Além disso, o MROSC determinou de forma literal que os instrumentos jurídicos nele disciplinados possuem caráter de norma geral, com fulcro no 22, XXVII, da Constituição da República, reconhecendo, assim, a natureza contratual destes vínculos, em contraposição às leis anteriormente referidas.

Ademais, a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, por meio do art. 184, ordena que se aplique as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos Convênios, estabelecendo, portanto, o cabimento subsidiário deste instrumento às parcerias a serem realizadas pelo Estado.

Dentro desse cenário de incertezas, há o convívio da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021; da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014; da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; e da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, sem o estabelecimento de critérios para a diferenciação dos regimes jurídicos positivados, notadamente no que tange aos Contratos de Gestão, Termos de Parceria e Termos de Colaboração.

A ausência de critérios firmes para a escolha do regime jurídico dentre os diversos diplomas legais existentes vulnera de sobremaneira a governança contratual, principalmente quando se considera as diferenças consistentes no processo de escolha da entidade parceira, bem como as diversas formas de controle e prestações de contas, duração dos vínculos a serem travados, se duradouros ou mais curtos, e, por fim, os objetivos almejados com a avença ser firmada.

A questão ora proposta também se estende aos demais entes da federação, pois as Leis nº 14.133, de 1º de abril de 2021 e nº 13.019, de 31 de julho de 2014 são de abrangência nacional, portanto aplicáveis aos estados e municípios. Lado outro, a questão torna-se ainda mais problemática no que tange ao regime jurídico das organizações sociais (OSs) e

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 373.

organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), havendo regulamentações divergentes entre os entes federados.

Nesse contexto de indefinição, é que a presente pesquisa objetiva responder ao seguinte questionamento: a partir da governança por contratos, quais são os critérios para adoção dos regimes jurídicos existentes nas parcerias do Estado com as entidades do terceiro setor? Ou seja, em quais hipóteses seriam utilizados os regimes jurídicos trazidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999?

Governança é entendida como a coordenação dos diversos atores que atuam em conjunto com o Estado no desempenho de atividades de interesse público, sendo o contrato um dos instrumentos aptos a realizar este processo.⁵

Contudo, somente faz sentido estabelecer-se critérios para a adoção dos regimes jurídicos existentes e, por conseguinte, operacionalizar a governança destes vínculos, na medida em que se reconhece a natureza contratual das relações em comento.

Noutro norte, caso restasse constatado o entendimento que as parcerias do Estado com o terceiro setor não possuem natureza contratual, restaria prejudicado o próprio objeto deste trabalho, visto que a ausência de vínculo que imponha obrigações e responsabilidades para ambas as partes tornaria desnecessário o estabelecimento de critérios, ante a impossibilidade de exigibilidade das cláusulas pactuadas.

Para a análise da natureza destas parcerias, realizou-se o estudo da classificação de Léon Duguit sobre os atos administrativos, posto que o fundamento doutrinário para descaracterizar a natureza contratual das parcerias com o terceiro setor deita suas raízes na classificação realizada pelo referido autor.⁶ Deste modo, assinalou-se, do ponto de vista teórico, as inconsistências desta concepção.

Além disso, buscou-se demonstrar o descompasso entre as características arroladas pela doutrina que serviriam de fundamento para afastar a natureza contratual das parcerias do Estado com o terceiro setor em cotejo com legislação de regência destes vínculos. Por fim, intentou-se esclarecer que o contrato administrativo prescrito na Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser tomado como instituto geral de todos os contratos

⁵ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 4.

⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 243.

administrativos, havendo outras modelagens, também, contratuais, mas que possuem regramento diverso.

De forma conexa ao reconhecimento da natureza convencional das parcerias do Estado com terceiro setor, faz-se presente, na literatura, o entendimento que estes vínculos decorreriam da atividade de fomento do Estado. Em que pese não serem sinônimos convênio e fomento, tem-se que estes dois institutos sempre mantiveram forte ligação⁷, o que, em certa medida, dificultou a distinção dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico.

O presente trabalho visa, então, estabelecer critérios para a adoção das parcerias que o Estado realiza com entidades do terceiro setor, tendo em vista a diversidade de diplomas legais que regulamentam a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, como objetivo geral, buscou-se delinear critérios que devam ser seguidos pela Administração Pública para a formalização das parcerias em comento, a partir de elementos trazidos pelo próprio ordenamento jurídico, tendo como pano de fundo a governança contratual.

Desse modo, realizou-se a análise dos regimes jurídicos disciplinados nas Leis de nº 8.666, de 21 de junho 1993; nº 9.637, de 15 de maio de 1998; nº 9.790, de 23 de março de 1999; nº 13.019, de 31 de julho de 2014; e nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e, por conseguinte, dos instrumentos nelas positivados, quais sejam: o Convênio, o Contrato de Gestão, Termo de Parceria, Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Colaboração.

Todavia, o estudo não teve por escopo a análise exaustiva de cada um dos regimes jurídicos mencionados, mas sim trazer as razões da existência de cada instrumento jurídico na promoção das relações que o Estado trava com entidades do terceiro setor, de modo a delinear os critérios existentes no ordenamento jurídico para a escolha de cada regime.

Portanto, a pesquisa foi realizada, principalmente, com base na vertente jurídico-dogmática, porquanto buscou-se estabelecer critérios para a escolha das parcerias com o terceiro setor a partir da análise do próprio ordenamento jurídico.⁸

⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p.16

⁸ De acordo com Gustin, Dias e Nicácio, há três grandes vertentes teórico-metodológicas, que são: a jurídico-dogmática, a jurídico-social e, por fim, a jurídico-teórica. A vertente jurídico-dogmática considera o Direito com autossuficiência metodológica, por outro lado a vertente jurídico-social compreende o fenômeno jurídico de forma mais ampla, trabalhando com as noções de eficiência, eficácia e efetividade, já a vertente-teórica é utilizada para as disciplinas zetéticas, por tratar de questões filosóficas. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. pp. 65 e 66.

Ademais, as abordagens utilizadas foram dos tipos jurídico-comparativa e jurídico-interpretativa.

No que tange à abordagem jurídica-comparativa, realizou-se o estudo dos diversos diplomas legais que regulam as parcerias do Estado com o terceiro setor, com a análise das aproximações e diferenças entre eles.

Em relação ao método jurídico-interpretativo, buscou-se compreender a natureza jurídica das parcerias em cotejo com o regramento legal que estão submetidas, inclusive com a análise da ADI nº 1.923, do Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Por fim, analisou-se os critérios jurídicos para a diferenciação dos regimes existentes, com o estabelecimento das hipóteses de aplicação de cada regime jurídico estudado.

O estudo utilizou fontes primárias e secundárias do Direito que foram analisadas de forma quantitativa e qualitativa. Quanto aos dados primários, foram consultadas legislações vigentes, julgados dos tribunais pátrios, com foco no Supremo Tribunal Federal, e os instrumentos de parcerias firmados. Já quanto aos dados secundários, consultou-se a doutrina e artigos sobre o tema.

Restou confirmada a hipótese de que ordenamento jurídico oferece critérios para diferenciar os regimes jurídicos existentes, mormente pela análise dos decretos regulamentares dos diplomas normativos em questão.

Em relação à divisão do trabalho, sistematizou-se o estudo de forma que houvesse concatenação das ideias. Assim, primeiramente, investigou-se a natureza jurídica das parcerias que o Estado realizada com o terceiro setor (Capítulo 2). Este capítulo é a base do desenvolvimento deste trabalho, posto que, caso descaracterizada a natureza contratual das parcerias objeto do estudo, restaria desnecessário o delineamento de critérios e afastada a ideia de governança contratual.

No Capítulo 3, abordou-se as características da administração burocrática, do movimento da *New Public Management* e os delineamentos da *New Public Governance*. Este capítulo é de fundamental importância para o trabalho, pois esclarece o conceito de governança adotado na presente pesquisa, e a relevância da adoção de critérios na coordenação dos diversos atores que participam da elaboração e/ou implementação de políticas públicas, sendo o contrato um dos mecanismos aptos a instrumentalizar esta coordenação.

Ressaltou-se, também, as características e as vantagens que as parcerias com o terceiro setor podem oferecer na implementação de políticas públicas, e o caráter interorganizacional da atual Administração Pública.

No Capítulo 4, conceituou-se terceiro setor. Optou-se por trazer o conceito somente nesta parte do trabalho visto que a literatura estudada, de modo geral, correlaciona as atividades das entidades que compõem o terceiro setor com a atividade de fomento. Todavia, verificou-se que as parcerias com o terceiro setor podem ser classificadas como atividade de fomento ou como prestação de serviços públicos, a depender das razões que dão ensejo as sobreditas parcerias. Sob este prisma, analisou-se os diplomas legais existentes porquanto a correta classificação de certa parceria serve de vetor para o estabelecimento de critérios a serem observados na escolha dentre os diplomas legais existentes.

Já o Capítulo 5 traçou os critérios distintivos dos regimes jurídicos existentes, utilizando-se das razões que justificam a celebração das parcerias, sem prejuízo da análise pormenorizada do ordenamento jurídico nacional. Mais uma vez, analisou-se os regimes jurídicos existentes, agora, tendo como ponto de partida a classificação realizada no capítulo anterior, entretanto, com a demonstração dos critérios que devem ser analisados na escolha da modelagem contratual adequada ao vínculo que se pretende realizar.

Ressalta-se que, ao longo do estudo, utilizou-se as normas do Estado de Minas Gerais realizando, quando necessário, a comparação com as normas federais que regulamentam a matéria. A legislação do Estado de Minas Gerais foi escolhida por se diferenciar das normas federais e pela experiência profissional do autor, fato que facilita a interpretação destes dispositivos.

Fato curioso detectado durante a pesquisa é que o ordenamento jurídico brasileiro, em grande medida, encontra-se em consonância com a doutrina estrangeira no que tange às parcerias do Estado com o terceiro setor. A título de exemplo, cita-se o caráter interorganizacional da Administração, o estudo das redes administrativas, as características positivas que o terceiro setor pode contribuir com a Administração Pública para além da pretensa eficiência defendida pela *New Public Management* e os desafios de quase mercantilização que as entidades que compõe este setor enfrentam na atualidade.

Por fim, dificuldade enfrentada no desenvolvimento do trabalho é o caráter setorial das políticas sociais, muitas delas regradas por diversos atos infralegais, que propiciam certas diferenças normativas a depender da área que seja objeto de estudo. Talvez, estudos que tenham por objeto políticas setoriais possam aprofundar o tema das parcerias, com novos achados e critérios distintivos.

2 NATUREZA JURÍDICA DAS PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR

2.1 Conceitos preliminares

Perscrutar a natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor é tema crucial desta dissertação, porquanto somente possui sentido em aprofundar-se na governança dos vínculos firmados entre o Estado e o setor público não-estatal, na medida em que se reconhece a natureza contratual destas avenças.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

a pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno pressupõe a sua precisa definição – como a declaração de sua essência e composição – seguida de sua classificação, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos.⁹

De acordo com Hely Lopes Meirelles, as parcerias com o terceiro setor não possuem natureza contratual, mas sim convenial – haja vista a ausência de contraposição de interesses. Nesse sentido, a definição do referido autor:

Convênio é acordo, mas não é contrato (STF, RTJ 141/619). Nos contratos, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes tem interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras; no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.¹⁰

De acordo com o supracitado conceito, tem-se que “[...] *convênio seria uma espécie de acordo, mas diferente do contrato, que seria outra espécie do mesmo gênero*”.¹¹

Ressalta-se que a distinção ora mencionada se tornou dominante na doutrina brasileira, de modo que, lastreada pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993, entendeu-se que convênio não seria contrato, posto que o retromencionado dispositivo

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 70.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 535-536.

¹¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

determina que o definido na Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993, se aplica aos convênios no que couber. Com esse entendimento, a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8666/1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios “**no que couber**”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.¹²

Saliente-se que a natureza convencional das parcerias com o terceiro setor – como espécie de convenção diversa do contrato – não se limitou ao instrumento positivado na Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993, tendo sido estendida para outros instrumentos previstos em legislação superveniente.

Desta feita, o Contrato de Gestão, disciplinado pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, bem como o Termo de Parceria, regulado pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, não foram considerados, por parte da doutrina, como instrumentos contratuais, mas sim como instrumentos convencionais. Como consequência, restou inaplicável o art. 22, XXVII, da Constituição da República, assim estes diplomas normativos restaram com aplicação restrita ao âmbito federal.

Nesse compasso, Maria Tereza Fonseca Dias afirma que:

A Lei nº 9637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, é válida tão-somente para o âmbito federal. Se os demais entes federativos pretenderem implementar modelos semelhantes, deverão criar leis específicas.¹³

Ademais, a mencionada autora aduz que:

A maioria esmagadora da literatura sobre o tema estudado aponta a semelhança indiscutível entre o termo de parceria, o contrato de gestão e o convênio, entendidos como instrumentos destinados à formação de um vínculo de cooperação das entidades sem fins lucrativos e devidamente qualificadas pelo poder público.¹⁴

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 384-385.

¹³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 192.

¹⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 192

Destaca-se que estes regimes normativos tratam de qualificações especiais que entidades públicas não-estatais receberiam, com o escopo de permitir a transferência de recursos públicos, por meio da formalização de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria.

Entretanto, esclarece-se que as entidades privadas do terceiro setor que não fossem qualificadas como Organizações Sociais (OSs) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) não estariam impedidas de firmar parcerias com os entes públicos por meio de Convênios.

Por meio destas parcerias, altas cifras de recursos públicos puderam ser repassadas a entidades públicas não-estatais sem um marco normativo que regulamentasse tais repasses de forma robusta, propiciando grave insegurança jurídica nessa seara.

Constatou-se, destarte, a inexistência de legislação com mecanismos eficazes dispondo sobre a seleção pública de tais entidades, da fiscalização da execução do objeto e punição em caso de malversação de verbas públicas.¹⁵

Com o escopo de suprir esta lacuna, foi editada a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSCs), em regime de mútua cooperação. Cumpre dizer que este ato normativo, diferentemente das Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999, dispõe sobre normas gerais de parcerias aplicáveis a todos os entes da federação, com fulcro no art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República.¹⁶

Veja-se, pois, que o Novo Marco Regulatório da Organização da Sociedade Civil (MROSC) reconhece a natureza contratual dos instrumentos que disciplina, pois tem como fundamento o art. 22, XXVII, da Constituição da República, que estabelece a competência da União para legislar sobre normas gerais de contratação. Nessa esteira, somente admitindo a natureza contratual dos Termos de Colaboração e Fomento, e do Acordo de Cooperação é que se pode reconhecer a constitucionalidade do dispositivo em comento.

É necessário destacar que, mesmo com a promulgação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, o instrumento do Convênio – que constava na Lei 8.666, de 21 de junho 1993 – não foi revogado da legislação, com aplicação subsidiária ao Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. À guisa de exemplo, cite-se os acordos

¹⁵ FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 373.

celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do §1º do art. 199 da Constituição República. Nesse jaez, o art. 184 da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, trata do convênio de forma expressa.¹⁷

O estudo da natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor perpassa, portanto, por dois eixos principais. Primeiramente, deve-se analisar se a ausência de contraposição de interesses seria o fator determinante para classificar as parcerias ora em análise como categorias jurídicas diversas do contrato administrativo, recorrendo para tanto à classificação de atos jurídicos realizada por Léon Duguit.¹⁸

Posteriormente, é importante averiguar se o conceito de Convênio exposto por Hely Lopes Meirelles encontra guarida no ordenamento jurídico, fazendo-se o cotejo com a legislação de regência, bem como os motivos que levam a Administração Pública firmar as sobreditas parcerias. De forma conjunta, deve-se também perquirir o impacto que princípio da eficiência, positivado no art. 37 da Constituição da República, causou nos vínculos em questão.

2.2 Classificação de atos jurídicos realizada por Duguit

Conforme exposto acima, parte da literatura entende que Convênio é espécie de convenção diferente do contrato. Desse modo, convênio e contratos seriam espécies que não se confundem, tendo como critério distintivo a contraposição ou convergência de interesses.

Para Fernando Menezes de Almeida, a distinção realizada abebera-se na classificação realizada por Léon Duguit sobre atos administrativos.¹⁹ Duguit aborda o tema dos atos jurídicos por meio de duas classificações, a primeira delas diz respeito aos atos jurídicos em

¹⁷ Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal. BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em 14.12.2002.

¹⁸ Segundo a literatura especializada, o conceito de convênio como espécie diversa do contrato toma por base a classificação de Léon Duguit de atos administrativos, principalmente se haveria contraposição de interesses ou não no ajuste em questão, fato que serviria para distinguir figuras contratuais de outras que fossem correlatas, mas com natureza jurídica diversa. Nesse sentido, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 243; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012; p.146-160; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007; p.448.

¹⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012. p. 243.

geral, classificando-os em atos-regra, ato-condição e ato subjetivo. Noutra perspectiva trata dos atos plurilaterais, distinguindo-os em contrato, ato coletivo e união.²⁰

Nessa esteira, passa-se a analisar as classificações mencionadas, a fim de examinar a correção do conceito de convênio sob a categorização dos atos administrativos realizada por Duguit.

2.2.1 Ato-regra, ato-condição e ato subjetivo

A primeira classificação tem por objetivo distinguir situações objetivas de situações subjetivas.

Situações objetivas são aquelas que marcadas pela generalidade e permanência, ou seja, aplicáveis a qualquer pessoa e de modo contínuo. As situações objetivas originam-se de atos-regra e, em parte, de atos-condição.²¹

Lado outro, as situações jurídicas subjetivas decorrem de atos subjetivos e, em parte, de atos-condição. Para Duguit são “*situações especiais e momentâneas, situações que não podem ser opostas senão a uma ou várias pessoas individualmente determinadas e que desaparecem após uma certa prestação ter sido cumprida.*”²²

O ato-regra é aquele que produz modificação tão somente no direito objetivo, sem alterar a situação de nenhum indivíduo determinado. Duguit arrola como exemplos a lei, as cláusulas regulamentares de um contrato de concessão, estatuto de uma sociedade e as cláusulas de uma convenção coletiva de trabalho.²³

Já o ato-condição é o ato pelo qual determinado indivíduo passa a se submeter a um regime jurídico preexistente, sem a possibilidade de escolher quais normas deste regime ele deverá obedecer.²⁴

O ato-condição possui, ao mesmo tempo, um caráter objetivo e um caráter subjetivo. O caráter objetivo consubstancia-se na alteração da ordem jurídica então existente, na medida em que certo regramento jurídico passa abranger sujeitos que até a prática do ato não eram abarcados pelo referido conjunto normativo. Já o caráter subjetivo faz-se presente uma

²⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 84.

²¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 84.

²² DUGUIT, Léon apud Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 84.

²³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 85.

²⁴ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.

vez que este regramento não é aplicável a todos de forma indistinta. São exemplos de atocôndição a nomeação de servidor público, o casamento e naturalização.²⁵

O ato subjetivo é aquele por meio do qual surge para o sujeito uma “*obrigação especial, concreta, individual, momentânea, que não fora criada pelo direito objetivo, que não existiria a cargo desse indivíduo pela de regra alguma de direito objetivo.*”²⁶ O exemplo mais fiel de ato subjetivo é o contrato.

2.2.2 Atos plurilaterais: ato coletivo, união e contrato

A classificação dos atos plurilaterais é feita a partir das manifestações de vontades que compõe o ato administrativo, destacando que nem todo acordo de vontades possuiria natureza contratual.

O ato coletivo seria aquele formado por uma pluralidade de declarações unilaterais de vontade com o mesmo objeto e objetivo.²⁷

Sobre o ato coletivo, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo pontua que:

Unilateral plural, quando para a sua formação concorrem vontades de várias pessoas de direito, porém com unidade de objeto e de fim do ato jurídico. Querem, na verdade, essas vontades manifestadas, a mesma coisa, e a querem para alcançar o mesmo fim jurídico. São vontades paralelas, em igual direção, por isso independentes, mas elementos de um único efeito jurídico, que resulta da soma desses feixes de vontades. Por essa razão, o ato jurídico por elas formado denomina-se, outrossim, ato coletivo.²⁸

O ato coletivo não é, portanto, uma convenção, mas a soma de declarações de vontades unilaterais dirigidas a um mesmo fim, um exemplo de ato coletivo seria o estatuto das sociedades empresariais.

De outro lado, a convenção traduz-se no acordo entre as partes com a finalidade de produzir-se efeitos jurídicos. Assim, o contrato e a união possuem natureza convencional, porém a união distingue-se do contrato visto que ela produz como resultado uma regra permanente. O casamento, a convenção coletiva de trabalho e as cláusulas regulamentares da concessão são exemplos de união.

²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 85-86.

²⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 86.

²⁷ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 146.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 448.

Gustavo Alexandre Magalhães expõe que:

A figura do ato-união, concebida por Léon Duguit, representa um acordo de vontades que determina o nascimento de uma situação jurídica objetiva, de modo que a vontade de cada sujeito limita-se a aceitar a situação prevista em lei. Do ato de aceitação decorre, automaticamente, a produção de todos os efeitos jurídicos previstos abstrata e objetivamente pela lei.²⁹

Além disso, a união pode ser tanto ato-regra como ato-condição, por isso configura-se como ato objetivo, diversamente do contrato que é ato subjetivo.

O contrato caracteriza-se pela presença de interesses contrapostos, gerando uma situação de credor e devedor. O contrato é ato subjetivo, pois dá origem a uma “*relação particular, individual e momentânea de credor e devedor.*”³⁰

2.3 Parcerias com o terceiro setor como ato subjetivo

Remora-se que, ante o conceito de Hely Lopes Meirelles, firmou-se entendimento majoritário no sentido que convênio possui natureza jurídica diversa dos contratos, mormente pela convergência de interesses dos partícipes.

Pontua-se, também, que o entendimento da natureza convenial dos vínculos com o terceiro setor foram estendidos para os instrumentos positivados em legislação superveniente, como o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria.

Conforme a classificação apresentada na seção 2.2 deste trabalho, Convênio seria espécie de ato-união, tendo em vista que as vontades declaradas, em que pese formarem consenso sobre o objeto da avença firmada, não seria seriam contrapostas.

Importante, outrossim, destacar que a união na doutrina de Duguit não dá origem a situações subjetivas, mas sim objetivas, pois as vontades declaradas visam aplicar regramento já detalhado em determinado ato normativo. Nessa toada, a união configura-se como ato-regra ou ato-condição, mas não como ato subjetivo.

Como visto, situações objetivas são aquelas que possuem os atributos de generalidade e permanência, pois, em relação à união, as vontades são coincidentes mormente para aplicação de certo regramento jurídico já posto.

²⁹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149.

³⁰ DUGUIT, Léon *apud* Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012. p. 88.

Então, sobleva-se três características principais que o Convênio, como espécie de ato-união, deveria ter: a) vontades coincidentes; b) regramento pelo direito objetivo o qual será aplicado após o acordo de vontades; c) dar origem a situação objetiva, marcada pela característica da generalidade e da permanência.

A convergência de interesses, em certa medida, correlaciona-se ao fato de haver regramento jurídico preexistente uma vez que, havendo o acordo de vontades, aquele regramento passa a ser aplicável para os sujeitos que manifestaram a sua vontade.

Em análise ao ordenamento jurídico doméstico, verifica-se que, tradicionalmente, os convênios foram firmados com base no art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho 1993, o qual disciplina a matéria de forma superficial, não podendo ser considerado, portanto, regramento jurídico preexistente a ser aplicado às partes a depender somente do encontro das manifestações de vontade.

Devido ao parco regramento realizado pelo art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho 1993, é que, posteriormente, foi publicada a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, a fim de robustecer as formas de seleção das entidades do terceiro setor, detalhar a fiscalização e controle de repasses financeiros, estabelecer foco nos resultados e promover maior transparência.

Assim, parece incongruente a classificação de Convênio como ato-união, pois não havia regramento prévio a ser aplicado aos convenientes após o acordo de vontades, considerando a baixa densidade normativa do art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho 1993.

Diferente da união que dá origem a situações objetivas, as parcerias com o terceiro setor propiciam situações específicas e momentâneas, que não se confundem com situações objetivas.

Nesse diapasão, Fernando Dias de Menezes entende que:

Nem sempre a presença de interesses convergentes está associada a um ato de caráter objetivo. E o diferencial relevante, em termos de consequências jurídicas, entre união e contrato é o caráter objetivo ou subjetivo do ato.

Ou seja, a criação de uma situação objetiva (decorrente do caráter de ato-regra ou ato-condição) leva a consequências diversas da criação de uma situação subjetiva, como, por exemplo, quanto à possibilidade de efeitos a terceiros ou à existência ou não de restrições à modificabilidade da convenção pelas partes.

Por outras palavras, caso se vislumbre uma situação de interesses convergentes (e não contrapostos), a qual não se caracterize como situação objetiva, mas sim como situação subjetiva – como é o exemplo típico de muitos convênios administrativos,

ao qual se vai voltar mais adiante – não há porque negar-lhe qualificação de contrato, no sentido de ato jurídico subjetivo plurilateral.³¹

As parcerias com o terceiro setor, à semelhança dos contratos administrativos, criam situações subjetivas, pois o ente público estabelece o objeto que o setor público não-estatal deverá executar, com a presença de metas e cronograma de execução. Desse modo, não se trata de mero ajuste de vontades para a aplicação de regramento jurídico já dado pelo direito objetivo.

Inclusive, a ampla margem de conformação desses vínculos, de início, se deu pela superficialidade como este instrumento fora tratado na Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993.

De outra banda, no que concerne às Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999, não obstante o regramento mais robusto dos citados diplomas normativos, no que tange aos instrumentos propriamente ditos, verifica-se ampla margem de conformação pelos contratantes, já que o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, em si, não possuem grande detalhamento normativo.

Por fim, mesmo o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) que traz regramento jurídico mais denso para as parcerias em questão, concede aos contratantes espaço significativo para conformação dos vínculos a serem estabelecidos, precipuamente pelo Termo de Fomento, já que neste vínculo a parceria é firmada por proposta da Organização da Sociedade Civil (OSC), distanciando-se muito da aplicação automática de determinado direito objetivo após o consenso das partes. Corroborando a ideia exposta, cita-se, ainda, o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS) estabelecido no art. 18, que é instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de chamamento público objetivando a celebração de parceria.³²

2.4 Da divergência de interesses nas parcerias com o terceiro

³¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012. p. 91-92.

³² Sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse Social, cita-se: SILVA, Samira de Souza. *O marco regulatório das organizações da sociedade civil e a democracia participativa: uma análise do procedimento de manifestação de interesse social da Lei nº 13.019/2014*. 2018. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018.

Insta salientar que o terceiro setor é constituído por entidades jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que almejam atividades dirigidas ao interesse coletivo (art. 1º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988). Neste viés, entidades não lucrativas são aquelas que não distribuem lucros entre os seus sócios, sendo que eventuais excedentes devem ser aplicados integralmente na consecução do respectivo objeto social (art. 1º, §1º, da Lei 9.790, de 23 de março de 1999).

Ressalva-se, entretanto, que a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, incluiu espécies de cooperativas no conceito de Organização da Sociedade Civil (OSC):

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Trata-se, portanto, de ampliação do conceito de terceiro setor, uma vez que as cooperativas possuem a natureza de sociedade simples (art. 982, parágrafo único, do Código Civil), com a possibilidade de divisão de excedentes entre os sócios (art. 1.094, VII, do Código Civil), conforme será aprofundado na seção 4.1 deste trabalho.

A aparente convergência de interesses das parcerias ora examinadas verificar-se-ia pelo interesse público que as entidades privadas do terceiro setor perseguem. Por conta disso, foram denominadas, por Luiz Carlos Bresser Pereira, como entidades do setor público não-estatal.³³

Assim, a doutrina majoritária entende que as entidades não lucrativas e o estado perseguem o mesmo objetivo, fato que propicia a este transferir recursos com o escopo de fomentar certa atividade ou projeto de interesse público, como o ensino, a cultura e saúde.

Essa coincidência de objetivos institucionais comuns diferenciaria a natureza destes vínculos dos contratos, dado que nestas parcerias os partícipes estariam imbuídos para a

³³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Cadernos MARE da reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

realização do objeto da avença, posto que o resultado seria almejado por todos os conveniados.³⁴

Nos contratos, em sentido diverso, haveria relação entre as partes, tendo em vista os seus interesses contrapostos, na medida em que uma parte almeja vender certo bem pelo maior preço possível e a outra parte pagar a menor quantia praticável.

Todavia, este raciocínio não resiste à realidade, pois não se pode confundir objetivos comuns abstratos, com a identidade de visão de mundo dos gestores públicos e das entidades do terceiro setor na consecução dos objetivos que lhe são comuns ou semelhantes.

Nessa senda, assinala-se que o modo de persecução do interesse público varia dentre os diversos atores da sociedade, não havendo unicidade do conceito de interesse público, fato que, por si só, afastaria a aludida convergência de interesses.³⁵

Ainda sobre o interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello, com base na doutrina italiana, traz à tona importante diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. O interesse público primário representa a dimensão pública dos interesses individuais e assim corresponde ao interesse da sociedade corporificado no Estado. Já o interesse público secundário traduz os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, seriam interesses instrumentais que não podem ser perseguidos dissociados dos interesses primários.^{36 37}

Considerando a escassez de recursos públicos, as parcerias do Estado com particulares visam ao atingimento máximo de metas estabelecidas com o menor repasse de recursos possível, principalmente pelo caráter normativo do princípio da eficiência.

Ressalva-se, contudo, que não se está a dizer que o ente público realiza parcerias com entidades do terceiro setor pelo critério puramente financeiro, mas sim que escolhe aquela que irá atingir a finalidade pública da melhor forma e, ao mesmo, tempo com o menor dispêndio de recursos do erário.

Nessa lógica, Eurico Bitencourt Neto afirma que:

A contratualização também espalhou seu campo de incidência sobre as relações do Estado com o terceiro setor, em especial no campo dos chamados serviços sociais.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 300.

³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62-63.

³⁷ Ressalta-se, contudo, a crítica desta divisão, tendo em vista que não haveria sentido a distinção entre interesses públicos primários e secundários, visto que o Estado sempre deve perseguir o interesse da coletividade. Nesse sentido, ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª ed. rev. ampl. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 35 e 36.

Onde antes havia quase exclusivamente subvenções do Poder Público para uma atuação solta, autônoma e assistemática dos particulares, passar a haver a substituição ou pelo menos a concorrência com modelos contratualizados de relação, em que o Estado, para além dos repasses de recursos, fixa condições de atuação dos particulares, com metas de desempenho e atendimento ao público, em um movimento de transpasse de parte dos serviços de atuação administrativa direta ao terceiro setor.³⁸

Steven Rathgeb Smith e Judith Smyth relatam que, especialmente na Inglaterra, por meio do *Local Government Act* de 2006, uma nova ênfase ao comissionamento de funções públicas aos particulares foi realizada, sendo que o vocábulo comissionamento, neste contexto, é usado para descrever o processo de como utilizar os recursos disponíveis de modo mais eficiente para a população. Sobreleva-se que o comissionamento, aplicado à contratação, envolve analisar os inúmeros atores privados, incluídas as organizações do terceiro setor, com o escopo de escolher as organizações privadas mais aptas para prestar determinada atividade pública de modo eficiente.³⁹

Tem-se, portanto, que a escolha de uma entidade do terceiro setor decorre, em certa medida, da consecução do interesse secundário da Administração Pública que pretende contratualizar pelo menor valor e com o maior retorno, isto é, com aquela organização que se mostrar mais eficiente nas tarefas que lhe forem atribuídas.

Da parte do Estado, verifica-se que não há convergência de interesses com o setor público não-estatal, visto as diferenças de objetivos que cada parte ostenta na relação contratual.

Salienta-se que a participação do terceiro setor na prestação de serviços públicos restou ampliada em diversos países, precipuamente pelo movimento da *New Public Management*, que almeja maior eficiência no setor público por mimetismo de técnicas privadas e, também, pela redução do aparelho do Estado.

No Brasil, a contraposição de interesses não passou despercebida por Odete Medauar, para quem:

Tais ponderações mostram as dificuldades geradas pela tentativa de distinguir convênios e contratos com base no tipo de interesse que norteia os participantes.

Um exemplo de convênio revela também tais dificuldades. É o caso de convênio entre uma Prefeitura e um tradicional conservatório musical: a Prefeitura repassa

³⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 149.

³⁹ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. *The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective In: OSBORNE, Stephen P. The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 274.

verbas ao conservatório; este, por sua vez, aceita cota de alunos gratuitos; o conservatório, na verdade, pretende a obtenção dos recursos; o poder público quer a aceitação dos alunos gratuitos; trata-se, portanto, de interesses diversos e contrapostos; no entanto o convênio é celebrado.⁴⁰

Por organizações do terceiro setor, conforme já exposto, trata-se de entidades privadas não lucrativas que desenvolvem alguma atividade de interesse público. O interesse público apesar de ter o Estado como seu titular qualificado, não inibe que organizações do setor privado também se dediquem a atividades desta natureza.⁴¹

Interessante notar que a divisão de interesses públicos entre primários e secundários do Estado especifica que este pode praticar atos visando a proteção do erário, bem como acautelar-se para perseguir interesses enquanto pessoa jurídica e, de outra banda, a doutrina não destrincha os interesses legítimos que organizações privadas possam ter enquanto pessoa jurídica.

Nos Estados Unidos, o terceiro setor é chamado de setor sem fins lucrativos (*non profit sector*). Entretanto Lester Salomon esclarece que a expressão “sem fins lucrativos” é equívoca, porquanto essas organizações podem obter lucros por meio de receitas maiores que despesas, o que é proibido é a distribuição de lucros entre os diretores ou gerentes da organização.⁴²

Segundo Salomon, diferentemente da crença popular, a filantropia não é a principal fonte de receita das entidades do terceiro setor. No Estados Unidos, tendo como referência o ano de 2011, as entidades do terceiro setor tiveram como fonte primordial de receita as taxas e remunerações pagas pelos seus clientes ou consumidores e somente essa fonte consubstanciou 56% de toda receita do terceiro setor. A segunda principal fonte de receita do terceiro setor foram os repasses do governo ao terceiro setor, que compuseram 35% de toda receita das organização não-estatais.⁴³

O fato, pois, de uma organização não distribuir lucros não significa que ela não tenha interesse em receber a maior quantia possível pelos serviços prestados, uma vez que o valor recebido por determinados serviços possibilita a organização reinvestir o dinheiro nas

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Convênio e consórcios administrativos. In: *Revista Geral da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, 1994. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/04_CONVENIOS%20E%20CONSORCIOS\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/04_CONVENIOS%20E%20CONSORCIOS(1).pdf). Acesso em 18.11. 2022.

⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 165

⁴² LESTER M., Salamon. *The resiliente sector revisited: the new challenge to nonprofit America*. 2 ed. Washington, D.C.: Brooking Instituion Press. Edição Kindle.

⁴³ LESTER M., Salamon. *The resiliente sector revisited: the new challenge to nonprofit America*. 2 ed. Washington, D.C.: Brooking Instituion Press. Edição Kindle.

finalidades que lhe são próprias, bem como pagar melhores salários aos seus empregados, capacitar o setor administrativo e fazer caixa para o futuro.

A divergência de interesses torna-se, ainda, mais evidente na análise de prestação de contas dos vínculos das organizações privadas com o ente estatal. Destaca-se que as parcerias com o terceiro setor têm por finalidade a realização de uma atividade ou de um projeto de interesse público. Todavia, não se trata de mera subvenção mediante a qual a entidade privada executa a atividade ou projeto da maneira que entender mais conveniente. Na verdade, as parcerias preveem metas que o parceiro privado deverá cumprir, sob pena de devolução dos valores repassados e, nos casos mais graves, ocorrerá abertura de procedimento administrativo punitivo para aplicação de sanções.

Não obstante, muitas vezes, as entidades do terceiro setor discordam de forma veemente do julgamento das contas pelo respectivo ordenador de despesas, podendo, inclusive, exercer o direito de ação para proteger seus interesses financeiros.

À guisa de exemplo, cita-se o Processo de nº 1.0000.21.003180-3/001 no qual houve a discussão de glosa realizada pelo Estado de Minas Gerais no valor de R\$ 4.723,29 (quatro mil setecentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos), decorrente do pagamento de taxas bancárias por parte da organização da sociedade civil. No caso em análise, determinada organização da sociedade civil, de forma inadvertida, realizou o pagamento de taxas bancárias em desconformidade com o prescrito no art. 51 da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, haja vista que o dispositivo em comento estipula que os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta corrente isenta de tarifa bancária.⁴⁴

No âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais, no processo de Denúncia nº 1092340, houve deferimento de cautelar requerida pela Federação Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC) para suspender qualquer ato administrativo da Secretaria de Justiça e Segurança Pública que impeça repasses previstos em plano de trabalho dos atuais termos de colaboração celebrados pela APAC. Nesse diapasão, o relator da presente denúncia destacou que:

[...]

13. A decisão administrativa ora questionada, que condiciona novos repasses aos pagamentos de débitos de convênios vigentes em tempos remotos, seria, na visão da FBAC, *contra legem*, e impõe ao sistema APAC, a essa altura, o ônus de arcar com a inércia do Estado durante vários anos, e fica perpetuamente sujeito a

⁴⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.21.003180-3/001*, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/03/2021, publicação da súmula em 26/03/2021.

sanções por ato ou fato praticado há muito tempo, que não importam prejuízo ao erário, e que não impediram os expressivos resultados alcançados pela política pública executada através dos convênios e parcerias celebrados, durante mais de quinze anos;

14. O custo para manutenção de um preso no sistema convencional do Estado de Minas Gerais é três vezes superior ao custo da APAC. E, caso a decisão administrativa prevaleça nesse momento, impedindo novos repasses para as APACs, e condicionando-os ao pagamento dos débitos vencidos, sobre os quais pode incidir, inclusive a prescrição, as atividades das APACs poderão ser inviabilizadas, o que poderá acarretar a transferência de 4164 presos atualmente custodiados nas unidades APACs, para o sistema convencional;⁴⁵

O referido acórdão oriundo do controle externo de contas determinou, outrossim, que eventuais controvérsias sobre passivos financeiros entre as APACs e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública deveriam ser encaminhadas à conciliação, por intermédio da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, a saber:

[...]

III) determinou que eventuais passivos financeiros sejam objeto de conciliação entre o Estado e a(s) entidade(s), através da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos – CPRAC, para evitar a inviabilização da humanizadora e reconhecida metodologia desenvolvida pelas APACs, mediante o acompanhamento da FBAC em parceria com os Poderes Executivo, Judiciário e demais entidades envolvidas;⁴⁶

De acordo com o art. 32, II, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC), no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com competência para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.

No Estado de Minas Gerais, foi promulgada a Lei Estadual nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, que autoriza a Advocacia-Geral do Estado a não ajuizar, não contestar ou desistir de ação em curso, não interpor recurso ou desistir de recurso que tenha sido interposto nos casos que especifica e cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC).

⁴⁵ MINAS GERAIS, Tribunal de Contas do Estado. Denúncia nº 1092340. Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Durval Ângelo. Data do julgamento: 04 de agosto de 2020. Disponível em <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/1092340#!>. Acesso em 22 nov 2022.

⁴⁶ MINAS GERAIS, Tribunal de Contas do Estado. Denúncia nº 1092340. Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Durval Ângelo. Data do julgamento: 04 de agosto de 2020. Disponível em <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/1092340#!>. Acesso em 22 nov 2022.

Especificamente em relação à CPRAC, o art. 5º, da Lei Estadual 23.172, de 20 de dezembro de 2018, estipula que a finalidade da referida câmara é instituir a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Pública direta ou indireta.

No caso em tela, denota-se a existência de controvérsia que tem como pano de fundo a divergência de entendimentos na análise da prestação de contas. O presente caso serve para ilustrar que, na execução das parcerias, há diversos fatores que impactam nas partes envolvidas que, por vezes, realçam a contraposição de interesses presente nas avenças.

Relembre-se, também, que as parcerias, com a publicação da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, podem ser firmadas com cooperativas, sendo que estas permitem a divisão de excedentes, então, prevê-se, ainda que forma parcial, a mutação do modelo em que as entidades do terceiro setor restariam proibidas de promover a divisão de excedentes.⁴⁷

Defendendo o acerto da inclusão das cooperativas no conceito de organização da sociedade civil, Paulo Modesto aduz que:

No conceito de terceiro setor, em Portugal, ingressam entidades que prosseguem o interesse público de forma indireta (mutualidades, cooperativas) ou direta (entidades privadas sem fins lucrativos com objetivos de solidariedade social). O critério fundamental adotado para a composição do conceito foi o reinvestimento do resultado social na prossecução dos fins de solidariedade inerentes ao perfil de cada entidade, independentemente do fato de esta perseguir resultados econômicos em regime de competição no mercado em favor de seus associados ou do interesse geral.⁴⁸

Nesse diapasão, a inclusão de cooperativas no conceito de terceiro setor, por meio de alteração legal, permite clarificar que a persecução de determinado interesse coletivo por organização da sociedade civil não impede que esta mesma organização possua interesses próprios enquanto pessoa jurídica, fato que vai de encontro à posição daqueles que defendem a convergência de interesses do convênio como critério diferenciador dos contratos.

2.5 Da natureza contratual dos atos coletivos

⁴⁷ Todavia, destaca-se que a possibilidade de firmar parcerias com cooperativas não autoriza que estas dividam eventual excedente decorrente de vínculo regulamentado pelo MROSC, tendo em vista a literalidade do art. 52 deste diploma, que ordena a devolução de saldos financeiros remanescentes, inclusive as receitas obtidas pelas aplicações financeiras.

⁴⁸ MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais (PPS): categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão (org.) *Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1.923/2015*. Belo Horizonte, Fórum, 2017. p.108.

Na esteira da classificação de atos plurilaterais, há autores que classificam os convênios como atos coletivos tendo em vista a convergência de interesses nestas avenças.

Contudo, mesmo os autores que classificam os convênios como ato coletivo divergem quanto a natureza deste instituto, na medida em que alguns defendem a natureza contratual do convênio, enquanto outros defendem a natureza convenial como espécie diferente do contrato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, consoante a posição de Hely Lopes Meirelles, defende a convergência de interesses no convênio, classificando-o como ato coletivo, uma vez que todos os participantes almejavam a mesma coisa, em razão disso os convênios teriam natureza própria, distinta da natureza jurídica contratual.⁴⁹

Noutra vertente, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os convênios possuem natureza contratual. O autor afirma, neste sentido, que:

O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em quem as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõe pela comunidade de interesses, pela finalidade que impulsiona. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles que as partes têm interesses e finalidades comuns.⁵⁰

Conforme já pontuado neste trabalho, o entendimento de convênio como ato coletivo não encontra acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco na teoria que lhe serve de fundamento.

Destaca-se que, para os autores que distinguem convênio de contrato, convênio seria categorizado como união, e não como ato coletivo, visto que, em relação à união, é necessário o consenso para a formação do vínculo entre as partes, já no ato coletivo haveria mera declarações unilaterais de vontades para a consecução de determinado fim.

O convênio distingue-se do ato coletivo porque nele as partes pactuam sobre determinado objeto por meio de um acordo de vontades, não havendo pluralidade de declarações unilaterais, mas verdadeiro consenso.

Ademais, como já demonstrado, nas parcerias com o terceiro setor há divergência de interesses entre o ente estatal e as organizações privadas, porquanto cada ator tem uma visão

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 385.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 635.

diferente do que seria interesse público, além de cada um perseguir interesses próprios como pessoa jurídica.

De toda sorte, é importante realçar que o ato de constituição de pessoas jurídicas é o exemplo clássico de ato coletivo, sendo que, atualmente, o entendimento majoritário é que tais atos também possuem natureza contratual.

Nesse sentido, Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla Pereira Ribeiro afirmam que:

Atualmente, no entanto, prepondera entre os doutrinadores o entendimento segundo o qual a sociedade advém de um ato constitutivo de natureza eminentemente contratual. Alguns continuam a classificar as sociedades como provenientes de contratos bilaterais, na medida em que podemos identificar a contraposição de ideais e vontades dentro da sociedade, tanto que não é incomum a existência de litígios envolvendo os sócios, a demonstrar que, assim como qualquer outra espécie de contrato, o ato constitutivo da sociedade se presta a regular interesses muitas vezes antagônicos.

No entanto, foi na Itália, pelos estudos do professor Tullio Ascarelli, que se desenvolveu a teoria que hoje é adotada pela maioria dos estudiosos – a teoria do contrato plurilateral. Essa teoria defende a ideia segundo a qual o ato constitutivo da sociedade é efetivamente um contrato, só que um contrato plurilateral, na medida em que na sociedade é possível haver mais do que duas partes, que não podem ser simplesmente ser agrupadas em dois pólos, como ocorre com os contratos bilaterais. Nesse caso, as partes são detentoras de direitos e obrigações em relação a todos os outros sócios e também em relação à própria sociedade, tendo todos um objetivo comum. Diferente do contrato bilateral, no qual uma parte está em antagonismo com a outra, no contrato plurilateral todas as partes estão lado a lado objetivo um fim comum, o lucro.⁵¹

Tullio Ascarelli explicita que, no momento da criação da sociedade, os interesses são antagônicos já que cada sócio pretender obter o máximo de retorno da quantia investida na sociedade. Lado outro, após constituída a sociedade, os sócios perseguem um fim comum, ainda assim, não é raro acontecer divergência entre os sócios, na medida que cada sócio carrega consigo interesses próprios.⁵²

Veja-se, pois, que o entendimento preponderante é que os atos constitutivos das sociedades empresariais possuem natureza contratual, visto que, no momento da criação da sociedade, os sócios possuem interesses contrapostos e cada sócio pretende retirar o máximo de proveito da quantia investida na sociedade. Já na execução, não raro a contraposição de interesses se mostra presente, mormente pela visão de mundo que os sócios carregam consigo e, também, pelos interesses particulares que cada sócio ostenta.

⁵¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcela Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3 ed. Reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 142-143.

⁵² ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônima e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 277-278.

Assim, além dos motivos já arrolados, não se mostra pertinente a categorização dos convênios como atos coletivos com a finalidade de retirar-lhes a natureza contratual, uma vez que o exemplo mais marcante de ato coletivo, que são os atos constitutivos das sociedades, ostentam natureza contratual.

De todo modo, verifica-se que, à semelhança do que ocorre nas parcerias com o terceiro setor, o desenrolar da atividade empresarial propicia o surgimento de situações que levam a contraposição de interesses dos sócios, não obstante todos terem o objetivo comum do lucro.

2.6 Os convênios como contrato administrativo

Reconhecer a natureza contratual dos convênios não significa, por si só, reconhecê-los como contratos administrativos, haja vista que nem todo contrato da Administração é Contrato Administrativo⁵³, conforme será aprofundado na seção 2.6.2 deste trabalho.

Inclusive, doutrinadores, como Silvio Ferreira da Roca, posicionam-se contrariamente à convergência de interesses das partes nos convênios, negam-lhes a natureza de contrato administrativo ante a ausência de cláusulas exorbitantes e, por conseguinte, a diversidade de regimes que Contratos Administrativos e Convênios estariam submetidos.⁵⁴

Maria Tereza Fonseca Dias, em análise da literatura, traz o seguinte quadro comparativo contendo as principais diferenças entre contratos e convênios apontados pela doutrina, à época:

Quadro 1 – Diferenças entre contratos administrativos e convênios

(continua)

| CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | CONVÊNIOS |
|--|--|
| Interesses e obrigações recíprocos | Interesses comuns |
| Os objetivos podem ser contrários | Objetivos institucionais comuns |
| As vontades são antagônicas, se compõe, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie, derivada da vontade contratual. | As vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns |
| A Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem que necessita. Essa obra, serviço, projeto ou bem incorpora-se ao patrimônio público e o valor pago pela Administração, ao patrimônio do contratado. | As contraprestações podem assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros. O valor recebido fica vinculado ao objeto do convênio durante toda a sua execução e deverá ser demonstrado que está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados |

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 3

⁵⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p. 67.

| | |
|---|--|
| Existem partes que possuem interesses diversos e opostos. Uma pretende o objeto do ajuste; a outra, a contraprestação que lhe é correspondente. | Existem partícipes com as mesmas pretensões. |
| Vinculação e estabilidade contratual. | Ausência de vinculação contratual e inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória e de sanções pela inadimplência. Precariedade do vínculo. |
| Pode ser utilizado como forma de delegação de serviços públicos | Mecanismos de fomento, pois incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo. |
| São precedidos de licitação (art. 2º, da Lei nº 8666/93). | Não se cogita sobre licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas. |
| Com intuito lucrativo. | Sem intuito lucrativo e sim cooperativo. |
| Previsão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. | Não há equilíbrio econômico-financeiro e sim contraprestações recíprocas, podendo ser equivalentes ou não. |
| Contraprestação. | Contrapartida. |
| CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | CONVÊNIOS |
| Presença de cláusulas exorbitantes | Ausência de cláusulas exorbitantes ao direito comum |

Fonte: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 286

Saliente-se que as diferenças trazidas no quadro acima foram pontuadas antes da publicação da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Todavia, parte da doutrina continua a tecer considerações similares, mesmo após a vigência do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).⁵⁵

A questão da contraposição de interesses nas parcerias do terceiro setor já foi longamente examinada neste estudo, de modo que a análise centrar-se-á nos demais critérios que distinguem os contratos administrativos dos convênios.

Assim, o cotejo entre contratos administrativos e convênios terá por escopo a estabilidade do vínculo contratual, a possibilidade de estabelecer sanções pela inadimplência, a possibilidade de delegação de serviços públicos, a necessidade de licitação, a previsão de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a presença de cláusulas exorbitantes.

Os critérios supracitados são, na verdade, desdobramentos do entendimento que as parcerias com o terceiro setor teriam natureza convenial diversa do contrato administrativo, posto que, descaracterizado o vínculo contratual, não seria, por exemplo, possível exigir o cumprimento daquilo que fora pactuado, tampouco estabelecer sanção pelo descumprimento.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordo de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

Deve-se, então, estudar os contornos dos contratos administrativos, trazendo à lume seus traços característicos, que os distinguem como categoria própria distinta dos contratos privados, bem como se os convênios ostentariam os caracteres dos contratos administrativos ou se seriam, ao revés, contratos da Administração.

Antes de adentrar na análise do conceito de contrato administrativo, observa-se que há divergência doutrinária quanto a existência e a extensão deste como instituto próprio. Conforme será analisado a seguir, há uma primeira corrente que nega a existência do contrato administrativo; noutro giro, existem outras que defendem a existência, variando, entretanto, sobre a sua abrangência, a depender do critério adotado.

À vista disto, passa-se a análise das correntes citadas, com foco na legislação brasileira, já que a definição de contratos perpassa obrigatoriamente pelo escrutínio de determinado ordenamento jurídico, ainda que o conceito de contrato tenha sido moldado pela Teoria Geral do Direito.⁵⁶

2.6.1 Teorias que negam a existência do contrato administrativo

Héctor Jorge Escola denomina a corrente que nega a existência dos contratos administrativos de teorias negativas. Para o citado autor, de forma geral, as teorias negativas expõem quatro motivos principais pelo não reconhecimento do referido instituto.⁵⁷

Primeiramente, nota-se que as relações travadas entre particulares e a Administração Pública é pautada pela supremacia do interesse público, ausente, pois, a igualdade das partes – requisito indispensável para a existência de vínculo contratual. Por outro lado, quando existe igualdade entre as partes, a Administração atuaria como um particular e, desse modo, não haveria diferença deste vínculo com os contratos de direito privado.⁵⁸

O segundo motivo consiste na ausência de autonomia da vontade, visto que a Administração somente age de ofício, isto é, cumprindo aquilo que a lei determina. Por outro prisma, aos particulares não é dado discutir as cláusulas regulamentares determinadas pelo ordenamento jurídico.⁵⁹

⁵⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 149

⁵⁷ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2, p. 601.

⁵⁸ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2, p. 601

⁵⁹ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2, p. 602

O terceiro motivo consiste que os objetos dos contratos administrativos estão fora do comércio, sendo que o objeto dos contratos devem ser coisas que estão no comércio.⁶⁰

Por fim, alude sobre a unidade do Direito, que rechaça a divisão entre contratos de direito público e privado, sendo todos contratos de direito privado.⁶¹

De forma análoga, Di Pietro arrola as razões da corrente que propugna pela inexistência dos contratos administrativos, sublinhando a inobservância dos princípios da igualdade das partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções. Em relação à força obrigatória das convenções, explicita que a mutabilidade dos contratos impediria a existência do contrato administrativo.⁶²

No direito pátrio, Oswaldo Bandeira de Mello defendeu a inexistência do contrato administrativo, sob o argumento que o contrato ou é de direito de privado ou não haveria contrato na realidade. Sua obra argumenta que havendo cláusulas regulamentares, as quais permitiriam a mutabilidade das cláusulas anteriormente firmadas, estar-se-ia, com efeito, presente um ato-união, dado que haveria consenso entre as partes para a aplicação de um direito já posto, seja por textos legais, seja por atos da Administração Pública. Em contrapartida, caso a Administração e os particulares possuam a liberdade de pactuar as cláusulas contratuais livremente, este vínculo em nada se diferenciaria dos contratos privados, não havendo razão de ser do contrato administrativo.⁶³

2.6.2 Teorias que defendem a existência do contrato administrativo

As correntes doutrinárias que entendem pela existência do contrato administrativo, em contraste aos contratos de direito privado, destacam características próprias dos primeiros em relação aos últimos, que serviriam para diferenciá-los como instituto próprio. Tais características variam de acordo com o posicionamento adotado.

Uma dessas correntes entende que todos os contratos celebrados pela Administração Pública seriam sempre contratos administrativos, pois em algum grau estes vínculos sofreriam o influxo de normas de direito público.⁶⁴ O critério diferenciador do contrato

⁶⁰ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2, p. 602.

⁶¹ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2, p. 602.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁶³ Nesse sentido, cita-se BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 684; ESTORINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 183.

⁶⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 376.

privado seria a presença do ente estatal na avença, sendo indiferente que este aja com supremacia ou não.⁶⁵

Sobre a crítica que a posição de supremacia da Administração desnaturaria a natureza contratual do ajuste, os partidários da tese contratualista sustentam que, se há a necessidade de um acordo de vontades entre particulares e o poder público no momento da celebração, a Administração nivela-se no mesmo plano dos particulares.⁶⁶

No que tange à ausência de autonomia da vontade dos particulares diante das cláusulas regulamentares estabelecidas unilateralmente pela Administração, verifica-se que o desnível causado pela concentração de renda, provocou o aparecimento de relações contratuais em que a parte apenas consente na aceitação da celebração do contrato, sem a possibilidade de discutir de forma real as cláusulas nele contidas e nem por isso tais acordos não são tidos como contratos.⁶⁷

Em relação ao terceiro motivo apresentado pelas teorias negativas, os adeptos da teoria contratualista argumentam que justamente pelo fato de o objeto dos contratos administrativos estarem fora do comércio, faz-se necessário reconhecer o seu caráter público, distinto dos contratos privados. Além disso, ponderam os autores dessa vertente que parte destes objetos contratuais não estão fora do comércio.⁶⁸ A título de exemplo, cita-se os contratos que particulares realizam com a Administração para o fornecimento de bens.

Segundo Di Pietro, a corrente doutrinária majoritária no Brasil é aquela que entende que nem todos os contratos realizados pela Administração seriam contratos administrativos. Assim, haveria contratos regidos pelo direito privado e contratos de direito público, que seriam os contratos administrativos propriamente ditos, regidos pelo direito público.⁶⁹

Di Pietro, todavia, esclarece que mesmos os contratos privados que a Administração realiza são, em parte, derogados por normas de direito público, tendo em vista a presença de determinado ente estatal na relação.⁷⁰

Assim, a precitada autora explicita que o fator para determinar certo ajuste como contrato administrativo diz respeito ao regime jurídico de direito público a que se submete, sendo este constituído por privilégio e sujeições.⁷¹

⁶⁵ ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 2, p. 602.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 671.

⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 3

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 672

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

Todavia, em relação às sujeições, não haveria maiores diferenças entre os contratos privados realizados pela Administração e os contratos administrativos, porquanto, em ambas as hipóteses, a Administração deverá seguir formalidades prescritas pelo ordenamento jurídico, como: a forma escrita, a realização de licitação. Desse modo, as exigências relacionadas à forma, procedimento, competência e finalidades seriam as mesmas nas duas espécies contratuais.⁷²

No que concerne às prerrogativas é que se nota com maior clareza a distinção das duas figuras, uma vez que a posição de superioridade da Administração Pública é consubstanciada pelas cláusulas exorbitantes. Tais cláusulas são aquelas que derogam, em parte, o direito comum, ou seja, não se encontram presentes nos contratos entre particulares, mormente porque possibilitam o poder público modificar unilateralmente as cláusulas contratuais anteriormente pactuadas.⁷³

A possibilidade de a Administração alterar unilateralmente as cláusulas contratuais fundada em razões de ordem pública não a desonera de respeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o poder público pode alterar as cláusulas que ele mesmo pactuou, desde que seja para a persecução do interesse coletivo, mas salienta-se que o particular possui direito subjetivo em face do ente público para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois, do contrário, a Administração não encontraria interessados em realizar contratos administrativos.⁷⁴

Consoante ressaltado anteriormente, o reconhecimento do contrato administrativo como figura autônoma depende do ordenamento jurídico em que está inserido. No Brasil, a corrente majoritária entende pela existência do contrato administrativo devido ao regramento estabelecido no art. 58 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que confere à Administração a prerrogativa de unilateralmente: modificar, rescindir, fiscalizar, aplicar sanções aos contratados. Trata-se das chamadas cláusulas exorbitantes que servem para diferenciar o contrato administrativo de outras espécies contratuais. Com redação semelhante, o art. 104 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, concede as retromencionadas prerrogativas à Administração Pública. Além disso, o art. 54 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como o art.89 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, prescrevem que os contratos nas leis

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 594.

em comento são regulados por preceitos de direito público, aplicando-os, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

2.6.3 Conceito de contrato administrativo

Hely Lopes Meirelles traz o seguinte conceito de contrato administrativo:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesses público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.⁷⁵

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

Pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença tratada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante.⁷⁶

José dos Santos Carvalho Filho define contrato administrativo como “[...] o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”⁷⁷

Dos conceitos apresentados, verifica-se que o contrato administrativo exige prévio acordo das partes, que o regime jurídico aplicável seja de direito público – traduzido em prerrogativas e sujeições das partes envolvidas – e haja a persecução de determinado interesse público.

Observa-se que, diante a literalidade do art. 58 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, parcela significativa da literatura entende pela existência do contrato administrativo com as características trazidas neste dispositivo⁷⁸, que são: o poder unilateral da Administração

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 244.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 592.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.160.

⁷⁸ Eurico Bitencourt Neto afirma que quando o próprio legislador qualifica um contrato como administrativo, tal qual ocorre na Lei nº8.666 de 1993 resta mais fácil apreciar a conformação do instituto de acordo com as prescrições trazidas pelo ordenamento jurídico. (Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 377.

Pública de modificar e rescindir contratos, a realização da fiscalização da execução, a aplicação de sanções motivadas, e, nos casos do objeto referir-se a serviços essenciais, a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Entretanto, parece, ainda que de forma subentendida, parte da literatura considera o contrato administrativo regulado na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, como modelo geral para todas as outras espécies contratuais no ordenamento jurídico.⁷⁹ Sublinhe-se que as modelagens contratuais posteriores, de forma expressa, sofrem o influxo das disposições contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, como os contratos de permissão e concessão de serviços públicos, desde que não haja conflito com a legislação específica do assunto (art. 124 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com redação da pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994).

Sem embargo, faz-se necessário aclarar que compete à União, de forma privativa, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (art. 22, XXVII, da Constituição da República), todavia, referida competência não se esgota num único ato normativo, tampouco se pode deduzir que o contrato regulamentado na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, constituiria em caráter geral do próprio instituto legislado.⁸⁰

Afirma-se, então, que o caráter de norma geral positivado na Constituição da República diz respeito à divisão de competências legislativas entre os entes federados, mas não determina que haveria única modelagem contratual no ordenamento jurídico ou modelo padrão, que serviria de base para todos os outros.⁸¹

A importância da ressalva ora mencionada é realçada no presente trabalho posto ser comum a utilização das características positivadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para desqualificar a natureza contratual de outros ajustes da Administração Pública quando não inteiramente coincidentes com o Estatuto de Licitações e Contratos.

Nesse compasso, passa-se a analisar os instrumentos de parceria com o terceiro setor, inclusive para demonstrar que, com o passar dos anos, a legislação deste ramo do direito foi aproximando-se das características do contrato administrativo, previsto na Lei nº 8.666, de 21

⁷⁹ Verifica-se que, no Quadro 1 – Diferenças entre contratos administrativos e convênios, as distinções apontadas para desqualificar os convênios como espécie contratual decorre, em certa medida, das características contidas no contrato administrativo prescrito no art. 58 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁸⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 200-202.

⁸¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 200-202.

de junho de 1993, movimento que restou fortalecido com a promulgação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).

Pretende-se demonstrar que as distinções entre convênios e contratos arroladas no Quadro 1, jamais foram perfeitamente delineadas como se quis crer e, com a promulgação de atos normativos supervenientes, tais diferenças foram esmaecidas, restando tão somente as adaptações necessárias ao terceiro setor, como a impossibilidade da celebração de vínculos com a finalidade de lucro.

Por fim, ressaltar-se-á que os instrumentos para a celebração das parcerias com o terceiro setor não destoam dos conceitos de contrato administrativo contidos na literatura estudada.

2.6.4 Contrato de Gestão

O Contrato de Gestão encontra-se regulamentado pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais (OSs) e a criação do Programa Nacional de Publicização (PNP).

Consoante o art. 1º deste diploma normativo, o Poder Executivo poderá, desde que atendidos os requisitos legais, qualificar como Organizações Sociais (OSs) as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas às atividades sociais, como: ensino, meio ambiente e saúde.

Da análise do dispositivo supramencionado, tem-se que Organização Social é uma qualificação concedida pelo poder público a determinada organização sem fins lucrativos, habilitando-a a celebrar Contrato de Gestão consigo.

A qualificação da entidade deve respeitar os requisitos previstos na Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que estão arrolados no art. 2º, tais como: comprovar, por meio de seu ato constitutivo, a natureza social de seus objetivos; a finalidade não lucrativa; a previsão de a entidade ter um conselho de administração e uma diretoria como órgãos de deliberação superior e de direção.

Nota-se, então, que o Contrato de Gestão é vínculo regulado por regime jurídico de direito público, dado que a presente legislação influi até mesmo na composição da entidade do terceiro setor, exigindo a presença de representantes do Poder Público no conselho da administração. Trata-se, pois, de exigência que exorbita o direito comum, de modo que seria incabível exigência desta natureza entre particulares.

Já o art. 7º estabelece que o programa de trabalho proposto pela OS conterà a estipulação de metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, critérios objetivos de avaliação a serem utilizados, com indicadores de qualidade e desempenho.

As organizações sociais poderão receber recursos orçamentários e bens públicos no cumprimento do Contrato de Gestão (art. 12), sendo facultado ao Poder Executivo realizar a cessão especial de servidores, com ônus para a origem (art. 14).

Em relação ao procedimento licitatório, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, incluiu o inc. XXIV no art. 24 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, para tornar dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

A dispensa de procedimento prévio que assegure a igualdade de condições dos interessados para a celebração de Contrato de Gestão despertou inúmeras críticas por parte da doutrina, porquanto permite o acesso de organizações não-estatais a recursos orçamentários, a bens públicos e, até mesmo, a cessão de servidores públicos.

Deste modo, parte da doutrina sustentou que o dispositivo ora citado estaria maculado de flagrante inconstitucionalidade, remetendo a um gesto de graça, típico de um estado imperial.⁸²

Nesse diapasão, foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.923, que pretendia declarar a inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, bem como a redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993. Os autores da mencionada ação alegavam que haveria ofensa à isonomia, ante a possibilidade de mais um interessado ter intenção de celebrar determinado contrato de gestão.

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a dispensa em comento, constando a seguinte motivação na ementa:

[...]

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 232.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.
[...]⁸³

No item 12 da ementa, extrai-se que o Supremo Tribunal Federal, lastreado pelo entendimento aqui contestado, considera o contrato de gestão com natureza convencional, por isso este diploma normativo não estaria no âmbito de incidência do art. 37, XXI, da Constituição da República.

Nessa linha de inteligência, ao descaracterizar a natureza contratual do contrato de gestão, permite-se reconhecer a constitucionalidade do referido dispositivo, que dispensa a licitação, pois tratar-se-ia de avença de natureza diversa daquela regida pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Todavia, do excerto transcrito, percebe-se incongruências conceituais a seguir enumeradas. Primeiramente, nota-se que o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é hipótese de dispensa de licitação, ou seja, situação na qual a Administração estaria obrigada a licitar caso não houvesse dispositivo que a eximisse de realizar o procedimento prévio. A possibilidade de dispensa advém do permissivo do inc. XXI, art. 37, da Constituição da República, no qual se prescreve que, ressalvados os casos especificados na legislação, os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação.

A mera inclusão dessa dispensa tem o condão de, *a contrario sensu*, permitir a exegese de que a licitação seria exigível, caso a referida dispensa não fosse positivada na Lei

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015

nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou se o Supremo Tribunal Federal tivesse adotado entendimento diverso.

Quer-se dizer que a simples existência do dispositivo demonstra a natureza contratual do contrato de gestão, visto que seria desnecessária a hipótese de dispensa constante do inciso XXIV, art. 24, do Estatuto de Licitações e Contratos, caso o contrato de gestão não ostentasse natureza contratual.

O item 14 da ementa fundamenta a constitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na função regulatória da licitação, por meio da qual a licitação funcionaria com mecanismo de indução de determinadas condutas. Entretanto, se o contrato de gestão possui natureza convenial, mostra-se equivocado defender a constitucionalidade deste dispositivo com base na função regulatória, haja vista que o instituto em questão nem mesmo estaria abarcado pela licitação como exposto no item 12 da ementa.

Já o item 13 determina que, apesar de não ser exigível o processo licitatório da Lei 8.666, de 21 de junho, de 1993, para a escolha da entidade parceira, a Administração deve observar critérios objetivos e impessoais, com a publicidade, de forma a permitir o acesso de todos os interessados.

Pela importância do tema, destaca-se excerto do voto vencedor do Min. Luiz Fux:

De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93⁸⁴.

Tem-se, portanto, que a hipótese de dispensa não permite que a Administração Pública escolha, de forma arbitrária, entidade do terceiro setor para firmar determinado vínculo, porquanto os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição da República devem dirigir tais relações, de modo que o Poder Público, diante de pluralidade de interessados, resta obrigado a observar critérios objetivos e impessoais, ainda que sem a necessidade de aplicação dos rígidos procedimentos do Estatuto de Contratos e Licitação.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade de aplicação da Lei 8.666, de 21 de junho, de 1993, sem embargo decidiu que, caso seja possível a competição entre organizações do terceiro setor, o ente público deve realizar procedimento

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015

prévio para a escolha da parceira privada, que, nos termos decreto regulamentar, foi consubstanciado pelo chamamento público.

Rememora-se o já exposto na seção 2.6, a doutrina pátria inclina-se a classificar certo instituto como contrato administrativo tendo como parâmetro a Lei 8.666, de 21 de junho, de 1993. O fato deste ato normativo ter sido explícito pela existência do contrato administrativo, com aplicação de regime jurídico de direito público e a positivação de cláusulas exorbitantes, dirige toda discussão sobre o assunto, de sorte que toda avença que se afaste do estipulado neste diploma normativo seria, de plano, catalogada com natureza distinta.

O Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017, que regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, o qual prevê expressamente o chamamento público como etapa da seleção de entidade privada sem fins lucrativos para celebração do Contrato de Gestão (art. 8º).

O art. 9º do decreto regulamentar trata das condições de participação das entidades privadas do chamamento público, a título de exemplo não podem participar entidades que não possuam regularidade fiscal, trabalhista e junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Já o art. 10 detalha o processo de chamamento de modo geral, especificando a documentação exigida, os critérios específicos de avaliação e os recursos administrativos, bem como seus prazos.

Por sua vez, o art. 11 estabelece critérios obrigatórios na avaliação da proposta como o nível de aderência da proposta de trabalho ao edital de chamamento público, e também a experiência e a capacidade técnica e gerencial da entidade ou dos integrantes do quadro social.

Por fim, o art. 12 estipula que a avaliação das propostas será realizada por comissão de seleção instituída para essa finalidade, estabelecendo vedações para os integrantes desta comissão, bem como os requisitos indispensáveis para a elaboração de relatório conclusivo.

Da regulamentação do Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017, percebe-se que o chamamento público, com adaptações necessárias ao terceiro setor, aproxima-se muito da licitação, pois visa a escolha de interessado em contratar com o Poder Público de forma imparcial, em respeito ao princípio da isonomia e, ao mesmo tempo, obriga a Administração a firmar o contrato que seja mais vantajoso para a coletividade.

Pode-se afirmar, então, que o chamamento público cumpre os mesmos objetivos para o terceiro setor que a licitação cumpre para a iniciativa privada, infirmando, pois, a assertiva

que haveria impossibilidade de competição entre entidades do terceiro setor como critério diferenciador destas parcerias.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 23.081, de 10 de agosto de 2018, dispõe sobre o Programa de Descentralização da Execução de Serviços para as entidades do Terceiro Setor. Este ato normativo regulamenta o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria no estado.

No que concerne ao procedimento prévio, o art. 59, da lei em comento, determina que a seleção de entidade do terceiro setor para celebração de contrato de gestão terá como etapas obrigatórias: a publicação do edital de seleção, o recebimento e o julgamento das propostas por comissão julgadora e a publicação do resultado do julgamento. O Decreto Estadual nº 47.553, de 7 de dezembro de 2018, regulamenta nos arts. 12 a 23, de forma minuciosa, todo o processo de escolha, estabelecendo os requisitos do edital, a composição da comissão julgadora, o recebimento, a análise e o julgamento dos documentos apresentados.

O art. 59 prescreve, ainda, que a seleção não será realizada nos casos em que houver a inviabilidade de competição. Trata-se de redação muito parecida com a do art. 25 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que excepciona a licitação quando houver inviabilidade de competição. O Decreto Estadual nº 47.553, de 7 de dezembro de 2018, estabelece no art. 27, IX, que é necessária a manifestação do dirigente máximo com justificativas técnicas da inviabilidade de competição e a obrigatoriedade de publicação do extrato no Diário Oficial (parágrafo único do art. 27). Fato semelhante ocorre no caso de inexigibilidade do art. 25 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, no qual também é necessária a manifestação do dirigente superior de forma fundamentada, com a respectiva publicação na imprensa oficial.

Além disso, a Lei Estadual nº 23.081, de 10 de agosto de 2018, mimetizando a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve que a Administração Pública poderá dispensar a realização de processo de seleção pública nas hipóteses de guerra ou grave perturbação da ordem pública, urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividade de relevante interesse público, ausência de interessados no processo de seleção pública e a impossibilidade comprovada de repetição do processo sem prejuízo para a administração pública. Tais hipóteses são semelhantes àquelas reguladas nos incisos IV e V, art. 24, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, pois a justificativa destes permissivos baseia-se na

excepcionalidade das situações descritas em que a demora do processo de escolha acarretaria graves danos à coletividade.⁸⁵

De acordo com a lei mineira, a competição é etapa prévia e obrigatória à celebração do contrato, sendo dispensável nas hipóteses que arrola ou inexigível nos casos de inviabilidade de competição, tal qual ocorre no Estatuto de Licitações e Contratos.

Pontua-se que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, não reproduz o inc. XXIV, do art. 24, da Lei 8.666, de 21 de junho, de 1993, ou seja, com a novel legislação deixa a celebração de contrato de gestão de ser hipótese de dispensa de licitação.

Ainda sobre a possibilidade de competição entre entidades do terceiro setor, é importante frisar que, mesmo na vigência da Lei 8.666, de 21 de junho, de 1993, o Tribunal de Contas da União tinha entendimento de que o chamamento público deveria ser realizado como regra geral. É o que se extrai do Acórdão nº 3.239/2013, julgado pelo Plenário, sob a relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO.

1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados.
2. Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão.
3. A qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo.
4. A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993.⁸⁶

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 298.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.239/2013. Plenário. Relatório de Auditoria Operacional. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 27 de novembro de 2013.

Noutro giro, o art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 maio de 1998, determina que será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização (PNP).

O PNP visa à transferência de serviços desempenhados por órgãos públicos às entidades do terceiro setor. Nesse jaez, considerando que o serviço público deve ser prestado independentemente da pessoa que o execute, não se mostra correto o entendimento de que os contratos de gestão seriam vínculos precários, dado que a continuidade do serviço público é princípio reconhecido do direito administrativo.

Sob essa perspectiva, o art. 14, §2º, do ato regulamentar em comento, determina que o contrato de gestão possui vigência plurianual, podendo ser alterado por aditivo. Com efeito, o dispositivo em tela demonstra o desacerto de qualificar o referido instrumento como precário.

Cuida-se o dispositivo supracitado de conseqüência da publicização, na medida em que não se imagina publicizar certa atividade para entidade vencedora de chamamento por meio de contratos com curta vigência, tendo em vista a complexidade de estruturação dos serviços públicos, como a gestão de um hospital.

Observa-se, na verdade, que se trata de vínculo com perenidade maior do que os contratos administrativos realizados por meio da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, já que estes contratos, em regra, estão adstritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57).

Ademais, o art. 16 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, regulamenta a desqualificação da entidade como Organização Social (OS), quando constatado o descumprimento das disposições contidas no Contrato de Gestão. Já o decreto regulamentar, no art. 9º, estipula que não poderá participar do chamamento público a entidade privada tenha sido desqualificada como OS, por descumprimento das disposições contidas no Contrato de Gestão, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.637, de 1998, em decisão irrecurável, pelo período que durar a penalidade.

Dos dispositivos citados, vê-se claramente o estabelecimento do vínculo contratual, inclusive pela literalidade do art. 16, o qual prevê a desqualificação da OS pelo “*descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão*”. Além disso, repise-se, a transferência da gestão de certa atividade de interesse social é trabalho complexo o qual não permite, inclusive, pela continuidade do serviço público que a organização social possa desfazer o vínculo ao seu talante, no momento que melhor entender. Ainda que se permita a denúncia unilateral do contrato, não é possível que ela seja instantânea, na medida que é

necessário certo prazo para a Administração se reorganizar funcionalmente para a prestação do serviço que havia sido publicizado.

Ademais, o Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017, regulamenta que a entidade privada somente poderá ser desqualificada por decisão fundamentada do órgão supervisor quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão ou pelo não atendimento, de forma injustificada, às recomendações da comissão de avaliação ou do órgão supervisor (art. 21).

Dentre as hipóteses arroladas, a primeira consubstancia-se na possibilidade de a Administração extinguir o órgão por decisão unilateral. Contudo, a mesma prerrogativa não é estendida ao parceiro privado.

De modo mais detalhado, a Lei Estadual n.º 23.081, de 10 agosto de 2018, em Minas Gerais, determina que o Contrato de Gestão poderá ser extinto por rescisão unilateral do órgão estatal parceiro, precedida de processo administrativo.

Trata-se, pois, de cláusula exorbitante semelhante àquela prevista no art. 58, II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e art. 104, II, da Lei 14.133, de 1º de junho, de 2021, que permite à Administração extinguir, unilateralmente, os contratos que regulamenta.

Em relação à ausência de equilíbrio econômico-financeiro, o art. 65, §3º, I, da citada Lei Estadual n.º 23.081, de 10 agosto de 2018, permite ao Estado celebrar termos aditivos para alterações de ações e metas e da previsão das receitas e despesas ao longo da vigência do contrato de gestão, devido a fato superveniente modificativo das condições inicialmente definidas. Então, resta claro que, apesar da contratada não visar o lucro, ela não é obrigada a executar determinada avença que devido a fato superveniente tornou-se excessivamente onerosa.

Por todo o exposto, em relação ao Contrato de Gestão, verifica-se que as características trazidas no Quadro 1 para diferenciá-lo do contrato administrativo não encontram respaldo no ordenamento jurídico, seja no âmbito federal, seja no âmbito do Estado de Minas Gerais.

2.6.5 Termo de Parceria

O Termo de Parceria está disciplinado na Lei n.º 9.790, de 23 de março de março de 1.999. Este diploma normativo dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

O art. 1º do referido diploma normativo estipula que podem se qualificar como OSCIP as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que foram constituídas e se encontrem em funcionamento regular por pelo menos três anos, cujos objetivos sociais atendam aos requisitos regulamentados no presente ato normativo.

Como se observa do art. 1º, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, o referido diploma, assim como nas organizações sociais (OSs), institui qualificação jurídica, que será concedida à entidade do terceiro setor que cumpra os requisitos legais, permitindo-a celebrar posterior Termo de Parceria com o ente estatal.

A qualificação como OSCIP é concedida para todas aquelas pessoas jurídicas sem fins lucrativos que cumprirem os requisitos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, haja vista que a qualificação, por si só, não importa em obrigatoriedade do Poder Público celebrar Termo de Parceria. Trata-se, pois, de ato vinculado a ser deferido pelo Ministério da Justiça (§2º, do art. 1º).

O art. 3º descreve os objetivos sociais das organizações do terceiro setor que permitem a celebração do termo de parceria, como a promoção da cultura, da segurança alimentar, da saúde, dos direitos humanos e defesa e preservação do meio ambiente.

Além de haver coincidência dos objetivos sociais das entidades do terceiro setor com aqueles arrolados no art. 3º, as organizações não lucrativas devem ser regidas por estatutos cujas normas disponham sobre a observância sobre princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como há exigência da constituição de conselho fiscal (incisos I e III do art. 4º).

Consubstancia-se o termo de parceria em avença regulada por regime de direito público, sendo que a legislação de regência influi na constituição da organização civil de interesse público, fato que seria inadmissível nas relações entre particulares.

Destaca-se, também, que o art. 14 da Lei nº 9.790, de 23 de março de março de 1999, exige que organização parceira publique, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios aplicáveis à Administração Pública, como legalidade e moralidade. Há nítida derrogação do direito comum em relação à organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), com sujeições típicas de direito público, como respeito à economicidade e à eficiência.

Na esfera federal, o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. O ato regulamentar referenciado exige que a escolha da

OSCIP, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos para obtenção de bens e serviços.

Denota-se, mais uma vez, que a pretensa inviabilidade de competição entre organizações do terceiro setor não encontra acolhida no ordenamento jurídico, porquanto a dispensa de concurso de projetos representa exceção à regra, conforme se observa nos incisos I, II e III, §2º, do art. 23, Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, os quais trazem hipóteses taxativas para a dispensa de procedimento prévio à celebração do Termo de Parceria.

O art. 10 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, prescreve que o Termo de Parceria discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. Dessume-se do dispositivo citado que a OSCIP possui obrigações e direitos como qualquer parte em uma relação contratual, portanto com interesse contraposto ao do ente público. Além disso, observa-se que a organização do terceiro setor possui obrigações, tipicamente contratuais, reforçando a autoridade do vínculo que é formado, inclusive, pela presença de cláusulas essenciais, como a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho, a estipulação de metas e de resultados a serem atingidos (§2º, I e II).

No que concerne às sanções, o art. 9º-A, do decreto regulamentar, veda a celebração de Termos de Parceria com OSCIP que tenha incorrido em condutas danosas ao erário, como a omissão no dever de prestar contas, descumprimento injustificado do objeto de parcerias pretéritas, desvio de finalidade e práticas de outros atos ilícitos.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 23.081, de 10 de agosto de 2018, também impede a participação de entes do terceiro setor que estejam em cumprimento das seguintes sanções: suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, pendências na prestação de contas de instrumento anteriormente firmado com a Administração Pública (art. 20, I, alíneas a e b, II).

O art. 22, 3º, I, do ato normativo ora em análise, permite a realização de aditivos para alterações de ações e metas e da previsão das receitas e despesas, devido a fato superveniente modificativo das condições inicialmente definidas. Desta feita, a legislação de regência entrevê a possibilidade de alteração das condições inicialmente pactuadas a fim de se manter o equilíbrio contratual. Este dispositivo viabiliza a execução das parcerias em situações não previstas pelas partes que possam onerar excessivamente os parceiros envolvidos. Então, não se mostra consentânea com a realidade a afirmação de que as parcerias com o terceiro setor não estariam abarcadas pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

2.6.6 Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação

O Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação encontram-se regulados pela Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação.

Os Termos de Colaboração e Fomento são instrumentos por meio dos quais são formalizadas parcerias pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíprocos, que envolvam a transferência de recursos públicos. A diferença reside no fato que, no Termo de Colaboração, a parceria é proposta pela Administração Pública, enquanto, no Termo de Fomento, a proposta partir das organizações da sociedade civil (art. 2º, incisos VII e VIII).

Por outro lado, o Acordo de Cooperação é o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam transferência de recursos financeiros.

Pela sua importância, transcreve-se o art. 1º e o art. 2º, II, da Lei 13.019, de 31 de julho 2014:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e 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. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:
II - administração pública: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal ; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)⁸⁷

Do excerto acima, tem-se que a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, estabelece normas gerais para as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, adotando para os instrumentos nela positivados a natureza contratual, tendo em vista o

⁸⁷BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm. Acesso em 07.12.2022.

art. 22, inc. XXVII, da Constituição da República, estabelecer a competência da União para normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades.

Sobre o acerto da medida, Di Pietro explana que:

A referência a normas gerais justifica-se por tratar-se de matéria de contratação e licitação, inserida na competência privativa da União, pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Como a competência privativa, no caso, é apenas para o estabelecimento de normas gerais, não ficam os Estados, Distrito Federal e Municípios impedidos de estabelecer normas próprias, desde que observem as normas gerais contidas na lei.⁸⁸

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, adotou, assim, natureza diversa para os instrumentos nela positivados, posto que o Convênio (art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), o Contrato de Gestão (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998) bem como o Termo de Parceria (Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999) foram considerados instrumentos com natureza convenial e, por conseguinte, tais regimes jurídicos são de aplicação restrita ao âmbito federal.

Em sentido contrário, Fortini, Cunha e Pires [parte da doutrina] entendem que o diploma normativo é inconstitucional, ante a natureza convenial dos instrumentos que regulamenta. Afirmam as autoras que:

A própria Constituição da República adota ambas as terminologias. Fala-se em contratos, mas também em convênios. Não nos referimos aos convênios, a que alude o artigo 241 da Constituição, mas ao convênio público-privado de cuida o seu artigo 199, §1º.

Ora, se a Constituição brasileira prevê a celebração de convênios público-privado não nos parece possível ignorar a intenção de conferir individualidade própria a esse ajuste. Não se pretende ignorar que alguns “convênios” são verdadeiros “contratos de prestação de serviços”, rotulados de forma distinta como intuito de escapar da incidência da Lei nº 8.666/1993, já que seu art. 116 oferece uma válvula de escape ao utilizar a expressão “no que couber”. Mas a presença de convênios “fantasia” não basta para aniquilar a possível existência de convênios “genuínos” entre a esfera pública e o setor privado.

Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional a pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.⁸⁹

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 373.

⁸⁹ FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle

A crítica exposta encontra-se arraigada na concepção largamente aceita na literatura estudada de que as parcerias do terceiro setor possuiriam natureza convencional, espécie diversa da contratual. Em verdade, verifica-se a ausência de sistematicidade no ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao reconhecimento das normas que regulam as parcerias com o terceiro setor, porquanto as Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e nº 9.790, de 23 de março de 1999, são consideradas normas federais, enquanto a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, por mandamento expresso, é tida como norma geral.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, como já citado anteriormente, a Lei Estadual nº 23.081, de 10 de agosto de 2018, disciplina o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria em nível estadual. Verifica-se, inclusive, certas discrepâncias entre o ato normativo federal e o diploma mineiro. A título de exemplo, cita-se que a concessão da qualificação de organização social, no âmbito federal, implica necessariamente na celebração do Contrato de Gestão pela entidade que recebe o título. Já, na lei mineira, a qualificação configura-se como etapa prévia à seleção, sendo importante destacar que é permitida, inclusive, a participação de entidade do terceiro setor que não tenha a qualificação de organização social no processo de escolha, desde que requeira a qualificação após ser classificada na seleção pública (art. 61).

No que toca ao Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), o Estado de Minas Gerais regulamentou a sua aplicação por meio do Decreto Estadual nº 47.132, de 20 de janeiro de 2017. Tratando-se, pois, de ato regulamentar, o mencionado decreto não estabeleceu normas contrárias ao contido na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, por considerá-la norma geral, havendo espaço, portanto, para regulamentação específica atinente à Administração Mineira.

Sob esse prisma, cita-se o Parecer nº 15.387 da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, da lavra da procuradora do Estado, Raquel Melo Urbano de Carvalho:

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 a Administração e o terceiro setor contratado, submetida ao regime de direito público, com obrigações impostas para ambas as partes, sendo lícita a fixação de prerrogativas 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 incentivos viabilizados pelo Estado, sejam os mesmos de natureza econômica,

pessoal 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 vênia das posições em sentido contrário.⁹⁰

O estado mineiro reflete bem a ausência na sistematicidade que rege o tema nos entes subnacionais, haja vista que o Decreto Estadual 47.132 – que regulamenta o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – foi publicado no ano de 2017, já a Lei Estadual n.º 23.081 – que disciplina o contrato de gestão e o termo de parceria – foi publicada no ano de 2018.

De toda sorte, o presente trabalho intenta demonstrar que a ausência de sistematicidade decorre, em grande parte, do reconhecimento da natureza convencional das parcerias com o terceiro setor como espécie diversa da natureza contratual.

Destaca-se, outrossim, que o reconhecimento da natureza convencional das parcerias com o terceiro setor baseando-se na terminologia adotada no art. 199, §2º, da Constituição República, não encontra fundamento no ordenamento jurídico pelos motivos já expostos.

De todo modo, a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, expressamente excluiu da sua abrangência os convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal, tema que será tratado de maneira mais aprofundada em tópico subsequente.

Em relação aos termos de colaboração e fomento, salienta-se que a celebração destes instrumentos será precedida de chamamento público, com a finalidade de selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto (art. 24).

Nesse compasso, o entendimento que não seria possível prévio procedimento de escolha de entidades do terceiro setor discrepa de disposições expressas do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

A Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, em seu art. 24, § 2º, além de estabelecer o chamamento público como regra, prescreve a proibição de cláusula que restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame:

Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
[...]

⁹⁰ MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Parecer n.º 15.387*, de 24 de outubro de 2014.

§ 2º É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)⁹¹

A redação do texto legal nada mais é que o entendimento pacífico do Tribunal de Contas referente às licitações regulamentadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Nesse sentido:

É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam e restrinjam o seu caráter competitivo e estabeleçam qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto a ser contratado.⁹²

Então, observa-se a aproximação do chamamento público com a licitação, sendo cada modalidade aplicável ao setor que regula, seja o setor não lucrativo, seja a iniciativa privada.

O art. 29 do Marco Regulatório das Organizações Sociais estabelece que os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais serão celebrados sem chamamento público. Trata-se de hipótese que difere da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pois permite ao parlamentar escolher de forma discricionária qual organização da sociedade civil irá receber recursos públicos por ele destinados.

Já o art. 30 arrola as hipóteses de dispensa, como as situações emergenciais advindas de calamidade pública, grave perturbação da ordem, entre outras.

Por outro lado, o art. 31 determina que será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, no caso da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Os artigos 33 a 38 cuidam de forma pormenorizada dos requisitos de habilitação das organizações da sociedade civil, sendo que o art. 33 traz requisitos ligados a tempo mínimo de existência, a depender da esfera federativa, bem como experiência prévia no objeto da parceria a ser contratada. O art. 34 exige a apresentação de certidões de regularidade fiscal, previdenciária, de contribuições e dívida ativa, tal qual ocorre nas licitações com a iniciativa

⁹¹BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm. Acesso em 07.12.2022.

⁹²BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.712/2018*. Plenário. Relatório de Levantamento. Relator: Ministro Augusto Sherman. Data do julgamento: 26 de novembro de 2008, publicação em 01 de dezembro de 2018.

privada. Requer-se, também, certidão de existência jurídica e comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado.

Interessante notar que o art. 28 estipula que os requisitos de habilitação somente serão verificados após encerrada a etapa competitiva, trata-se de inversão da ordem anteriormente estabelecida na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que se mostrou contraproducente em termos de eficiência. Esse dispositivo assemelha-se ao art. 4º, XII, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e mais recentemente ao procedimento estabelecido na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 17).

No que concerne à autoridade do vínculo contratual, o art. 42 determina como cláusulas essenciais, entre outras, a descrição do objeto pactuado, as obrigações contratuais, cronograma de desembolso, vigência e hipóteses de prorrogação. Veja que estas cláusulas em nada diferem das cláusulas contratuais descritas na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Além disso, consta como cláusula essencial a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta dias), consoante dicção do art. 42, XVI, do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Aparentemente, o dispositivo supracitado iria ao encontro da posição defendida por Hely Lopes Meirelles, segundo a qual “[...] a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.”⁹³

Tratar-se-ia, então, da precariedade do vínculo, na medida em qualquer das partes poderia denunciar unilateralmente a parceria, sem consequências jurídicas. Todavia, numa análise mais aprofundada, vê-se que o dispositivo em comento não encampou a posição de Hely Lopes Meirelles, pois, ainda que permita a denúncia a qualquer tempo, a retirada de qualquer das partes não ocorre de plano. Denota-se que a denúncia pode ser comunicada pela organização não lucrativa a qualquer momento, todavia o vínculo não pode ser rompido com antecedência menor que 60 (sessenta dias). Salienta-se, também, que o prazo de 60 (sessenta) dias é o interregno mínimo a ser cumprido, podendo a Administração, unilateralmente, estabelecer prazos maiores dependendo do objeto da parceria.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 536.

Por outro lado, o art. 73 da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, estabelece que a Administração Pública poderá sancionar a parceira privada quando constatar o descumprimento da parceria, desde que observado o devido processo legal.

Entre as sanções estipuladas na lei, encontram-se: a advertência; a suspensão temporária de participação em chamamento público e o impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da Administração Pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; e a declaração de inidoneidade para participar de chamamento público, ou celebrar parceria, ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Em relação ao acordo de cooperação, como regra não haverá chamamento público em decorrência da ausência de repasses financeiros. Contudo, caso o objeto do acordo de cooperação envolver a celebração de comodato, doação de bens, ou qualquer forma de compartilhamento de recurso patrimonial, o chamamento público será obrigatório.

Sobre a alteração das parcerias, o art. 43 do Decreto 8.726, de 27 de abril de 2016 – que regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 – estipula que órgão ou entidade da Administração Pública poderá realizar termo aditivo para alterar Termo de Fomento ou de Colaboração, desde que não haja alteração de seu objeto. Para a ampliação da parceria, o limite máximo é de trinta por cento do valor global do respectivo termo, noutro giro, para a redução da parceria não há limitação de montante. Configura o artigo ora citado em norma derogatória de direito público, pois a avença sujeita-se a limite para acréscimo que não encontra correspondência na relação entre particulares.

Por fim, em relação ao entendimento que não haveria equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias com o terceiro setor, o art. 68-A do Decreto Estadual nº 47.132, de 20 de janeiro de 2017, permite a redução do objeto da parceria, quando comprovado pela Organização da Sociedade Civil o desequilíbrio econômico-financeiro.

2.6.7 Convênios

Os convênios estão regulamentados no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, contendo a prescrição que se aplicam as disposições do Estatuto de Licitações e Contratos, no que couber, aos convênios.

A expressão “no que couber” consistiu em verdadeira válvula de escape para que Administração fosse dispensada de promover licitação prévia para a celebração dos convênios, sob a justificativa que não haveria competição entre as entidades do terceiro setor, haja vista que estas possuiriam interesses convergentes com a Administração Pública, fato que, em tese, impediria a realização de certame prévio para escolha de organização não lucrativa.

Conjuntamente ao entendimento da convergência de interesses, a parca regulamentação do instrumento na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permitiu a doutrina endossar o entendimento pela ausência de licitação prévia para a escolha de entidade do terceiro setor.

Tal situação, sob o aspecto normativo, somente viria a ser alterada com a publicação do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, o qual dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Este ato normativo, na redação original do art. 4º, estabelecia que, a critério do órgão ou entidade concedente, a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderia ser precedida de chamamento público.

Posteriormente, foi publicado o Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, que alterou o precitado art. 4º do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, para tornar obrigatória a realização de chamamento público, com a finalidade de selecionar projetos que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. De toda sorte, não se trata de regra absoluta, já que o §2º do art. 4º permite ao Ministro de Estado ou dirigente máximo excepcionar o chamamento em situações específicas, como nos casos de emergência ou calamidade pública. Constatase, novamente, que o entendimento doutrinário de que não seria possível a competição entre entidades do terceiro setor não se mostra consentâneo com o ordenamento jurídico vigente.

No que concerne à inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória, o art. 12 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 corrobora esta posição, ao estabelecer que:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Vigência)⁹⁴

⁹⁴BRASIL. *Decreto nº 6.170, de 25 de junho de 2007*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6170compilado.htm#art19. Acesso em 13.12.2022

A inadmissibilidade de cláusula de permanência, por si só, não é apta a descaracterizar a natureza contratual da avença, porquanto não são raros os contratos que é permitida a retirada da parte contratada de forma unilateral. Conforme já tratado na seção 2.5 deste trabalho, o estatuto das sociedades empresariais possui natureza contratual e, nestes casos, o sócio pode se retirar da sociedade a qualquer momento.

Sob outro prisma, destaca-se que os convênios regulados na Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, consistem no primeiro instrumento utilizado para as parcerias com o terceiro setor, sendo que, ao longo dos anos, o ordenamento jurídico foi sendo alterado em razão da impropriedade de classificar convênios como espécie diferente dos contratos.

No estado de Minas Gerais, o Decreto Estadual n° 46.319, de 26 de junho de 2013 – que dispõe sobre as normas relativas à transferência de recursos financeiros da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, mediante convênio de saída – normatiza a questão de forma diversa, consoante a redação do art. 65:

Art. 65 – O convênio de saída poderá ser denunciado a qualquer tempo, por quaisquer dos partícipes, mediante notificação com antecedência mínima de trinta dias, em face de superveniência de impedimento que o torne formal ou materialmente inexecutável.⁹⁵

O artigo ora citado estabelece a necessidade de notificação prévia de trinta dias, ou seja, a denúncia pode ser realizada a qualquer momento, mas a parceria não é extinta de forma imediata, sendo o prazo de trinta dias o menor lapso temporal a constar no convênio, podendo, assim, a Administração estipular prazos maiores.

Além disso, determina-se que a denúncia deve ser motivada pela superveniência de impedimento que a torne inexecutável, seja por motivos formais ou por questões relacionadas à execução.

Entende-se que a regulamentação mineira atende melhor os princípios da eficiência e da continuidade do serviço público, pois se a Administração firmou o convênio é porque o objeto a ser executado é necessário à coletividade, nesse sentido Gustavo Alexandre Magalhães afirma que:

Se o particular se compromete com o Poder Público a cumprir contrapartidas previstas no convênio e abruptamente desiste de cumprir essa obrigação, inevitavelmente suas ações e omissões trarão prejuízo à coletividade. Trata-se de expectativa legítima da sociedade, que passou a contar com o cumprimento das obrigações assumidas pelo convenente. Tais prejuízos podem ser financeiros ou

⁹⁵ESTADO DE MINAS GERAIS. *Decreto n° 46.319, de 26 de junho de 2013*. Disponível em <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/46319/2013/?cons=1>. Acesso em 13.12.2022

mesmos sociais, haja vista que escolas deixariam de funcionar, hospitais não seriam reformados etc.⁹⁶

O art. 116, §1º, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, sistematiza os requisitos mínimos dos convênios, sendo necessária a aprovação do respectivo plano de trabalho, contendo a identificação do objeto a ser executado, metas a serem atingidas, etapas ou fases de execução, plano de aplicação dos recursos financeiros, cronograma de desembolsos e, por fim, previsão de início e fim da execução do objeto. O plano de trabalho é, em suma, o documento no qual estão arroladas todas as obrigações, contendo o cronograma de execução das metas e dos repasses financeiros por parte do ente estatal.

Com o advento da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, o Convênio, como instrumento de parcerias com o terceiro setor, ficou restrito à hipótese prevista no §1º do art. 199 da Constituição da República. Trata-se de convênios e contratos firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para a participação de forma complementar do sistema único de saúde (art. 3, IV).

O dispositivo constitucional mencionado cita que a participação complementar das instituições privadas será realizada por meio de contrato de direito público ou convênio, consubstanciando a distinção de nomenclatura em razões para parte da doutrina negar natureza ao convênio.

No âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Tribunal de Contas da União, adotando a distinção clássica de Hely Lopes Meirelles, decidiu que deve ser usado o contrato administrativo quando se tratar de compra de serviços de saúde, mesmo quando a entidade for sem fins lucrativos. Assim, a compra de serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde junto a instituições privadas com ou sem fins lucrativos deve ser realizada mediante contrato administrativo.⁹⁷

O referido acórdão cuida da suposta impropriedade no Manual de Orientações para Contratações de Saúde no Sistema Único de Saúde, uma vez que o Manual dispunha que o convênio seria sempre o instrumento adequado para a formalização dos vínculos com entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos. O Tribunal de Contas da União entendeu que somente a natureza da entidade privada não justifica a realização do convênio, porquanto é

⁹⁶ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 192.

⁹⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.215/2013. Plenário. Representação. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 22 de maio de 2013, publicação em 4 de junho de 2013.

essencial que exista a convergência de interesse entre a duas partes que celebram a parceria para se utilizar deste instrumento.

Considera-se acertada a decisão do Tribunal de Contas da União que determinou ao Ministério da Saúde que realize as compras de serviços de saúde com as organizações filantrópicas e sem fins lucrativos por meio de contratos administrativos, e não por convênios regulamentados no art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Todavia, diverge-se da fundamentação adotada, a qual se utiliza da diferenciação concebida por Hely Lopes Meirelles para distinguir a natureza dos convênios como espécie própria que não se confundiria com a dos contratos.

De forma mais acurada, a decisão traz a lume que mesmo uma entidade do terceiro setor que preste serviços de saúde pode possuir interesses divergentes do ente público, como na hipótese de compra de serviços de saúde.

Noutro giro, não se mostra verossímil que a Administração Pública e determinada entidade do terceiro setor possuam interesses convergentes em uma situação, e interesses divergentes em outra, principalmente quando a atividade desempenhada pela entidade particular seja a mesma, como a prestação de serviços médicos.

No caso em tela, entende-se apropriada a determinação do Tribunal de Contas por conta de governança contratual, visto que, na situação em análise, o convênio não era, de fato, o instrumento apropriado.

No Sistema Único de Saúde, uma vez constatada a impossibilidade de cobertura assistencial pelo Estado, as entidades particulares podem ser chamadas a prestar serviços médicos de forma complementar. Entretanto, tais serviços são regulamentados por atos do Ministério de Saúde e os valores a serem pagos são padronizados pela Administração Pública. Assim, de fato, não há justificativa para se utilizar da figura do convênio em vez do contrato administrativo, porquanto o convênio pressupõe a existência de metas a serem atingidas, etapas de execução, cronograma de desembolso. No caso em estudo, os critérios utilizados para a adoção do convênio não se justificam na medida em que o serviço é regulado pelo sistema de saúde, e a contraprestação é definida por cada procedimento, assim, não justifica, por exemplo, a existência de plano de aplicação dos recursos financeiros como ocorre nos convênios.

Por outro lado, há situações que é possível a formalização de convênios a depender da modelagem contratual que se utilize. A título de exemplo, caso a Administração entenda que determinada forma de serviço pode ser mais eficiente para o Sistema Único de Saúde, nada impede que ela firme convênio com certa organização da sociedade civil, e realize

repasse financeiros que visem ao cumprimento de metas. Esta situação destoa da acima narrada, mas não implica que o convênio tenha natureza diversa da contratual.

Por fim, cabe salientar que a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, manteve no ordenamento jurídico o instrumento convenial, conforme disposto no art. 184:

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.⁹⁸

No artigo supratranscrito, percebe-se que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, valeu-se de redação semelhante àquela contida na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, ao dizer que se aplicam as disposições da novel legislação aos convênios no que couber.

Noutro giro, o art. 184 inova ao excepcionar a aplicação dos convênios quando houver norma específica. Tal disposição compatibiliza-se com o prescrito no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que reduziu a aplicabilidade dos convênios nas parcerias com o terceiro setor.

Além disso, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos reduziu a já parca normatização dos convênios no corpo da lei, estabelecendo que a regulamentação dar-se-á por meio de ato do Poder Executivo Federal.

Sob esse prisma, se reforça a inadequação de classificar os convênios como ato-união em contraposição aos atos coletivos, precipuamente pela quase inexistente normatização trazida na lei de regência.

Constatada a natureza contratual das parcerias do Estado com o terceiro setor, faz-se necessário aprofundar, no Capítulo 3, como o modelo de gestão pública influencia na possibilidade jurídica de celebração destas e a importância que as parcerias com o terceiro setor assumem a depender do modelo de administração pública adotado.

Ademais, demonstra-se as dificuldades de governança que a pluralidade de atores na execução de atividades públicas ocasiona, com a necessidade de estabelecimento de critérios para a coordenação destes por meio da via contratual.

⁹⁸BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em 14.12. 2002

3 GOVERNANÇA POR CONTRATOS

3.1 Modelos de Administração Pública

O presente capítulo tem íntima conexão com o modelo de gestão pública atualmente adotado no Brasil que, em certa medida, reflete tendências observáveis em outros países, precipuamente devido à globalização.

Por essa via, primeiramente serão abordados os modelos de gestão pública sistematizados pela doutrina, consubstanciando-se pela administração burocrática, pelo movimento da *New Public Management* e, por fim, o atual estágio denominado, por Stephen. P. Osborne, de *New Public Governance*.⁹⁹

Posteriormente, será realizado o estudo do papel que o terceiro setor desempenha dentro de um estado plural, que se utiliza de acordos para governar. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que o contrato concretiza importante papel na consecução de políticas públicas, sendo conformado pelo regime jurídico existente e, por isso, faz-se necessária a adoção critérios para a escolha do regime jurídico adequado na celebração de parcerias com o terceiro setor.

3.2 Administração burocrática

A administração burocrática foi implantada em substituição à administração patrimonialista na qual predominava confusão entre o patrimônio privado e o patrimônio do rei. Deriva-se da separação do patrimônio público e privado, tendo como base princípios da administração do Exército prussiano.¹⁰⁰

Segundo Di Pietro:

A chamada administração pública burocrática teria sido concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Ela se baseia nos princípios da profissionalização, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo. Os controles são formais e *a priori*. Como a ideia inspiradora deste tipo de organização é combater a corrupção e o nepotismo, parte-se de uma

⁹⁹ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 1.

¹⁰⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 241.

desconfiança prévia em relação aos administradores públicos. Daí a necessidade de procedimentos rígidos para a seleção de pessoal, para a celebração de contratos, para o exercício de controle.¹⁰¹

Tem-se que a administração pública burocrática baseia-se na racionalidade legal, guiando-se por regulamentos já pré-definidos a fim de reduzir o personalismo na Administração Pública tão presente nos governos monarquistas.¹⁰²

Além disso, prestigia-se a existência de concurso público para a seleção dos servidores públicos, sendo a estabilidade um dos principais traços da administração pública burocrática.¹⁰³ Em contraponto, a hierarquia é atributo essencial deste modelo de administração, promovendo a centralização da autoridade nos órgãos de cúpula.¹⁰⁴

Conforme exposto acima, a administração pública burocrática é produto da segunda metade do século XIX, tendo sido concebida na época do Estado Liberal. Desse modo, é importante apresentar algumas características do Estado Liberal em comparação ao Estado Social, pois a mudança de paradigma das funções assumidas pelo Estado teve consequências importantes na Administração Pública e, por conseguinte, na profusão de contundentes críticas dirigidas ao modelo de administração burocrática face às novas obrigações que o Estado tomara para si no modelo social.

As revoluções liberais propiciaram o nascimento do Estado de Direito, marcado pela ideia de divisão dos poderes e pela proteção da liberdade. A ideia de liberdade, neste contexto, era concebida como a delimitação de intervenção do Estado na propriedade privada.¹⁰⁵

Neste momento, o Estado não possuía obrigações prestacionais com a população, limitando-se o ordenamento jurídico a refrear a atuação agressiva da Administração Pública, que tinha como principal instrumento o ato administrativo unilateral.¹⁰⁶

Desta feita, o principal foco de estudo do Direito Administrativo era a limitação do ato administrativo, que, em última instância, corporificava a limitação do próprio Estado.

Sobre a Administração do Estado Liberal, Maria João Estorinho expõe que:

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 38.

¹⁰² PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 54.

¹⁰³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 252.

¹⁰⁴ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 54.

¹⁰⁵ ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 30.

¹⁰⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 149.

Sendo a Administração do Estado Liberal encarada como inevitavelmente agressiva dos direitos dos particulares, o núcleo fundamental da própria Ciência do Direito Administrativo não podia deixar de incidir sobre o acto administrativo, enquanto manifestação de autoridade. O resultado último desta teorização do acto administrativo é, no fundo, o processo da sua submissão ao Direito, com todas as consequências que implica. Isto significa, aliás, o aparecimento da moderna concepção do Direito Público, assente na limitação do poder do Estado, não apenas enquanto Fisco, mas também quando actua como entidade soberana, dotada de prerrogativas de autoridade.¹⁰⁷

Do exposto, denota-se que atividades exercidas pela Administração Pública se limitavam à defesa dos direitos fundamentais de primeira geração, os quais tinham por objeto impedir a atuação do Estado em defesa da propriedade privada e da liberdade, traduzidos em obrigações “[...] de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.”¹⁰⁸

Entretanto, com o passar do tempo, percebeu-se a insuficiência dos chamados direitos de primeira geração, principalmente pela concentração de renda decorrente dos grandes monopólios, com o surgimento da classe proletária, que vivia em situação de miséria.¹⁰⁹

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social consolida-se com o Estado paulatinamente tomando para si atividades que lhe eram estranhas antes, até a sua atividade tornar impreterível na vida do cidadão.¹¹⁰

Stephen P. Osborne relata que o Estado de Bem Estar Social prevaleceu no Reino Unido, tendo como ápice os anos de 1945 a 1979, época em que se espera que o Estado satisfizesse toda as necessidades sociais e econômicas da população, “do berço ao túmulo.”¹¹¹

Com o crescimento dos direitos sociais e econômicos, o Estado aumentou o rol de atribuições, assumindo algumas atividades como serviços públicos propriamente ditos, figurando nesta categoria os serviços públicos comerciais, industriais e sociais. Além disso, passou a intervir diretamente na economia por meio de suas estatais e, por fim, promoveu o

¹⁰⁷ ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 33.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

¹¹⁰ ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 36.

¹¹¹ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 1

fomento daquelas atividades que não havia catalogado como serviços públicos, mas eram de interesse da coletividade.¹¹² Vê-se, portanto, que o Estado tinha por função a prestação de serviços, atividades empresariais e a indução de políticas públicas. Segundo Di Pietro, no Estado Social de Direito, a máquina administrativa assumiu tantas funções que houve quem falasse em “burocratização do mundo”¹¹³

Em consequência a este acúmulo de funções, o tamanho do aparelho do Estado restou aumentado, tendo por base a gestão burocrática que centrava na regulamentação excessiva e, em geral, era exercida tão somente pelo ente estatal, por meio de servidores próprios.

Todavia, este modelo tornou-se ineficiente para todas as demandas que lhe foram impostas. Nesse sentido surgiu o movimento da *New Public Management* a fim de melhorar os serviços que eram prestados aos cidadãos e diminuir os custos públicos, consoante será abordado no tópico subsequente.

3.3 O movimento da *New Public Management*

No final da década de 70 do século passado, ganhou força o discurso sobre mudança na estrutura do Estado, com o escopo de melhorar a prestação dos serviços públicos. Este discurso tinha por base a convicção que o setor privado possuía técnicas gerenciais mais eficientes que o Estado, de modo que seria necessário mimetizar o modo de agir das empresas dentro da estrutura orgânica dos entes públicos, bem como reduzir o aparelho do Estado.¹¹⁴

Dentre as características principais da *New Public Management*, destaca-se a necessidade de implementar técnicas privadas no setor público, com foco nos resultados e ênfase no controle e na avaliação da performance administrativa por meio de auditorias.¹¹⁵

De acordo com Ana Paula Paes de Paula, a ascensão do partido conservador no Reino Unido, com Margareth Thatcher, foi de vital importância para o fortalecimento desses ideais, sendo que a atuação dos *think tanks* – institutos direcionados ao estudo do Estado –

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 13.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 13.

¹¹⁴ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 3

¹¹⁵ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. pp. 3-4.

promoveu a difusão das proposições da *New Public Management*, visto que proporcionou o alinhamento dos pensadores desta corrente com os agentes governamentais britânicos.¹¹⁶

Lembra, ainda, a precitada autora que a remodelagem do serviço público britânico remonta à década de 60, porquanto, naquela época fora produzido o Relatório *Fulton*, o qual assinalava que a postura dos burocratas britânicos era tida como um dos principais problemas do aparelho do Estado. Desta feita, Margareth Thatcher, durante seu governo, reduziu o custo da Administração central por meio da diminuição do número de funcionários. Além disso, implementou avaliações periódicas para mensurar o desempenho dos servidores públicos, com o intento de aumentar a eficiência da máquina administrativa.¹¹⁷

Dando sequência à implementação das ideias defendidas pelo movimento da *New Public Management*, o governo britânico realizou a separação dos órgãos responsáveis por formular as políticas públicas daqueles responsáveis pela execução destas políticas. Nesse sentido, os ministérios – órgãos centrais do governo – ficaram encarregados de planejar as políticas que seriam implementadas, sendo que a execução coube às agências executivas e aos terceirizados. As agências executivas eram estruturas integrantes do aparelho do Estado, que executam atividades indelegáveis aos particulares, todavia as obrigações e metas eram estabelecidas por meio de contrato de gestão prévio.¹¹⁸

Realizou-se, outrossim, a privatização das estatais que atuavam em campos estratégicos e em monopólios, sob a crença de que a competitividade aumentaria a eficiência dos prestadores de serviços públicos e, ao mesmo tempo, haveria diminuição dos custos da máquina administrativa. Nesta lógica, propiciou-se a participação privada de particulares e do setor não lucrativo nos serviços sociais, como saúde, educação e serviço social.¹¹⁹

O movimento da *New Public Management* esprou-se para outros países, como a Austrália e a Nova Zelândia. A Austrália aderiu ao gerencialismo por meio do *Public Service Reform Act*, que pretendia diminuir o aparelho do Estado mediante a privatização de empresas estatais e introdução dos elementos de mercado na prestação de serviços públicos.¹²⁰ A Nova Zelândia, em sentido parecido, promoveu a transferência de atividades de caráter comercial para iniciativa privada, com extenso programa de privatizações.¹²¹

¹¹⁶ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 36.

¹¹⁷ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 46.

¹¹⁸ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 47.

¹¹⁹ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 47.

¹²⁰ PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 48.

¹²¹ RICHARSON, Rutson. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 224.

No Brasil, na década de 90, promoveu-se a reforma do Estado com o escopo de diminuir o aparelho estatal, aumentar a eficiência na prestação de serviços públicos e diminuir os custos, conforme apresentado abaixo.

3.4 A reforma administrativa no Brasil e o Programa de Publicização sob o modelo da administração gerencial.

Nos idos de 1995, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado promoveu intensa reforma administrativa no aparelho do Estado, muitas delas embasadas nas ideias do gerencialismo que havia se difundido ao redor do mundo.¹²²

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, a principal tarefa política dos anos 90 era a reforma do Estado, haja vista que o Estado, entre os anos 30 e os anos 60, desempenhou papel crucial no desenvolvimento econômico e social. Entretanto, a partir dos anos 70, o Estado teria se tornado o principal obstáculo ao desenvolvimento.¹²³

De acordo com o referido autor, duas seriam as principais causas para o fracasso do Estado Social: o crescimento distorcido que havia ocorrido e o fenômeno da globalização. Com o avanço da globalização, a economia mundial tornou-se mais integrada e competitiva, sendo que o modelo intervencionista se mostrou obsoleto, na medida que o Estado Burocrático pressupunha economias fechadas. Além disso, soma-se a ineficiência da máquina administrativa na gerência de inúmeras atividades que o Estado Social havia tomado para si. Assim, a partir dos anos 80 do século anterior, a economia mundial enfrentou forte crise econômica, com dramática redução nas taxas de crescimento.¹²⁴

Nesse sentido, Bresser Pereira afirmou que:

A crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do *welfare state* no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa

¹²²BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²³BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²⁴BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais.¹²⁵

A fim de superar as dificuldades expostas acima, em âmbito nacional, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) promoveu a reforma do aparelho do Estado, focando suas atenções para quatro problemas: a) delimitação do tamanho do Estado, b) redefinição do Estado regulador, c) recuperação da governança, d) aumento da governabilidade.¹²⁶

No que tange à diminuição das funções estatais, o Estado utilizou os programas de privatização, terceirização e “publicização”. A privatização consiste em “*transformar uma empresa estatal em privada*”.¹²⁷ Publicização seria transferir para o setor público não-estatal serviços sociais e científicos que são prestados pelo Estado. Por fim, terceirizar consubstancia-se no processo de transferir para o setor privado serviços auxiliares do Estado.¹²⁸

Para tanto, os reformistas defenderam que deveria haver clara distinção entre as três áreas de atuação do Estado, que são: as atividades exclusivas de Estado, os serviços sociais e científicos e a produção de bens e serviços para o mercado.¹²⁹

As atividades exclusivas do Estado correspondem àquelas atividades que somente um ente público pode prestar, precipuamente pela necessidade do poder extroverso, ou seja, a possibilidade de o Estado criar obrigações e impor restrições unilateralmente à coletividade, tais como: o poder de política e a fiscalização tributária. Nestas áreas, as atividades devem ser exercidas por servidores públicos integrantes do aparelho do Estado.¹³⁰

¹²⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹²⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹³⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

No que tange à produção de bens e serviços para o mercado, defendeu-se a devolução destas atividades para o setor privado, visto que, segundo os reformistas, elas são desempenhadas de forma mais eficiente quando presentes as regras do mercado.¹³¹

Já no que toca aos serviços sociais e científicos, Bresser Pereira defendeu que tais atividades não envolvem a utilização do poder extroverso do Estado, desta feita não haveria razão destas atividades serem executadas pelo Estado de forma exclusiva.

Para tanto, defende o autor que o setor público não se confunde com o estatal, na medida que seria composto também pelo setor público não-estatal, formado pelas entidades do terceiro setor, que são organizações privadas sem fins lucrativos e que desenvolvem atividades de interesse geral. Por essa via, tais atividades deveriam ser publicizadas, isto é, transferidas do Estado para o setor público não-estatal. Esta transferência seria operacionalizada por meio do Contrato de Gestão para Organizações Sociais. Veja-se:

No Brasil, o programa de publicização em curso prevê a transformação desses serviços em “organizações sociais” – uma entidade pública de direito privado que celebra um contrato de gestão com o Estado e assim é financiada parcial ou mesmo totalmente pelo orçamento público.¹³²

Desse modo, o Contrato de Gestão, disciplinado pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, tem por escopo diminuir o aparelho do Estado, repassando as atividades sociais e científicas para o setor público não-estatal, que no caso seriam as organizações sociais (OSs) – título concedido a organizações privadas que cumpram os requisitos trazidos na lei de regência.¹³³

Nesta lógica, o art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, preceitua que será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização (PNP), com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

¹³¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹³² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

¹³³ Cumpre ressaltar que parte da doutrina entende que a transferência de serviços sociais e científicos do aparelho do Estado para entidades privadas seria inconstitucional, ante o arcabouço normativo trazido na Constituição da República de 1988. Por todos, cita-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 231. Este tema será abordado na seção 4.3.1, com a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923/DF.

O PNP traduz a possibilidade do Poder Executivo, observadas as diretrizes traçadas pelo dispositivo acima, como a ênfase no atendimento do cidadão-cliente, ênfase dos resultados e controle social, transferir atividades antes executadas por estruturas estatais para o setor público-não estatal.

Tem-se, portanto, a presença de disposição genérica que permite à Administração Pública, mediante estudo prévio, realizar a transferência de atividades sociais para organizações não-estatais, quando constatada que determinada atividade social será prestada de forma mais eficiente por meio da organização social.

Destaca-se, ainda, que o art. 21 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, determina, de forma expressa, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção destas atividades por organizações sociais.

Por último, o art. 22 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, correlaciona as extinções de órgãos públicos com a absorção das atividades dos órgãos a serem extintos por organizações sociais, detalhando os procedimentos que deverão ser adotados em relação aos servidores, inventário, e receitas orçamentárias das unidades a serem desativadas.

3.5 Delineamentos da New Public Governance

O modelo gerencial, todavia, não é imune a críticas. A redução do aparelho do Estado não o exime das competências legais estabelecidas pelo respectivo ordenamento jurídico, porquanto o fato da Administração Pública não prestar diretamente determinado serviço não a desobriga que este seja fornecido, ainda que por intermédio de terceiros.

Nessa toada, o Estado não é o único ator na arena política. Assim, empresas, outras organizações supranacionais e entidades do terceiro setor ganham importância, haja vista que são chamadas para participar da formulação e implementação das políticas públicas.¹³⁴

Observar-se que o movimento da *New Public Management* tinha por escopo utilizar-se do contrato de gestão na execução de serviços sociais, com a crença que a diminuição do aparelho do Estado, por si só, traria maior eficiência destes serviços. Acreditava-se, portanto, que a mera absorção destas atividades por organizações não-estatais provocaria melhora na execução do serviço social transferido, na medida em que as entidades do terceiro setor, como estruturas não integrantes do Estado, teriam menos amarras na execução da política que fosse objeto do contrato de gestão.

¹³⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017 p. 152.

Destarte, em que pese a *New Public Management* propalar a necessidade de transferir inúmeras atividades antes prestadas pelo Estado Social, seu foco foi quase exclusivamente no caráter interno de cada vínculo que o ente estatal firmasse, tendo por base metas e avaliações de resultados das atividades entregues às entidades com personalidade jurídica de direito privado.

Contudo, o gerencialismo não se preocupou como se daria a coordenação destes inúmeros atores que foram chamados a firmar parcerias com Estado, mormente quando se trata de áreas essenciais para a população, como os serviços de saúde e educação.

Assim, a crítica mais devastadora à *New Public Management* consubstancia-se no foco intraorganizacional deste modelo, em contraponto a um mundo cada vez mais plural, bem como pela adesão de técnicas ultrapassadas do setor privado para a implementação de políticas públicas e prestação de serviços públicos.¹³⁵

Do mesmo modo, Fredrika Wiesel e Sven Modell expõe que a literatura sobre o setor público, gradualmente, mudou o foco da gestão individual das organizações que prestam serviços públicos para questões mais amplas ligadas à governança do complexo sistema de prestação de serviços por essas organizações.¹³⁶

Nesse compasso, Osborne defende que a *New Public Management* foi estágio transitório na evolução da tradicional Administração Pública para a chamada *New Public Governance*. Desse modo, o tempo da *New Public Management* foi um período relativamente curto entre a tradição estatista e burocrática da Administração Pública e o embrionário modelo plural e pluralista da *New Public Governance*.¹³⁷

Neste novo modelo, o papel do cidadão sofre significativa mudança, porquanto de consumidores anônimos que seriam beneficiados pela competitividade do mercado passam a desempenhar papel mais ativo, inclusive como coprodutores, ou seja, como participantes da formulação e implementação de políticas públicas.¹³⁸ Nesse sentido, a competição não é

¹³⁵ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 4.

¹³⁶ WIESEL, F.; MODELL, S. From New Public Management to New Public Governance? Hybridization and Implications for Public Sector Consumerism. *Financial Accountability & Management*, 30(2), may 2014. pp. 175.

¹³⁷ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. pp. 1-2.

¹³⁸ WIESEL, F. ; MODELL, S. From New Public Management to New Public Governance? Hybridization and Implications for Public Sector Consumerism. *Financial Accountability & Management*, 30(2), may 2014. p. 179.

vista como estratégia central, mas sim a coordenação das interações entre o setor público e privado.¹³⁹

Outrossim, a literatura enumera as seguintes diferenças entre a *New Public Mangament* e os instrumentos de governança:

a) *Governança é um conceito essencialmente democrático*: a redução do Estado como conseqüência das reformas neoliberais pode ter diminuído seu peso e transformado seu papel, mas o aumento das parcerias com o setor privado e com o terceiro setor também é impulsionado pela crescente pressão da sociedade. A *NPM* é ideologicamente marcada pelo neoliberalismo e busca tornar as organizações públicas similares às privadas, reconhecendo apenas a diferença no produto a ser entregue. A governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado.

b) *Governança tem foco inter-organizacional*: diferentemente da *NPM*, cujo principal foco são as práticas intraorganizacionais, a governança estimula as redes interorganizacionais como formas alternativas para o alcance do interesse público. O setor público é responsável pelo controle político e pelo desenvolvimento de estratégias que sustentam a capacidade de ação do governo. A *NPM* busca mudar o setor público, tornando-o próximo ao privado.

c) *Governança sustenta-se em bases ideológicas diferenciadas da NPM*: a governança é maleável em diferentes contextos ideológicos ou culturais. De fato, redes interorganizacionais, intersetoriais e gestão integrada podem ser implementadas gradativamente, em diversos contextos sócio-culturais, adaptando-se às suas características. Já a *NPM* sustenta-se pela ideologia neoliberal e busca a penetração das forças do mercado no setor público.

d) *Não existe um modelo único de governança*: diferentemente do modelo burocrático, a governança não pretende ser um modelo organizativo e funcional de validade universal. A governança é multifacetada e plural, busca eficiência adaptativa e exige flexibilidade, experimentação e aprendizagem via prova e erro.

¹⁴⁰

A *New Public Governance* (Nova Governança Pública) adota como fundamento teórico a teoria das redes (*network*), já que este modelo vislumbra um estado plural, no qual múltiplos atores interdependentes desempenham importante papel na prestação de serviços públicos. Ademais, compreende-se o estado hodierno como estado pluralista que sofre, dessarte, o influxo de variados processos na formulação de políticas públicas¹⁴¹.

Eurico Bitencourt Neto expõe que:

¹³⁹ PECCI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade*, v. 15, n. 46, p. 39-55, 2008.

¹⁴⁰ PECCI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade*, v. 15, n. 46, p. 39-55, 2008.

¹⁴¹ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010., p. 9.

As redes administrativas, muitas vezes, representam uma abertura da Administração Pública ao exterior, conectando-se com particulares no desempenho de múltiplas tarefas. As redes público-privadas têm ganhado relevo ao longo do tempo, tanto no que se refere às relações com entidades privadas sem fins lucrativos, na prestação de serviços públicos, quanto no que toca a entidades que atuam no mercado. Em ambos os casos, avultam formas contratuais de atuação administrativa.¹⁴²

No ordenamento jurídico brasileiro, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) prescreve, no art. 35-A, que é permitida a atuação em rede, por duas ou mais organizações da sociedade civil. Nesta situação, a organização signatária do termo de colaboração ou de fomento mantém integral responsabilidade pela rede formada, verificando a regularidade jurídica e fiscal da organização executante.

Sobre as redes, o Manual MROSC/DF traz que:

A atuação em rede é o empenho conjunto de duas ou mais OSCs na execução da parceria, que pode ocorrer quando há autorização expressa no edital de chamamento público e no instrumento de parceria celebrado. Essa atuação em rede não se confunde com mera contratação de prestação de serviços, tampouco descaracteriza a capacidade técnica e operacional da Organização da Sociedade Civil celebrante, já que a ideia de rede pressupõe relações de outra natureza.

Para Manuel Castells (2006)¹³, sociólogo que cunhou a expressão sociedade em rede, as redes são importantes veículos de transferência de conhecimentos e de difusão de informações e ações. Uma rede refere-se a um conjunto de atores que estabelecem laços em que circulam conteúdos e se definem posições. Segundo o autor, por meio das redes reaprendemos acerca da importância das interações.

As redes apresentam estrutura híbrida de governança, já que contêm relações horizontais e verticais de troca, interdependência de recursos, bem como linhas recíprocas de comunicação. Na contemporaneidade, as interligações dentro de uma rede constituem uma espécie de capital social que pode prover valor, inclusive econômico, a seus integrantes.¹⁴³

Como consequência dessas duas formas de pluralidade, a Nova Governança Pública tem foco na relação interorganizacional entre o Estado e os demais atores da sociedade civil e, por conseguinte, na governança deste processo, já que a eficiência do serviço público e os resultados esperados dependem da interação do ente estatal com a sociedade civil.¹⁴⁴

Para realizar a coordenação destes inúmeros atores, o Estado tem que se valer de diversos mecanismos para gerir os interesses envolvidos, promovendo a interlocução com a

¹⁴² BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017 p. 136.

¹⁴³ DISTRITO FEDERAL. Disponível em <https://www.casacivil.df.gov.br/wp-content/uploads/2019/03/Manual-MROSC-DF-FINAL.pdf>. Acesso em 02.01.2023

¹⁴⁴ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 9.

sociedade civil, a fim de administrar as divergências e levar a cabo as políticas públicas almeçadas.

Dentre estes instrumentos, destaca-se o contrato, considerando a necessidade estatal de estabelecer vínculos mais robustos com a sociedade para o atingimento de objetivos públicos, daí a expressão governar por contratos.¹⁴⁵

É nessa circunstância que a governança contratual por intermédio do terceiro setor ganha novos relevos, pois, na *New Public Governance*, as organizações não lucrativas desempenham papel crucial na prestação de serviços públicos. Tem-se que o terceiro setor permite maior abertura aos cidadãos para participarem da implementação de políticas públicas como coprodutores e há, também, a expansão das organizações não governamentais como prestadoras de serviços públicos.¹⁴⁶

Segundo Pestoff e Brandsen, as últimas décadas foram marcadas pelo rearranjo das relações entre o Estado e as organizações do terceiro setor, visto que estas foram chamadas para prestar serviços públicos nas áreas da saúde, educação e serviços sociais. Como consequência, o terceiro setor vem enfrentando desafios como a quase mercantilização e na necessidade de atingir metas estabelecidas pelo poder público.¹⁴⁷

Por todo o exposto, o movimento da *New Public Management* possibilitou maior abertura da administração pública por meio da participação de particulares na execução e na implementação de políticas públicas. No que concerne aos serviços sociais, ao defender a existência de espaço público não-estatal, acabou por expandir a atuação das organizações do terceiro setor, posto que o Estado deveria priorizar a atuação dessas entidades particulares, a fim de aumentar a eficiência.

Por outro lado, essa maior participação da sociedade civil organizada e a própria diminuição do aparelho do Estado possibilitaram inúmeros atores desempenharem atividades de suma importância para a sociedade, seja por intermédio de entidades lucrativas, seja mediante entidades não lucrativas.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

¹⁴⁶ Diante do caráter plural do Estado, Pestoff emprega o termo da *New Public Governance* como regime ou paradigma que enfatiza maior engajamento do cidadão na coprodução de serviços públicos e na expansão do terceiro setor como prestador destes serviços. (Cf. PESTOFF, Victor. Co-production, new public governance and third sector social services in Europe. *Ciências Sociais Unisinos*, v. 47, n. 1, p. 15-24, 2011). Veja-se que na administração pública burocrática, o cidadão era visto como administrado, já na *New Public Management* o cidadão era visto como cliente, por fim, na *New Public Governance* vê-se o cidadão como coprodutor, ou seja, como agente ativo na implementação e execução de políticas sociais.

¹⁴⁷ PESTOFF, Victor; BRANDSEN, Taco. Public governance and the third Sector: opportunities for co-production and innovation. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. pp. 223-224.

Essa participação trouxe novos desafios como a coordenação destes inúmeros atores, isto é, a governança destas relações num mundo plural, com interesses diversificados, principalmente quando particulares são chamados para colaborar com o poder público em seus misteres constitucionais. Conforme já exposto, o fato de a Administração Pública não prestar diretamente determinado serviço, tal fato não a desincumbe de fiscalizar e garantir a implementação da política que foi delegada a terceiros.

Ademais, torna-se crucial para o poder público escolher qual a forma que dado serviço público será prestado, inclusive realizando o cotejo com outras modelagens possíveis.

Por isso, Osborne ressalta que, na *New Public Governance*, uma das questões a se fazer é: qual arquitetura organizacional mais apropriada na prestação de determinado serviço público num mundo plural?¹⁴⁸

Finalmente, adverte-se que o modelo da *New Public Governance* não visa a substituir os modelos anteriores¹⁴⁹, até mesmo porque, em certa medida, a necessidade de estudo do caráter interorganizacional advém da abertura que o movimento da *New Public Management* propiciou ao defender a redução das estruturas administrativas. De igual modo, certas características da administração burocrática ainda permanecem incólumes, como: o poder extroverso do Estado em certas atividades, o poder de polícia e a fiscalização de tributos.

3.6 Governança por contratos

A mudança na forma de prestação de serviços por intermédio de terceiros dá ensejo a novos desafios relacionados à governança, porquanto a maneira de colocar em prática aquilo que fora planejado difere profundamente dos métodos utilizados na administração burocrática. Nesta, o gestor público exigia o cumprimento de suas ordens por meio do poder hierárquico, ademais aposta-se na racionalidade de procedimento pré-concebidos a fim de atingir a finalidade pública.¹⁵⁰

¹⁴⁸ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 11.

¹⁴⁹ OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 2.

¹⁵⁰ KETTL, Donald F. Governance, contract, management and public management. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 242

Noutro giro, ao privatizar, terceirizar e publicizar, o Estado começa a contar com a colaboração de particulares para a execução de atividades que anteriormente eram executadas por meio de servidores da própria máquina administrativa. Assim, o gestor público não dispõe do poder hierárquico sobre os contratados, destarte para atingir a finalidade pública deve se valer de cláusulas contratuais estabelecidas no vínculo firmado, com estudo prévio dos objetivos que devem ser atingidos.¹⁵¹

Segundo Eli Diniz:

Governance, por outro lado, diz respeito à capacidade governativa no sentido amplo, envolvendo a capacidade de ação estatal na implementação das políticas e na consecução das metas coletivas. Refere-se ao conjunto dos mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade, o que implica expandir e aperfeiçoar os meios de interlocução e de administração do jogo de interesses. As novas condições internacionais e a complexidade crescente da ordem social pressupõem um Estado de maior flexibilidade, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidade e alargar ao invés de restringir, o universo de atores participantes, sem abrir dos instrumentos de controle e supervisão.¹⁵²

Governança estabelece suas raízes, então, na maior participação de organizações privadas nos serviços públicos e na noção de eficiência, ou seja, que os serviços necessitam ser prestados com o melhor custo-benefício para a coletividade.¹⁵³ Traduz-se, por conseguinte, na coordenação dos inúmeros atores que participam da atividade governamental, podendo ser materializada por diversos instrumentos que, para o interesse desta pesquisa, se destaca o contrato.

Acerca da governança por contratos, Maria Tereza Fonseca Dias expõe que:

O fenômeno da contratualização pública é permanente objeto de estudo dos administrativistas, desde a conformação do regime jurídico administrativo – sob a perspectiva francesa e europeia-continental – até as mais recentes influências contemporâneas, de nível global, oriundas do *common law*, dos programas da reforma administrativa gerencial e das parcerias público-privadas, de tradição inglesa, decorrentes do *Project Finance Initiative*.

¹⁵¹ KETTL, Donald F. Governance, contract, management and public management. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 242

¹⁵² DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. Revista do Serviço Público, Brasília, ano 47, volume 120, número 2, p. 13, maio-ago 1996.

¹⁵³ Alex Fabiane Teixeira e Ricardo Corrêa Gomes, em revisão teórica da literatura sobre o conceito de governança pública, esclarecem que o termo governança não é unívoco, ao contrário prevalece a multiplicidade de conceitos a depender do autor ou da instituição que trata sobre o tema. De toda forma, os autores entendem que a prestação de contas e a responsabilização dos agentes públicos; a transparência e a credibilidade de informações; as políticas, a gestão e as estruturas eficientes, que legitimem as escolhas públicas e direcionem a atuação do gestor são características presentes na maior dos conceitos apresentados. (TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. *Revista Serviço Público Brasileiro*, 70 (4), pp. 519-550, outubro/dezembro 2019)

A contratação pública, historicamente utilizada como instrumento de aquisições do estado, passou -sob a terminologia de “governo por contratos” – à “principal arena de formulação de políticas”, notadamente nas décadas que separam o final do século passado do início deste.¹⁵⁴

No que concerne especificamente ao objeto deste estudo, verifica-se que a governança com o terceiro setor restou amplamente prejudicada por dois fatores correlacionados.

O primeiro fator consiste no entendimento majoritário que as parcerias com o terceiro setor teriam natureza convenial e, por isto, poderiam ser desfeitas a qualquer momento, sem a possibilidade de imposição de sanções. Tal entendimento, aliás, vai de encontro aos motivos da reforma que propiciaram o recrudescimento do terceiro setor.

Veja-se que a reforma administrativa perpetrada na década de 90, tal qual abordada no tópico acima, visava ao aumento da eficiência administrativa na prestação dos serviços sociais, tendo como instrumento o contrato de gestão. Buscava-se a melhoria dos serviços públicos sociais mediante a transferência destes para o setor público não-estatal, com a esperança que organizações privadas seriam mais eficientes na gestão dos serviços sociais, visto que seria possível a redução, ao menos em parte, das restrições impostas pelo regime jurídico administrativo.

Todavia, ao desnaturar a natureza contratual de tais vínculos, em certa medida, perpetuou-se a noção de benemerência das organizações não lucrativas e a percepção que o repasse seria mera subvenção, sem a possibilidade de se exigir a correspondente contraprestação de entidades parceiras.

O segundo capítulo deste estudo buscou a demonstrar o desacerto doutrinário de considerar tais parcerias como espécie de acordo, entretanto como figura distinta do contrato, pela inaplicabilidade da classificação de Léon Duguit. Ademais, as características arroladas pela literatura especializada para justificar ausência da natureza contratual dos convênios não se sustenta em análise ao ordenamento jurídico.

De toda forma, o reconhecimento da natureza contratual destas parcerias, não decorre tão somente das leis que tratam o tema no Brasil, sendo este entendimento semelhante em diversos países que, por vezes, perpassam por situações análogas às aqui encontradas,

¹⁵⁴ DIAS. Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. *In*: DIAS. Maria Tereza Fonseca (org.). *Governança nas contratações pública contemporâneas* (de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021). São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 13.

principalmente porque as administrações públicas sofreram o influxo das ideias do movimento da *New Public Management*.

De acordo com Steven Rathgeb Smith e Judith Smyth, a diferença entre subvenções e contratos está desaparecendo, na medida em que gestores públicos determinam metas e estabelecem regras de governança e prestações de contas das verbas repassadas. Os referidos autores expõem, ainda, que o Estado objetiva que as entidades do terceiro setor possam diminuir custos, aumentar o engajamento dos cidadãos, promover inovação na execução dos serviços contratados e estimular a competição com o setor público.¹⁵⁵

Contudo, as expectativas acima arroladas propiciam dificuldades de gestão para as organizações não lucrativas, as quais tendem a concentrar cada vez mais esforços na área meio em detrimento da atividade finalística para atender as exigências relativas ao cumprimento de metas e de normas de um complexo sistema de gestão pública.¹⁵⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, a depender do instrumento a ser utilizado para a celebração do vínculo com o terceiro setor, o regime jurídico aplicável terá distinções ante a variedade de leis que regulam o tema. Nesse contexto, o reconhecimento contratual dessas parcerias é o primeiro passo para realizar a análise de quais critérios deve o gestor público se utilizar na escolha do instrumento a ser escolhido, considerando que, a depender do instrumento a ser firmado, se mudam os critérios de seleção, de avaliação da parceria, de exigências nas prestações de conta, até mesmo a composição das estruturas das entidades do terceiro setor.

Enfim, não se vislumbra possível que o Estado – responsável pela coordenação dos atores privados que colaboram na execução de serviços sociais – não disponha de critérios para distinção entre os regimes jurídicos existentes.

O segundo fator que colaborou pela ausência de sistematicidade nas parcerias com o terceiro setor deve-se ao fato delas terem sido classificadas como atividade de fomento, quando, na verdade, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 visava a promover a delegação de serviços públicos. Além disso, atos normativos posteriores como a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 prescreve expressamente que as parcerias podem ter por objeto serviços essenciais à coletividade.

¹⁵⁵ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective *In*: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010..

¹⁵⁶ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective *In*: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 270.

Assim, no Capítulo 4 passa-se ao conceito de terceiro setor, e das atividades de fomento e de serviço público, a fim desmitificar que o repasse de recursos públicos para o terceiro setor enquadra-se, sempre, como atividade de fomento do Estado, o que contribuirá para, posteriormente, estabelecer os critérios distintivos dos regimes existentes no ordenamento doméstico.

Salienta-se que a correta qualificação da parceria, se fomento ou serviço público, servirá de vetores no delineamento dos critérios expostos no Capítulo 5.

4 PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR: DO FOMENTO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS¹⁵⁷

4.1 Conceito de terceiro setor

Primeiramente, há que se destacar que o termo “terceiro setor” não encontra acolhida na legislação pátria, em que pese bastante difundido na doutrina administrativa.

Em linhas gerais, o primeiro setor é definido pelo Estado, enquanto o segundo setor é composto pelo mercado. Já o terceiro setor abarcaria entidades privadas sem fins lucrativos, que tem suas ações voltadas para a defesa do interesse público.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha conceitua o terceiro setor da seguinte forma:

[...] os entes que estão situados entre os setores estatal e empresarial. Os entes que que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.¹⁵⁸

Segundo Maria Tereza Fonseca Dias, o terceiro setor tem origens na Antiguidade, tendo atuação em diversas partes do mundo. No Brasil, a autora, com base nos ensinamentos de Simone Coelho, demonstra que desde o século XVI existem instituições de assistência a pessoas carentes, influenciadas pelo modelo português das Casas de Misericórdia.¹⁵⁹

Importante notar, portanto, que a atuação do terceiro setor não é recente, estando presente em diversos territórios com certas peculiaridades a depender do país que seja objeto da análise. Destaca-se que a nomenclatura para estas organizações pode variar, ainda que se trate de entidades com características semelhantes. Assim, nos Estados Unidos utiliza-se, em geral, o termo “organizações não lucrativas”, enquanto na Europa, Austrália e Nova Zelândia a expressão comumente utilizada é “organizações do terceiro setor”. Já nos países em desenvolvimento utiliza-se o termo “organização não governamental”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Este capítulo é uma versão aprimorada do texto contido no livro *Parcerias público-privadas e contratualização pública: transformações contemporâneas*. (FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Parcerias com o terceiro setor: do fomento à prestação de serviços públicos*. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Parcerias Público-Privadas e contratualização pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas*. São Paulo: Dialética, 2023. Edição Kindle.

¹⁵⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p. 15.

¹⁵⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação - por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 118 e 122

¹⁶⁰ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging*

Sobreleva-se que o terceiro setor abarca inúmeras espécies de organizações, inclusive aquelas que prestam diversos serviços sociais, especialmente nas áreas de saúde, educação e assistência social¹⁶¹. Contudo, não é só. Em visão ampliada, podem ser abarcadas nessa categoria as organizações de caráter corporativo como sindicatos, federações e até mesmo organizações políticas de caráter partidário.¹⁶²

Nesse complexo de organizações é possível distinguir dois grandes grupos: primeiro, as organizações que servem aos interesses dos próprios membros, como os sindicatos e clubes de recreação; o segundo grupo consiste em associações que tem por escopo a prestação de serviços sociais, tendo como exemplo: hospitais e universidades.¹⁶³

Considerando que o presente estudo tem por objeto as parcerias firmadas entre o Estado e entidades que prestam serviços de interesse para coletividade, este trabalho terá por foco somente o segundo grupo de organizações, incluídas as fundações.

No Brasil, as Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1988, nº 9.790, de 23 de março de 1999 e nº 13.019, de 31 de julho de 2014, arrolam as organizações que podem firmar parcerias com o Estado, seja por meio de contrato de gestão, seja mediante termo de parceria ou por termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. Já a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não estipula quais organizações poderão firmar convênios, sendo que tal regulamentação coube ao Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.

Dentre os atos normativos arrolados, há certa diversidade entre as organizações que podem firmar parcerias com o Estado. A título de exemplo, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, veda que instituições religiosas e cooperativas possam ser qualificadas como OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Lado outro, a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, permite que certas espécies de sociedades cooperativas, e organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social, distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos, possam firmar termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação.

perspectives on the theory and practise of public governance. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 272.

¹⁶¹ SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective *In*: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 272.

¹⁶² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marcojurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 101 e 102.

¹⁶³ LESTER M., Salamon. *The resiliente sector revisited: the new challenge to nonprofit America*. 2 ed. Washington, D.C.: Brooking Instituion Press, 2015. Edição Kindle.

Apesar da diversidade dos atos normativos disciplinado as parcerias nas respectivas modalidades, Di Pietro traça pontos comuns sobre os vínculos formados com o Estado, que são:

- a) não são criadas pelo Estado
- b) em regra, não desempenham serviço público delegado pelo Estado
- c) recebem algum tipo de incentivo pelo Poder Público
- d) têm vínculos jurídicos com o Poder Público
- e) seu regime jurídico é direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público
- f) integram o terceiro setor porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta; todas são organizações não governamentais¹⁶⁴

Consoante os impulsos da *New Public Management*, após a década de 80 do século passado, houve exponencial crescimento das atividades desempenhas pelas organizações do terceiro setor, muito pela transferência de atividades públicas que eram desempenhadas pelo próprio corpo burocrático do Estado e, desde então, passou a ser desempenhado pelo chamado setor público não-estatal.

Relembre-se que um dos motes para utilização das organizações do terceiro setor foi, em parte, a diminuição de custos e a melhoria dos serviços sociais, na medida em que a agenda neoliberal defendia que a diminuição do aparelho do Estado e a publicização destes serviços trariam os resultados acima descritos.

Contudo, como resultado do envolvimento de entidades do terceiro setor na prestação de serviços sociais em busca da prestação de melhores serviços sociais e na diminuição dos custos, houve o esmaecimento dos traços distintivos entre mercado e terceiro setor, possibilitando o surgimento de figuras híbridas.¹⁶⁵

De modo semelhante, Lester Salamon aduz que as organizações do terceiro setor têm sido compelidas a escolher entre dois imperativos, quais sejam: a sobrevivência e os traços distintivos das organizações não lucrativas, isto é, devem escolher entre as atitudes a serem tomadas para sobreviver num mercado cada vez mais competitivo ou permanecer com sua principal característica que é ausência de busca por lucro e, em consequência, a competitividade.¹⁶⁶

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 325-237.

¹⁶⁵ PESTOFF, Victor; BRANDSEN, Taco. Public governance and the third Sector: opportunities for co-production and innovation. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. p. 224

¹⁶⁶ LESTER M., Salamon. *The resiliente sector revisited: the new challenge to nonprofit America*. 2 ed. Washington, D.C.: Brooking Instituion Press, 2015. Edição Kindle. Tradução livre do inglês: *In a sense*,

Trata-se de tema pouco abordado na doutrina brasileira e que merece reflexão mais aprofundada.

É de conhecimento geral que os entes federados perpassam por crise financeira quase de forma permanente. Em tempos de recursos escassos e em vista do princípio constitucional da eficiência, se torna necessário rever algumas características do terceiro setor.

Nessa toada, não se pode mais desconsiderar a aproximação das parcerias com o terceiro setor com aquelas travadas com o mercado. Não se mostra possível que, nas relações com as entidades não lucrativas, o Estado abstenha de comprovar a vantajosidade de determinada avença em detrimento da prestação direta, ou até mesmo pela execução indireta por meio da iniciativa privada (lucrativa).

Todavia, ao exigir do Estado que firme parcerias mais vantajosas, exige-se outrossim que as organizações do terceiro setor operem com a mesma competitividade da iniciativa privada, exigindo deste setor maior robustez administrativa e características que não lhes eram inerentes na época que tais parcerias eram baseadas na benemerência.

Victor Pestoff e Taco Branden entendem que o terceiro setor pode contribuir para a execução de serviços públicos por duas formas. A primeira, diz respeito à democratização, que, neste caso, deve ser entendida como coprodução, isto é, a possibilidade de participação direta do cidadão na prestação direta de serviços públicos, como a participação de pais nos serviços educacionais. A segunda forma consubstancia-se no poder de inovação do terceiro setor, entendida como a capacidade de renovar a forma como determinado serviço é prestado, ou até mesmo possibilitar a mudança de paradigmas na formulação de políticas públicas. Isto se deve ao fato do terceiro setor estar inserido dentro da sociedade civil, sendo campo fértil para a detecção de problemas e formulação de novas ideias. Entretanto, os supracitados autores ressaltam que a inovação não pode ser entendida como a capacidade de uma única organização poder executar novas técnicas que sejam mais eficientes a grupo restrito de usuários, mas sim a possibilidade destas novas competências poderem ser generalizadas para outras organizações, abarcando a coletividade em geral.¹⁶⁷

No Brasil, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), mediante o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS), parece fortalecer as

nonprofits have been forced to choose between two competing imperatives: a survival imperative and a distinctiveness imperative, between the things they need to do to survive in an increasingly demanding market environment and the things they need to do to retain their distinctiveness and basic Character.

¹⁶⁷ PESTOFF, Victor; BRANDSEN, Taco. Public governance and the third Sector: opportunities for co-production and innovation. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010. pp. 227-228.

contribuições do terceiro setor acima arroladas, que são a democratização e a inovação na prestação dos serviços sociais.

O PMIS define-se como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadão poderão apresentar propostas ao poder público, com a finalidade de ser avaliada a conveniência de realização de um chamamento público para a celebração de parceria (art. 18).

De acordo com o Manual MROSC/DF:

O PMIS leva a Administração Pública a refletir sobre a possibilidade de realizar parceria com a sociedade civil, para executar determinado programa público ou até mesmo para agendar alguma pauta ainda não atendida pelas políticas públicas existentes. Portanto, é ferramenta que permite a participação crescente da sociedade civil na definição de ações de interesse público

Mas vale ressaltar:

- o condicionamento do chamamento público ou da celebração de parceria à prévia realização do PMIS é vedado;
- a existência de manifestação oriunda do PMIS não obriga a administração a realizar um chamamento ou a realizar a celebração direta. [...]

Em caso de proposta apresentada por OSC e aprovada pela Administração Pública, a organização autora pode participar do chamamento, sem qualquer vantagem específica ou direito preferencial de celebração de parceria. Não há que se falar, por exemplo, em direitos autorais decorrentes da elaboração da proposta de PMIS, já que está expresso na legislação que a aprovação em PMIS pode gerar chamamento público, em que evidentemente poderão concorrer outras organizações. Portanto, se a organização disponibiliza a proposta para subsidiar a elaboração de edital de chamamento público, está disponibilizando sua concepção para uso pela Administração Pública.¹⁶⁸

Assim, o PMIS possibilita à Administração Pública tomar conhecimento de novas propostas para a realização de futuras parcerias, contudo, a apresentação da proposta não vincula a Administração a celebrar parceria com a proponente, porquanto é necessária a realização de chamamento público.

Desta feita, após a apresentação da proposta, a concepção das ideias apresentadas poderão ser utilizadas pelo poder público a fim de implementar novas política públicas, com a possibilidade de expandir tais concepções para outras organizações do terceiro setor, sendo possível, inclusive, que a proponente de determinado projeto ou atividade nunca venha a firmar parceria com o poder público em relação aquele objeto, posto que é necessário que esta organização da sociedade civil participe previamente do chamamento público e, posteriormente, saia vencedora do certame.

¹⁶⁸DISTRITO FEDERAL. Disponível em <https://www.casacivil.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2019/03/Manual-MROSC-DF-FINAL.pdf>. Acesso em 02.01.2023

4.2 Atividade de fomento

As atividades administrativas podem ser conceituadas como um “conjunto de atos e procedimentos realizados pela Administração com vistas à satisfação de necessidades coletivas.”¹⁶⁹

Estas podem ser classificadas como atividades de fomento, polícia administrativa e serviço público.¹⁷⁰

Na clássica lição de Luís Jordana de Pozas, fomento pode ser definido como:

[...] ação da administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou sejam consideradas de utilidade geral, sem usar de coação nem criar serviços públicos.¹⁷¹

Desta feita, vê-se que a atividade de fomento não envolve a criação de serviços públicos, tendo em vista que apenas almeja o estímulo do objeto fomentado. Nesse viés, Sílvio Luís Rocha, lastreado nos ensinamentos de Roberto Dromi, explicita que o fomento seria uma atividade persuasiva ou de estímulo, assim “[...] mediante o fomento, a Administração persegue fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização per se de prestações públicas.”¹⁷²

Célia Cunha Mello entende que as características fundamentais do fomento são:

- a) trata-se de função administrativa;
- b) está voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto;
- c) ausência de compulsoriedade;
- d) visa a satisfação indireta das necessidades públicas.¹⁷³

Trata-se, pois, de função administrativa, porquanto é atividade realizada pelo Estado que visa finalidade traçada no ordenamento jurídico.¹⁷⁴

¹⁶⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7) . p.23.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 78

¹⁷¹ POZAS, Luís Jordana. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48, 1949. p.46 (tradução livre do espanhol)

¹⁷² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p. 25.

¹⁷³ CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.27.

¹⁷⁴ CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.27.

A finalidade do fomento é proteger o objeto fomentado, por meio da indução estatal que se materializa por estímulos e incentivos, a fim de persuadir os agentes fomentados a adotarem comportamentos desejados.¹⁷⁵

Ademais, o aspecto voluntário é a nota essencial da ação fomentadora, porquanto somente àqueles que assim desejarem irão travar relações com o Estado, com o intuito de receber os incentivos ofertados. Desse modo, o particular é livre para receber ou não os incentivos públicos. Adverte-se, contudo, que uma vez firmada a avença o particular obriga-se com os termos ajustados.¹⁷⁶

A forma indireta de satisfazer os interesses públicos é o traço que o diferencia da prestação de serviços públicos, haja vista que o fomento se limita a estimular os particulares a realizarem determinadas atividades.¹⁷⁷

Na mesma esteira, Sílvio Luís Ferreira da Rocha distingue serviço público de fomento, na medida em que este visa alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública por via indireta, e, sobretudo porque tais fins e objetivos não configuram a prestação obrigatória da Administração Pública. Ou seja, fomento não é exigível pelos particulares em face do Estado.¹⁷⁸

Segundo o supracitado autor, outro princípio relacionado à atividade de fomento é o risco compartilhado, pois:

[...] o que impede considerar a atividade de fomento como mero ato de liberalidade administrativa, que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos par a atividade fomentada. Logo atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover.

A observância do princípio da repartição de riscos (previsto, inclusive, na Lei 4.320, de 1964, em seu artigo 16, quando, ao tratar das subvenções sociais, usa o termo suplementação de recursos de origem privada, indicando, portanto, que o fomento pressupõe o investimento de recursos privados na atividade incentivada) serviria para por fim à “farra” de transferências de recursos públicos a entes privados que, sob o pretexto de serem fomentados, passaram, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais, a gerir bens, servidores, e recursos públicos, sem a necessária contrapartida, como o que está ocorrendo com as entidades qualificadas como Organizações Sociais.¹⁷⁹

¹⁷⁵ CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.28.

¹⁷⁶ CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.29.

¹⁷⁷ CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.31.

¹⁷⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p.27

¹⁷⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7). p.33.

Depreende-se, portanto, que um dos aspectos distintivos do fomento é composto pela ausência de obrigatoriedade por parte do Estado de prestar o serviço em questão. Caso contrário, cuidar-se-ia de serviço público. Trata-se, então, o fomento de áreas em que o Estado não é o competente pela prestação do serviço, mas tem apenas a função de realizar o incentivo de objetos identificados pelo ordenamento jurídico. Como corolário lógico, não seria exigível juridicamente pelo particular os incentivos desejados, ante a falta de compulsoriedade já descrita.

Destaca-se, por fim, que não se desconhece a controvérsia doutrinária na definição do que seja serviço público, havendo àqueles que adotam um conceito amplo de serviço público e outros que adotam conceito restrito.

A título de exemplo, cita-se o conceito amplo de Hely Lopes Meirelles: “*Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidade essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.*”¹⁸⁰

Da análise do conceito acima, percebe-se que a atividade fomento encontra-se inserida dentro do conceito de serviço público, contrariando a tríade adotada de atividades administrativas nesse trabalho, que compreende o fomento, o serviço público e o poder de polícia.

Por essa razão, adota-se o conceito restrito exposto por Maria Sylvania de Zanella Di Pietro, para quem o serviço público é: “[...] *toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.*”¹⁸¹

Por fim, a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, por meio do art. 2º, inciso II, definiu serviço público como: “*atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública.*”¹⁸²

¹⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.425

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 138

¹⁸² BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm Acesso em 30.08.2021

Delineados os traços distintivos da atividade de fomento, passa-se a análise dos instrumentos positivados pela legislação, sem prejuízo da análise da ADI 1932 na seção 4.3.2.

4.3 Análise do objeto das parcerias: fomento ou prestação de serviços públicos?

No tópico anterior, foi conceituada a atividade de fomento, bem como traçadas as características principais, diferenciando esta função da prestação de serviços públicos.

Pontua-se que a correta delimitação conceitual da atividade de fomento da prestação de serviço público não é de cunho restritamente acadêmico, porquanto possui forte viés prático na concretização dos direitos fundamentais.

Considerando que a atividade de fomento se caracteriza por ausência de compulsoriedade e pela satisfação indireta das necessidades públicas, bem como pela ausência de competência estatal para a prestação de dado serviço, haja vista que, no fomento, o Estado tem a competência apenas para incentivar terceiros por meio de transferências ou outras sanções premiais, almejando, portanto, a persuasão dos particulares para realização de atividades de interesses coletivos.

Ante a ausência de compulsoriedade e competência para realização do serviço, o Estado não pode ser compelido a manter parceria, sendo a precariedade nota característica dos instrumentos que decorram da atividade fomento.

Lado outro, caso a Constituição da República tenha estipulado a competência para o Estado desempenhar determinado serviço, o poder público tem a obrigação de se desincumbir deste encargo por meio de seus órgãos ou por meio da delegação de serviços públicos.

Com base na distinção entre atividade de fomento e prestação de serviços públicos, é que serão analisados os instrumentos contidos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 e na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

4.3.1 Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: Contrato de Gestão

A Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais (OSs), a criação do Programa Nacional de Publicização (PNP), a

extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

Este ato normativo estabeleceu que o Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais (OSs), pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, que sejam dirigidas às atividades sociais do Estado, como: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, atendidos aos requisitos previstos na lei (art. 1º).

Por essa via, as Organizações Sociais não são a criação de nova entidade, mas sim a qualificação que é concedida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos.

A parceria é firmada entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social (art.5º), para fomento e execução de atividades relativas às relacionadas no art 1º.

Tem-se, portanto, que, por dicção legal, as parcerias instrumentalizadas pelo contrato de gestão teriam as seguintes finalidades: a) fomento e b) execução de atividades relacionadas às atividades sociais do Estado.

Destaca-se que as pessoas jurídicas de direito privado devem cumprir alguns requisitos para receber a qualificação de organização social, dentre eles cita-se: a previsão expressa de a entidade ter, como órgão de deliberação superior e direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, sendo obrigatória a previsão de participação, no conselho superior, de representantes do poder público. (art. 2º).

No âmbito específico da área da saúde, a OS que absorver atividades de entidade federal extinta deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS).

Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bem públicos no cumprimento do cumprimento do contrato de gestão (art. 12), bem como é facultado ao Poder Executivo realizar a cessão especial de servidores, com ônus para a origem (art. 14).

Na esfera federal, o Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017, regulamentou o Programa Nacional de Publicização (PNP). Este ato regulamentar estabeleceu as seguintes fases para o processo de qualificação em seu art. 6º: a) decisão de publicização; b) seleção da entidade privada; c) publicação do ato de qualificação; d) celebração do contrato de gestão.

Em relação a proposta de publicização, saliente-se que o art. 7º do ato regulamentar arrola, de forma pormenorizada, os requisitos para a proposta de publicização.¹⁸³ Extrai-se do dispositivo mencionado que o objetivo da parceria é melhorar a prestação de serviços com a adoção do modelo da organização social, com a demonstração do custo benefício esperado da absorção da atividade pela organização social em substituição à atuação direta do Estado e, por fim, a estimativa de recursos financeiros durante o primeiro ano de vigência do contrato de gestão e para os três exercícios subsequentes.

Nessa senda, tem-se claro que o objetivo do contrato de gestão é absorver atividades de órgãos estatais, desde que se comprove o custo-benefício da transferência e a melhoria na prestação de serviços públicos.

Para o atingimento dessa missão, o Estado compromete-se a realizar transferências financeiras, cessão de bens públicos e servidores às entidades qualificadas como organização social.

Nesse compasso, não se trata de estimular o privado a adotar comportamento benéfico para a sociedade por meio de incentivos, mas sim de delegação de serviço público, pois o Estado repassa ao privado, por meio do contrato de gestão, a gestão do serviço público que lhe cabia anteriormente. Tanto que para levar a cabo a publicização é necessário procedimento que comprove o custo-benefício desta delegação, bem como os objetivos em termos de melhoria do serviço para o cidadão-cliente.

Outra característica do contrato de gestão é o fato de possuir certa perenidade, posto que visa à execução de atividades que o Estado não se pode demitir, nessa via o decreto regulamentar estabelece que o contrato de gestão terá vigência plurianual (§2º do art. 14), fato que vai de encontro à transitoriedade do fomento.

Para Di Pietro, o terceiro setor não desempenha serviço público delegado como regra geral. Entretanto, para a referida autora, as Organizações Sociais desempenham serviço público delegado. Conforme a autora, *in verbis*:

Embora enquadradas, em regra, como entidades de colaboração que integram o terceiro setor, na realidade, apresentam uma peculiaridade em relação às demais: elas, como regra geral, prestam serviços públicos por delegação do poder público. Elas se substituem ao poder público na prestação de uma atividade que a este incumbe; prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas com por iniciativa particular, a sua qualificação como organização social constitui

¹⁸³BRASIL. Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9190.htm Acesso em 30.08.2021

iniciativa do poder público é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público.¹⁸⁴

No que concerne especificamente aos contratos de gestão, Celso Antônio Bandeira de Mello tece diversas críticas ao modelo proposto, principalmente por considerar que há flagrante desrespeito ao art. 175 da Constituição Federal, o qual estipula a obrigatoriedade de licitação para a delegação de serviços públicos. Nessa esteira, por ser a qualificação de organização social ato discricionário do Ministro de Estado, haveria ofensa à obrigatoriedade de licitar e ao princípio da moralidade e da igualdade.¹⁸⁵

A par da crítica exposta, o importante notar é que, sobre os contratos de gestão, o eminente publicista também considera que tais vínculos propiciam a delegação de serviços públicos, pois as organizações sociais teriam por escopo assumir competências próprias de órgãos públicos que viriam a ser extintos.

Tem-se, ainda, que durante a Pandemia do Coronavírus boa parte dos Hospitais de Campanha foram instrumentalizados por meio de contrato de gestão. A título de exemplo, cita-se o Contrato nº 027/2020, do Estado do Rio de Janeiro, que previu a prestação de serviços para implementação de 1.400 (mil e quatrocentos) leitos para atendimento aos pacientes infectados com Coronavírus.¹⁸⁶

Por todo exposto, na esteira defendida por Di Pietro, entende-se que os contratos de gestão são meio de delegação de serviços públicos, pois visam a transferência da gestão de serviços que são próprios do Estado e, por conseguinte, delegação de serviços públicos a entidades privadas.

4.3.2 Análise da ADI 1923, julgada pelo Supremo Tribunal Federal

Após a publicação da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, foi interposta a ação direta de Inconstitucionalidade de nº 1.923, que pretendia declarar a inconstitucionalidade do referido ato normativo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade das parcerias com o terceiro setor nas áreas sociais.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 328-329.

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 231

¹⁸⁶ RIO DE JANEIRO. Contrato 027/2020. Secretaria de Saúde. Disponível em <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzE0NDg%2C>. Acesso em 30.08.2021.

Um dos argumentos utilizados para o pedido de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, consistia na afronta ao dever de licitar para a delegação de serviços públicos, conforme a dicção do art. 175 da Constituição da República.

De acordo com o voto vencedor, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os serviços públicos sociais, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais (como fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicações), não se sujeitam à disciplina do art. 175 da Constituição República, tendo em vista que os serviços públicos sociais são classificados como serviços públicos não exclusivos, isto é, o poder público e a iniciativa privada possuem a titularidade destes serviços, podendo prestá-los em nome próprio.

Cumprir destacar que, para parte da literatura, os serviços públicos não exclusivos somente possuem a natureza de serviços públicos quando prestados pelo Estado; quando prestados pela iniciativa privada, classificar-se-iam como serviços públicos impróprios, isto é, não possuiriam natureza jurídica de serviços públicos, sendo impropriamente chamados de serviços públicos. Neste último caso, estaria ausente a gestão direta ou indireta do Estado, o que justificaria a presente distinção.¹⁸⁷

Todavia, existe posição diametralmente oposta, a qual defende que a mudança do prestador de determinado serviço público não teria o condão de descaracterizar a natureza de serviços público, a título de exemplo, cita-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.266.¹⁸⁸

O Supremo Tribunal Federal, com base na jurisprudência da ADI 1.266, desenvolve o raciocínio que os serviços públicos não exclusivos são serviços públicos em sentido jurídico, independentemente de quem os execute, seja o Estado, seja a iniciativa privada.

Assim, em relação aos serviços sociais, não seria aplicável o art. 175 da Constituição da República, posto que não há que se falar em delegação, já que a iniciativa privada pode prestar estes serviços em nome próprio, como titular da atividade que almeja desempenhar.

Desta feita, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não se pode confundir o regime aplicável aos serviços público exclusivos, regrado pelo art. 175 da Constituição da República (como os serviços industriais), com o regime dos serviços públicos sociais, que se enquadram como serviços públicos não exclusivos, já abertos à iniciativa privada.

Nesse compasso, as organizações do terceiro setor prestariam serviços públicos sociais autonomamente, sem a necessidade de qualquer ato de delegação do Poder

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 144-147.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Diário de Justiça da União, 23.11. 2005.

Executivo, classificando o contrato de gestão como ato de fomento daquela atividade que seja considerada de interesse público.

Nesse sentido, parte da ementa do referido julgado estabelece que:

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator¹⁸⁹

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015.

Entende-se acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal no que concerne à distinção dos regimes jurídicos aplicáveis aos serviços públicos sociais e serviços públicos industriais.

Depreende-se do *caput* do art. 175 da Constituição que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. Regulamentando o art. 175 da Constituição da República, foi publicada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

O regime de concessão e permissão de serviços público é claramente incabível às parcerias com o terceiro setor. A uma, porque o Parágrafo Único, I, do art. 175, deixa claro que as disposições da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, têm como destinatárias empresas concessionárias ou permissionárias, ou seja, organização privadas com fins lucrativos. A duas, porque a remuneração das concessionárias e permissionárias é construída a partir de tarifas cobradas dos usuários dos serviços, sendo inconcebível a cobrança destas nos serviços sociais.

Por outro lado, entende-se equivocada a aproximação do regime jurídico das parcerias do Estado com o terceiro setor e o regime jurídico de organizações privadas que não possuem vínculo com o poder público, sejam elas lucrativas ou não.

A título de exemplo, cita-se o direito à educação. O art. 205 da Constituição da República prescreve que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Do dispositivo retrocitado, constata-se que a Constituição da República expressamente envolve a sociedade na prestação dos serviços educacionais.

De forma mais clara, o art. 209 estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que haja o cumprimento das normais gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A Constituição da República permite que a iniciativa privada preste serviços ligados à educação, a exemplo de uma escola particular que realize a cobrança de mensalidades de seus alunos. Esta escola, por disposição expressa, estará adstrita ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, ante a importância do serviço que é prestado.

A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.266, não é correto considerar esta atividade como serviço público. Adverte-se, primeiramente, que, no precitado julgamento, a classificação de serviços educacionais prestados pela iniciativa privada como serviço público não era o ponto fulcral da questão debatida, tendo os ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence consignado,

de forma expressa, que tais serviços, quando prestados pela iniciativa privada, não podem ser classificados como serviço público em sentido próprio. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, explicitou que a referida classificação não era necessária para o enfrentamento da questão trazida na ADI 1.266, de toda sorte, clarificou que o não pagamento de mensalidades de alunos desobriga escolas privadas de prestarem serviços educacionais, ou seja, entidades privadas não são obrigadas a fornecer tais serviços sem a devida contraprestação. De modo semelhante, o ministro Joaquim Barbosa também entendeu que este caso não seria de inteira semelhança quando prestado pelo Estado.

Em resumo, em que pese constar na ementa que os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviços públicos não privativos, o referido acórdão não enfrentou a questão de forma expressa, de modo a concluir que o Supremo Tribunal Federal teria adotado a posição de que, mesmo nos casos em que a iniciativa privada preste serviços sociais, estes poderiam ser considerados serviços públicos próprios.

Defende-se, neste trabalho, que os serviços sociais, quando prestados pela iniciativa privada, não podem ser configurados como serviços públicos, ante a ausência de suas características fundamentais, como a inaplicabilidade do princípio da continuidade do serviço público e da generalidade. Cabível este entendimento, inclusive, para as organizações do terceiro setor que não mantenham vínculos de parceria com o Estado, desse modo, não haveria diferença na natureza jurídica dos serviços educacionais prestados por determinada associação dos serviços educacionais prestados por entidade que visam ao lucro.

Situação diversa é aquela na qual o Estado pretende diminuir a sua própria estrutura e, mediante estudo prévio, resolve publicizar determinada atividade via contrato de gestão, com a transferência da execução de serviços públicos para organizações sociais, com o repasse de recursos e a possibilidade de cessão de servidores públicos.

Nesta hipótese, configura-se delegação de serviço público, não por concessão ou permissão, visto que incabíveis tais modelagens contratuais para o terceiro setor, mas por meio de contrato de gestão, o qual já traz as atividades, as metas e os objetivos a serem alcançados.

Trata-se de delegação, pois, a gestão deste serviço fora cometida previamente ao Estado, estando ele responsável pelo fornecimento do serviço, ainda que de forma indireta. Neste caso, o Estado não se demite da responsabilidade pela disponibilização do serviço, ainda que não o execute de forma direta. Desse modo, o art. 8º da Lei nº 9.637, de 15 de

maio de 1988, preceitua que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente da atividade fomentada, bem como o §2º do dispositivo em comento determina que os resultados atingidos pela execução do contrato de gestão serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação.

Sob este aspecto, o voto vencedor do Ministro Luiz Fux que, ao analisar a constitucionalidade da Lei nº 9.637, assim dispôs:

[...]

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (CF, art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a *prestação dos serviços sociais* – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais⁷. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema, afirma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”⁸, porquanto fortemente calcada na efetivação do princípio da *consensualidade* e da *participação* no direito administrativo.¹⁹⁰

[...]

O excerto do voto acima transcrito, na linha da doutrina tradicional, correlaciona a atividade de fomento à parceria firmado do Estado com o terceiro setor.

Talvez essa correlação decorra do próprio desenvolvimento do terceiro setor, que, inicialmente, deu-se da forma espontânea com verbas privadas. Contudo, o recrudescimento desta atividade, ao menos no Brasil, foi concomitante à redefinição do papel do Estado, com

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015.

o reconhecimento de esfera pública não-estatal que seria mais capacitada em termos gerenciais para a execução de prestações sociais, fato que possibilitaria ao Estado repassar recursos e pessoal para o desempenho de encargos constitucionais.

Uma vez definida a constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, cabe aos gestores democraticamente eleitos escolherem a forma que seja mais eficiente de prestação dos serviços sociais, não havendo, portanto, a obrigatoriedade da utilização do contrato de gestão.

Nesse sentido, se cabe ao gestor decidir, no âmbito da discricionariedade, a forma, direta ou indireta, da prestação dos serviços sociais que a Constituição atribuiu ao ente público; pode-se afirmar, com certa margem de certeza, que não se trata de fomento, mas sim de prestação de serviços públicos pela via indireta.

Veja-se que haveria contradição admitir-se que certa organização social absorveria determinado serviço, que anteriormente era executado por órgão estatal, por meio de fomento, visto que esta atividade visa a satisfação indireta de necessidade públicas. Nesse sentido, defender que a atividade desenvolvida pela organização social é fomentada pelo Estado, é defender que o Estado antes da publicização não prestava serviço público quando desenvolvia esta mesma atividade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em verdade, desloca a discussão para o atendimento do cidadão (usuário) do serviço, ou seja, permite aos gestores executarem a política pública da forma que entenderem mais conveniente, mas de forma alguma demite o Estado das suas obrigações constitucionais.

Nesse sentido, Fernando Borges Mânica conclui que:

[...] a saúde é dever do Estado; mas não é só isso. É também dever do Estado adotar os modelos administrativos mais eficientes para a prestação serviços de saúde. Caminha-se, assim, do reconhecimento da constitucionalidade das parcerias na saúde para a exigência de sua celebração (e devida execução) como forma de garantir direitos fundamentais tão caros à população nacional. Assim como o Poder Judiciário impõe ao Estado o dever de fornecer medicamentos, em um futuro próximo, o Poder Judiciário imporá ao Estado a adoção de formas eficientes e adequadas para a prestação de serviços complexos, caros e sensíveis, como são os serviços de saúde. [...]

Deve-se, de outro bordo, reconhecer que a preponderância material do direito à saúde sobre a forma estatal de sua prestação, finalmente reconhecida de modo retumbante pelo STF, ainda encontra alguma resistência na doutrina, em decisões judiciais e na atuação de alguns órgãos de controle e fiscalização brasileiros. Não raro percebe-se a insistência em encaixar novos reclamos sociais, novas realidades, novos métodos de trabalho e novas tecnologias em velhos modelos de ação.¹⁹¹

¹⁹¹ MANICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor de saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Curitiba, n. 7, 2017. p. 47-76.

Sob este ângulo, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu o princípio da subsidiariedade, que defende a primazia da iniciativa privada sobre a atuação estatal, mas sim as ideias defendidas pela *New Public Governance*, posto que cabe ao Estado coordenar os atores que prestam serviços sociais a depender da realidade fática encontrada, buscando o caminho da eficiência. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico não impõe ao gestor público que promova a delegação de serviços sociais de forma apriorística, devendo, ao revés, realizar o mapeamento da situação para verificar a pertinência desta decisão.

Saliente-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.923, diz respeito somente à Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. No entanto, é forte vetor axiológico de como a Suprema Corte enxerga as parcerias com o terceiro setor, mormente a se considerar que a Lei nº 9.637 é o ato normativo que propicia maior atuação do setor público não-estatal, inclusive com a absorção de atividades de órgãos públicos, a possibilidade de contar com servidores cedidos, e o recebimento de verbas públicas para a manutenção do serviço delegado.

4.3.3 Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: Termo de Parceria

O Termo de Parceria é o instrumento utilizado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) destinado à formação do vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução de atividades de interesses públicos (art. 9º).

Salienta-se que podem qualificar-se como OSCIP as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem regular há, no mínimo 3 (três) anos, desde que os objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos da lei (art. 1º).

Diferentemente das Organizações Sociais (OS) – nas quais é obrigatória a participação de servidores no conselho de administração, nas OSCIP tal participação é facultativa.

Do cotejo entre OS e OSCIP, a principal diferença reside que a primeira visa à absorção de atividade de órgãos públicos, enquanto as últimas não possuem a finalidade de tomar para si competências estatais.

Por essa via, o Relatório OSCIP e OS – Perfil das Organização Social e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público em atividade no Brasil, elaborado pelo IPEA, afirma que:

De acordo com Reis e Silva (2016), a instituição das OSs surgiu pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, fruto de um dos pilares do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, concebido pelo extinto Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). Já a instituição das OSCIPs foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, e Portaria nº 361, de 27 de junho de 1999, como resultado de um movimento promovido pelo Conselho da Comunidade Solidária, que buscava uma alternativa à figura do convênio, com maior flexibilidade e responsabilização dos gestores, para fortalecer a sociedade civil organizada.¹⁹²

Nessa esteira, Di Pietro entende que as parcerias com as OSCIP devem-se limitar à atividade fomento. A referida autora aduz que:

Em relação às OSCIPS, o Poder Público deve limitar-se a exercer atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público, tal como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública, às entidades filantrópicas, aos serviços sociais autônomos.

Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade para ajudá-la, incentivá-la, a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendam a necessidades coletivas.¹⁹³

Sob esse prisma, entende-se que os termos de parcerias devam ser utilizados como mecanismo de fomento, ou seja, para objetos que o Estado não tenha o dever de prestar serviços públicos próprios.

Desse modo, por meio dos termos de parcerias não haveria a absorção de atividades que sejam consideradas como serviços públicos, porquanto, neste caso, o Estado não pretende desincumbir-se da prestação destes por terceiros, mas tão somente persuadir particulares a executarem atividades que sejam do interesse público.

Nessa esteira, o art. 1º, §2º, da Lei 9.790, de 23 março de 1999, estabelece que a outorga de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos na supracitada lei. Nesse sentido, verifica-se que o intuito do diploma legal ora em análise difere daquele instituído pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1988, a qual visa a diminuição do aparelho do Estado.

¹⁹² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Relatório OSCIP e OS: perfil das organizações da sociedade civil no Brasil*. Brasília: julho de 2020. Disponível em <https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/7883-relatorioososcipfinal.pdf>. Acesso em 30.08.2021.

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019., p. 370.

Adverte-se, no entanto, que segundo o art. 23 da lei de regência, a qualificação como OSCIP, por si só, não dá ensejo à celebração do Termo de Parceria, sendo necessária a publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro, a saber:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria. (Redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 2011) ¹⁹⁴

Ressalta-se que a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, não traz a definição de projetos, tampouco o Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999. Dentre os diplomas normativos objeto deste estudo, somente a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, conceitua projetos em contraposição a atividades:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

III-A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

III-B - projeto: conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Projeto define-se, portanto, como conjunto de operações limitadas no tempo para geração de um produto. Da definição exposta, vislumbra-se dois elementos: tempo e resultado¹⁹⁵, os quais vão de encontro às características dos serviços públicos.

Em que pese a variedade de definições de serviços públicos, o conceito envolve obrigatoriamente a noção de atividade, isto é, o conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, sendo, inclusive, a continuidade do serviço público um de seus princípios reitores (art. 6º, §1º, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

Por essa via, entende que o Termo de Parceria é instrumento cabível apenas para atividades de fomento, na medida em que a seleção da OSCIP se dá por meio de concursos

¹⁹⁴BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3100.htm Acesso em 06.01.2023.

¹⁹⁵ LOPES, Laís de Figueirêdo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

de projetos, sendo inviável, pois, considerar que há a prestação de serviços públicos, mormente por estes envolverem a noção de atividade.

Ademais, mostra-se incabível que determinado serviço público tenha por escopo a geração de produto específico.

Não obstante, destaca-se que o entendimento de que a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, possuiria abrangência apenas no âmbito federal – ante a natureza convenial do termo de parceria – proporcionou aos outros entes subnacionais a promulgação de diplomas normativos que regem a matéria de forma diversa daquela estipulada pelo governo federal.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, por exemplo, vigeu a Lei Estadual n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, que disciplinava tão somente as parcerias com as OSCIP, sem o regramento das OS. Tal situação somente viria a ser alterada com a edição da Lei Estadual nº 23.081, de 10 agosto de 2018.

O art. 2º da Lei Estadual nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003, previa que o poder público e a entidade qualificada como OSCIP poderiam firmar termo de parceria destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades de interesse público. Evidencia-se que, durante a vigência deste ato normativo, o Termo de Parceria era utilizado para a execução de atividades, permitindo, no âmbito do estado de Minas Gerais, a execução de serviços públicos com entidades qualificadas como OSCIPS.

Desta feita, constatou-se, na realidade fática, certa intercambialidade entre as funções de fomento e a prestação de serviços públicos por intermédio das OSCIPS, sem que houvesse bases definidas para o reconhecimento de eventual ilegalidade na hipótese de execução de serviços públicos.

Abaixo, o quadro trazido pelo Relatório OSCIP e OS – Perfil das Organização Social e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público em atividade no Brasil

Quadro 2 – Áreas e subáreas de atuação OS e OSCIP

| ÁREAS E SUBÁREAS DE ATUAÇÃO | | | | |
|---|------------|---------------|--------------|--------------|
| | OS | | OSCIP | |
| | QTD | % | QTD | % |
| 1. Assistência Social | 117 | 10,50% | 473 | 6,71% |
| 1.1. Assistência Social | 117 | 10,50% | 473 | 6,71% |
| 2. Associações patronais e profissionais | 28 | 2,51% | 124 | 1,76% |
| 2.1. Associações empresariais patronais | 4 | 0,36% | 44 | 0,62% |
| 2.2. Associações profissionais | 20 | 1,80% | 73 | 1,04% |
| 2.3. Associações de produtores rurais, pescadores e similares | 4 | 0,36% | 7 | 0,10% |

| | | | | |
|--|-------------|---------------|-------------|---------------|
| 3. Cultura e recreação | 147 | 13,20% | 538 | 7,64% |
| 3.1. Esportes e recreação | 57 | 5,12% | 112 | 1,59% |
| 3.2. Cultura e arte | 90 | 8,08% | 426 | 6,05% |
| 4. Desenvolvimento e defesa de direitos e interesses | 350 | 31,42% | 4073 | 57,81% |
| 4.1. Desenvolvimento e defesa de direitos | 350 | 31,42% | 4073 | 57,81% |
| 5. Educação e pesquisa | 110 | 9,87% | 492 | 6,98% |
| 5.1. Educação infantil | 55 | 4,94% | 52 | 0,74% |
| 5.2. Estudos e pesquisas | 3 | 0,27% | 121 | 1,72% |
| 5.3. Educação profissional | 2 | 0,18% | 30 | 0,43% |
| 5.4. Ensino médio | 0 | 0,00% | 3 | 0,04% |
| 5.5. Ensino fundamental | 2 | 0,18% | 26 | 0,37% |
| 5.6. Educação superior | 3 | 0,27% | 11 | 0,16% |
| 5.7. Outras formas de educação/ ensino | 36 | 3,23% | 205 | 2,91% |
| 5.8. Atividades de apoio à educação | 9 | 0,81% | 44 | 0,62% |
| 6. Saúde | 66 | 5,92% | 322 | 4,57% |
| 6.1. Hospitais | 8 | 0,72% | 59 | 0,84% |
| 6.2. Outros serviços de saúde | 58 | 5,21% | 263 | 3,73% |
| 7. Religião | 14 | 1,26% | 33 | 0,47% |
| 7.1. Religião | 14 | 1,26% | 33 | 0,47% |
| 8. Outras atividades associativas | 235 | 21,10% | 717 | 10,18% |
| 8.1. Associações em atividades não especificadas anteriormente | 235 | 21,10% | 718 | 10,19% |
| 9. Outras organizações da sociedade civil | 47 | 4,22% | 274 | 3,89% |
| 9.1. Outras organizações da sociedade civil | 47 | 4,22% | 274 | 3,89% |
| TOTAL | 1114 | 100% | 7046 | 100% |

Fonte BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório OSCIP e OS: perfil das organizações da sociedade civil no Brasil. Brasília: julho de 2020. Disponível em <https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/7883-relatorioososcipfinal.pdf>. Acesso em 30.08.2021.

Portanto, *a priori*, o Termo de Parceria, em cotejo, com o Contrato de Gestão é instrumento adequado para realizar atividade de fomento, principalmente pelo objeto da parceria que trata da execução de projetos.

4.3.4 Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014: Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 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; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

Conforme dito anteriormente, as entidades do terceiro setor que não fossem qualificadas como OS ou OSCIP não restavam impedidas de realizar parcerias com o Estado, sendo que o instrumento utilizado nesses casos era o convênio, conforme o estipulado no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993.

Ocorre que o Convênio não se mostrou instrumento adequado para regular as parcerias entre o Estado e as entidades do terceiro setor pela ausência de maior detalhamento no acompanhamento, fiscalização e prestação de contas destas parcerias.

Com a finalidade de suprir esta lacuna, é que foi publicada a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, também conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).

Esta norma trouxe três instrumentos para a realização das parcerias, quais sejam: Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação.

Pela importância das definições, são transcritos os conceitos positivados na lei supracitada:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)¹⁹⁶

¹⁹⁶BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm Acesso em 30.08.21

O Termo de Colaboração é instrumento por meio do qual a administração pública busca a consecução de finalidade já delimitada previamente por ela própria, mediante o repasse de recursos financeiros.

Lado outro, no Termo de Fomento a parceria tem o escopo de perseguir finalidades públicas, mas as propostas partem das organizações da sociedade civil.

Em ambos instrumentos, há transferência de recursos financeiros e a persecução de finalidades de interesse público, o traço que as distingue é que, no Termo de Colaboração, a parceria tem por objeto uma política já previamente delimitada pelo poder público, enquanto que, no Termo de Fomento, a parceria visa a execução de ações que foram propostas pela organização da sociedade civil.

Sobre o tema, Laís de Figueirêdo Lopes leciona que:

Analisando a doutrina de direito público, mais especificamente a que se refere ao serviço público e ao fomento como atividade administrativa do Estado, percebe-se que as duas formas estabelecidas pelo novo regime – fomento e colaboração – foram inspiradas em suas aproximações e diferenças nas concepções mais contemporâneas.

A Lei nº 13.019/2014, por um lado, admite que as Organizações da Sociedade Civil colaborem com o Estado na execução de políticas públicas necessárias, oferecendo serviços públicos à população que constitucional ou legalmente são concorrentes na sua implementação por entidades privadas sem fins lucrativos, ou seja, serviços públicos não privativos do Estado. Por outro, também admite que sejam fomentadas ideias novas de interesse público gestadas no bojo das próprias Organizações da Sociedade Civil, mas que não criam serviços públicos e sim conformam produtos que satisfaçam interesses compartilhados com a administração pública.

A nova lei traz no reconhecimento das duas formas legítimas de atuação do Estado com as Organizações da Sociedade Civil a coexistência das ferramentas. Compartilhamos da ideia de que o Estado deve ser forte e deve entregar serviços públicos diretamente e de qualidade para a população, de forma imediata. Mas essa assertiva não pode ser desconectada do reconhecimento constitucional e legal de Organizações da Sociedade Civil que também atuam na esfera pública oferecendo à população, em parceria com o Estado, serviços públicos de forma mediata.¹⁹⁷

Tem-se, portanto, que o Marco Regulatório da Organizações da Sociedade Civil concebeu dois instrumentos diferentes de atuação dos particulares em parceria com o Estado.

¹⁹⁷ LOPES, Laís de Figueirêdo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

O primeiro seria o Termo de Fomento, instrumento pelo qual o Estado tem a possibilidade de executar ações por meio de propostas advindas das organizações da sociedade civil e, com transferências de recursos financeiros, incentivá-las a promoverem a execução de atividades de interesse público. Por outro lado, a colaboração aproxima-se, em certa medida, na prestação de serviços públicos, haja vista que se trata de executar determinada política pública previamente definida, da qual – muitas vezes – o Estado foi incumbido constitucionalmente. Ressalva-se que não são todos os termos de colaboração que hão de executar serviço público, até mesmo pelo fato que as parcerias instrumentalizadas nestes abarcam objetos que compreendem projetos e atividades.

Ademais, corroborando o posicionamento que os termos de colaboração são instrumentos aptos à prestação de serviços públicos, cita-se o §1º do art. 39 da supracitada lei:

Art. 39. Ficar impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que

§ 1º Nas hipóteses deste artigo, é igualmente vedada a transferência de novos recursos no âmbito de parcerias em execução, excetuando-se os casos de serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública, sob pena de responsabilidade solidária.¹⁹⁸

O Marco Regulatório das Organizações Sociais trouxe complexo regramento que trata sobre a execução, monitoramento, prestação de contas e fiscalização das parcerias, considerado por muitos como rol de medidas moralizadoras diante das altas cifras repassadas ao terceiro setor. Assim, via de regra, havendo inconsistências na prestação de contas, o Estado resta vedado de realizar novas transferências de verbas públicas.

Entretanto, no caso de serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, permite-se a transferência de novos recursos mesmo que tenham sido constatadas inconsistências na execução das parcerias.

Nessa toada, esse dispositivo legal concretiza o princípio da continuidade dos serviços públicos, assim definido por Carvalho Filho:

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm Acesso em 30.08.21.

não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade.¹⁹⁹

Veja que o conceito de atividades essenciais que não podem ser adiadas vai de encontro ao conceito de fomento público, pois este trata de persuasão de particulares por meio de incentivos para execução de serviços que o Estado não é o competente para realizar a prestação. Difícil imaginar hipótese de serviço essencial que seria classificado como atividade de fomento.

No âmbito federal, o Decreto 8.726, de 27 de abril 2016, restringiu a utilização do termo de fomento para a consecução de projetos (art. 2º, §2º). Desta feita, à semelhança do que ocorre com os termos de parcerias, incabível a utilização deste instrumento para a prestação de serviços públicos.

Por essa linha de intelecção, em análise ao regramento legal, entende-se que o Marco Regulatório permite a prestação de serviços públicos por Termo de Colaboração e a promoção de fomento via Termo de Fomento.

No âmbito de Estado de Minas, a gestão do sistema prisional é executada, por diversas formas, com a utilização de parceria público-privada, por intermédio do terceiro setor e pela execução direta do Estado.

O Contrato de Concessão Administrativa de n. 336039.54.1338.09 consubstanciou a concessão administrativa para a construção e gestão do Complexo Penal na Região Metropolitana.²⁰⁰ Noutro norte, o Estado estabelece termos de colaboração para a execução de pena com as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACs).²⁰¹

Para além das figuras já tratadas, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil também rege o Acordo de Cooperação. Este instrumento difere dos anteriores por não envolver a transferência de recursos financeiros, ainda que possa envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outras formas de compartilhamento de recursos patrimoniais (art. 29).

Considerando que a prestação de serviços públicos geralmente traz elevados custos, a ausência de transferências financeiras impede a delegação destes serviços, sendo, portanto, o Acordo de Cooperação apto a instrumentalizar atividades de fomento.

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31

²⁰⁰ MINAS GERAIS. Contrato de Concessão 027/2020. Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/Penal/Contrato%20e%20Extrato%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20PPP%20Complexo%20Penal.pdf>. Acesso em 24.03.2023.

²⁰¹ MINAS GERAIS. Unidades Apacs. Disponível em <http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/index.php/unidades/unidades-apac>. Acesso em 24.03.2023.

4.3.5 Lei 14.133, de 01 de abril de 2021: Convênios

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no art. 184, manteve a figura do Convênio já existente na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em consonância com o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, a utilização dos convênios nas parcerias com o terceiro setor ficou restrita à hipótese do §1º do art. 199 da Constituição Federal, que trata da participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que as disposições dela decorrentes somente se aplicam na ausência de regramento específico.

Em que pese não ser exigível o chamamento público para a celebração de convênios com entidades do terceiro setor para serviços de saúde integrantes do SUS, por força do art. 16-A do Decreto 6.70, de 25 de julho de 2007, tem-se que todo a conformação deste ato normativo dirige-se a projetos, fato que inviabiliza a prestação de serviços públicos por meio de convênios.

Além disso, como já discutido na seção 2.6.7 deste trabalho, os serviços de saúde que sejam tabelados devem ser contratados por contratos de compra e venda, igualmente ocorre com as entidades lucrativas.

Este tema já foi abordado no capítulo sobre a natureza contratual dos convênios, expondo que o Tribunal de Contas da União ordenou que os serviços de saúde tabelados, devem ser realizados por meio de Contrato Administrativo em detrimento do Convênio, assim, impossibilita-se a utilização deste instrumento para a delegação de serviços públicos.

Realizado o cotejo dos diplomas legais, classificando-os como aptos a viabilizarem atividades de fomento ou prestação de serviços públicos, no Capítulo 5 há a exposição dos critérios para a utilização de cada um dos regramentos jurídicos estudados.

Conforme abordado no Capítulo 5, a classificação como fomento ou prestação de serviço público servirá como norte para a distinção dos regimes jurídicos, não sendo a distinção em comento o critério em si, na medida em que há interconexões entre os instrumentos jurídicos positivados.

À título de exemplo, o Termo de Colaboração quando tenha por objeto a execução de atividade perfectibiliza a prestação de serviço público, à semelhança do Contrato de Gestão. Contudo, tal fato não impede o delineamento de critérios para utilização destes

instrumentos lastreados na motivação do procedimento a embasar a celebração de determinada parceria.

5 CRITÉRIOS PARA A ADOÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS

5.1 Dos motivos para adoção das parcerias com terceiro setor

A participação da sociedade civil na prestação de serviços públicos restou aumentada em decorrência das propostas da *New Public Management*, a qual pretendia diminuir o tamanho do Estado com a transferência dos serviços sociais para os espaços públicos não-estatais.

Este é o mote da corrente neoliberal que encontrou ressonância no Brasil e em outros países, como tratado no terceiro capítulo deste estudo, inclusive com a Reforma do Aparelho do Estado operada no idos dos anos 90 do século passado.

Então, pode-se dizer que um dos motivos que dá ensejo às parcerias do Estado com o terceiro setor consiste na conveniência de reduzir a burocracia estatal, a fim de que melhores serviços sejam prestados para a população em geral.

O movimento reformista brasileiro utilizou-se do princípio da subsidiariedade, o qual defende a primazia do setor privado sobre o setor público na prestação de serviços, cabendo o Estado atuar somente quando comprovada a ineficiência do setor privado em determinada área.²⁰²

Relembra-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.923, não acolheu o princípio da subsidiariedade, pois, ao entender pela constitucionalidade da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, expôs que não há modelo pré-concebido de Estado, podendo os gestores públicos decidirem a forma de prestação de serviços públicos, desde que respeitados os princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição da República.²⁰³

Deste modo, não há que se falar em primazia da iniciativa privada, tampouco de monopólio estatal na prestação de serviços, neste sentido o Decreto 9.190, que regulamenta Programa Nacional de Publicização, estabelece que a ênfase na publicização de atividades estatais focaliza-se no melhor atendimento do cliente-cidadão, nos resultados pactuados e, também, no controle social de forma transparente (art. 1º).

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015.

Todavia, reafirma-se, também, que a prestação de serviços pelo terceiro setor não é movimento recente, cita-se a atuação das Casas de Misericórdias, instituições existentes até os dias atuais, mas que estão presentes no Brasil desde o governo da coroa portuguesa.²⁰⁴

De acordo com Evelina Dagnino, há confluência perversa entre o projeto liberal e um projeto de maior participação de sociedade civil, que teria se desenvolvido com o fim dos regimes autoritários, tendo como marco formal a Constituição de 1988, que “*consagrou o princípio de participação da sociedade civil.*”²⁰⁵

Há, portanto, movimentos sociais que pretendem ter maior participação na vida pública, sendo que a Constituição de 1988 previu diversas formas de participação da sociedade civil nas políticas setoriais, como a participação de cidadãos nos conselhos integrantes dos órgãos públicos. À título de exemplo cita-se a composição do Conselho de Saúde que, a teor da Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, é formado por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. O referido conselho tem caráter permanente e deliberativo, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde.

A segunda razão para participação da sociedade na Administração Pública não tem, pois, correlação com a diminuição do papel do Estado, ao revés, a motivação desta participação consiste na ampliação da atividade desempenhada pela sociedade civil organizada na elaboração e execução de serviços sociais.

Sobre as motivações para participação da sociedade civil, Evelina Dagnino expõe que:

Nessa disputa, onde os deslizamentos semânticos, os deslocamentos de sentido, são as armas principais, o terreno da prática política se constitui num terreno minado, onde qualquer passo em falso nos leva ao campo adversário. Aí a perversidade e o dilema que ela coloca, instaurando uma tensão que atravessa hoje a dinâmica do avanço democrático no Brasil. Por um lado, a constituição dos espaços públicos representa o saldo positivo das décadas de luta pela democratização, expresso especialmente –mas não só– pela Constituição de 1988, que foi fundamental na implementação destes espaços de participação da sociedade civil na gestão da sociedade. Por outro lado, o processo de encolhimento do Estado e da progressiva transferência de suas responsabilidades sociais para a sociedade civil, que tem caracterizado os últimos anos, estaria conferindo uma

²⁰⁴ Sobre a atuação das Casas de Misericórdia recomenda-se a leitura de BRAGA, Juliana de Souza Bechara. *A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e o terceiro setor: análise do título de utilidade pública e da parceria com o Município*. 2015. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) - Universidade FUMEC.

²⁰⁵ DAGNINO, Evelina. Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva. In: GRIMSON, Alejandro (comp.). *La cultura en las crisis latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSON, 2004. p.195-196.

dimensão perversa a essas jovens experiências, acentuada pela nebulosidade que cerca as diferentes intenções que orientam a participação²⁰⁶.

A partir destas conclusões, o que se pretende demonstrar é que as parcerias com o terceiro setor são motivadas por duas principais razões: a primeira consiste na diminuição da estrutura do Estado, e a segunda, na maior participação da sociedade que pode ser realizada por diversas maneiras, inclusive pela prestação de serviços e projetos sociais, mas também pela participação em conselhos setoriais de políticas públicas que traçam as diretrizes a serem seguidas por determinados órgãos.

De modo semelhante, Ana Paula Paes de Paula sistematiza as propostas de gestão pública em duas vertentes. A primeira seria aquela concebida pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, que almeja a diminuição do Estado, com a reforma promovida pelo ex-ministro Carlos Bresser Pereira. Já a segunda consistiria na vertente societal, derivada de experiências locais, como os conselhos gestores e o orçamento participativo.

Abaixo, o quadro da autora:

Quadro 3 – Variáveis observadas na comparação dos modelos

| Variável | Administração Pública Gerencial | Administração pública societal |
|---|--|--|
| Origem | Movimento internacional pela reforma do Estado, que se iniciou nos anos 1980 e se baseia principalmente nos modelos inglês e estadunidense. | Movimentos sociais brasileiros, que tiveram início nos anos 1960 e desdobramentos nas três décadas seguintes. |
| Projeto político | Enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural, nas recomendações dos organismos multilaterais internacionais e no movimento gerencialista. | Enfatiza a participação social e procura estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro, a estrutura do aparelho do Estado e o paradigma de gestão. |
| Dimensões estruturais enfatizadas na gestão | Dimensões econômico-financeira e institucional-administrativa. | Dimensão sociopolítica. |
| Organização administrativa do aparelho do Estado | Separação entre as atividades exclusivas e não exclusivas do Estado nos três níveis governamentais. | Não tem uma proposta para a organização do aparelho de Estado e enfatiza iniciativas locais de organização e gestão pública. |
| Abertura das instituições políticas à participação social | Participativo no nível do discurso, mas centralizador no que se refere ao processo decisório, à organização das instituições | Participativo no nível das instituições, enfatizando a elaboração de estruturas e |

²⁰⁶ DAGNIGO, Evelina. Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva. In: GRIMSON, Alejandro (comp.). *La cultura en las crisis latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSON, 2004, p.195-196

| | | |
|----------------------|--|---|
| | políticas e à construção de canais de participação popular. | canais que viabilizem a participação popular. |
| Abordagem da questão | Gerencialismo: enfatiza a adaptação das recomendações gerencialistas para o setor público. | Gestão social: enfatiza a elaboração de gestão focalizadas nas demandas do público-alvo, incluindo questões culturais e participativas. |

Fonte: PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p.175.

Entende-se, contudo, que as duas principais motivações arroladas, em certa medida, se misturam, visto que, mesmo na administração gerencial – a qual pretende a redução do aparelho do Estado – há a ampliação da participação da sociedade na prestação de serviços sociais. Ou seja, ainda que este não seja o motivo principal, acaba por ocasionar a abertura da Administração Pública para a participação social, em contraposição à administração burocrática.

Por outro lado, o Estado, ao celebrar parcerias com o terceiro setor com o escopo de estimular a participação da sociedade na Administração Pública, de certa forma, contrata serviços que, à época da administração burocrática, seria impensável, com a execução por entidades que não integram a burocracia estatal.

Este contexto impreciso prejudica a definição de critérios para a correta distinção dos regimes jurídicos existentes, prejudicando a governança contratual por meio intermédio do terceiro setor.

Contudo, em que pese as duas principais motivações (gerencialismo e maior participação da sociedade) estarem presentes nas parcerias com o terceiro setor, é importante distinguir a causa principal da celebração de determinada parceria, ante o instrumento a ser utilizado e as formas de controle e execução dos vínculos disponíveis no ordenamento jurídico. Assim, entende-se, antes de mais nada, necessário o mapeamento das razões que sustentam a formalização do vínculo, a fim de identificar qual o regime jurídico pertinente e, por conseguinte, o instrumento contratual adequado.

A princípio, a ordem cronológica de análise dos diplomas legais levaria à Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993, com o estudo dos convênios. Entretanto, diante o caráter residual de utilização dos convênios com a edição do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, bem como a publicação da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, este instrumento será o último a ser tratado neste capítulo.

Assim, seguir-se-á a ordem de publicação dos diplomas legais, com análise da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, Lei 13.019, de 31 de julho de 2014 e, por fim, a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.

5.2 Regime jurídico da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998

O regime jurídico traçado na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, foi amplamente influenciado pela chamada administração pública gerencial, a qual defendia o aumento da eficiência dos serviços sociais pela delegação destes a entidades públicas não-estatais.

Trata-se de um dos desdobramentos da reforma gerencial realizada no Brasil na década de 1990, que tinha como objetivo a redução do tamanho do Estado, a visão que o cidadão deveria ser tratado como cliente, e que a melhoria dos serviços públicos perpassaria pelo aumento da concorrência de atores na sua execução.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, os serviços sociais, por serem classificados como serviços não exclusivos do Estado, devem ser executados por entidades públicas não-estatais, essas entidades seriam públicas para justificar o recebimento de verbas do erário e não estatais pela ausência de utilização do poder do Estado.²⁰⁷

Com relação aos serviços não exclusivos do Estado, entende o precitado autor que estes deveriam ser publicizados, consistindo a publicização no ato “*de transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado, mas pública-não estatal.*”²⁰⁸

Sobre os serviços não exclusivos da União, Bresser Pereira aduz que:

Na União, os serviços não exclusivos de Estado mais relevantes são as escolas técnicas, os centros de pesquisa, os hospitais e os museus. A reforma proposta é transformá-los em um tipo especial de entidade não estatal – as organizações sociais. A ideia é transformá-los voluntariamente, em “organização social”, ou seja, em entidades que celebrem um contrato de gestão com o Poder Executivo e contem autorização do Parlamento para participar do orçamento público. A organização social não é, na verdade, um tipo de entidade pública não estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declarada pelo Estado.²⁰⁹

²⁰⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 263.

²⁰⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997

²⁰⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 263.

É nesse contexto que a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, foi publicada, sendo o principal objetivo deste ato normativo transferir a execução dos serviços públicos realizados pelo aparato do Estado para organizações sociais e, por conseguinte, reduzir a estrutura administrativa.

Nesse sentido, o ato normativo em questão visa a promover a publicização dos serviços sociais, tendo como justificativa o princípio da subsidiariedade, que é a primazia da iniciativa privada na execução de serviços em detrimento do Estado.

Desta feita, os hospitais públicos, em última instância, deveriam ser extintos na medida do possível, com a transferência de seus serviços para organizações sociais (OSs).

Da análise da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, apreende-se que este ato normativo se encontra estruturado para realizar a publicização idealizada pelos autores da reforma administrativa ocorrida na década de 90, do século passado.

Do presente diploma legal, verificam-se as condições necessárias para a qualificação das Organizações Sociais (OSs), que é título concedido para entidades do terceiro setor que absorver serviços públicos não privativos.

Além disso, o referido ato normativo disciplina o Contrato de Gestão, estabelecendo a necessidade de programa de trabalho, com a especificação de metas a serem atingidas. Normatiza-se, também, como ocorrerá a fiscalização deste contrato.

Tem-se, então, que o regramento das entidades que podem qualificar-se como OS e do instrumento jurídico que será delegado os serviços públicos não exclusivos, que é o Contrato de Gestão.

Pontua-se que, nas disposições finais e transitórias, os artigos 18 a 23 tratam da publicização de atividades sociais.

O art. 18 prescreve que a OS que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde, deverá observar os princípios do Sistema Único de Saúde. O dispositivo em comento tem o condão de demonstrar que o Contrato de Gestão a ser firmado com determinada OS tem a aptidão para impactar na estrutura do Estado, com a extinção de órgãos.

O art. 19 trata especificamente de atividades de rádio e televisão educativa, por constituir matéria que demanda maiores esclarecimentos, será tratada em tópico apartado.

Por sua vez, o art. 20 prescreve que será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização (PNP) objetivando a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União. Desse modo, o art. 20

estabelece que o Poder Executivo poderá publicizar as atividades que entender convenientes, mediante requisitos estipulados em regulamento.

Trata-se de dispositivo que não determina quais órgãos serão extintos ou quais atividades serão publicizadas, mas sim a criação de um Programa Nacional de Publicização, por meio do qual o Poder Executivo, seguindo regulamento editado pelo Presidente da República, promoverá a transferência das atividades que sejam convenientes.

De todo modo, o art. 20 arrola diretrizes mínimas na publicização das atividades estatais, que são: ênfase no atendimento do cidadão-cliente; ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; controle social das ações de forma transparente.

Importante destacar que o verbo “absorver” contido no art. 20 significa a assunção pela OS de atividades que eram desenvolvidas pelo Estado, de modo que a gestão daquela atividade será exercida pela OS, sem prejuízo dos controles social e estatal da avença firmada.

O Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017, regulamentou o art. 20 da Lei 9.637, e estabeleceu requisitos para que certa atividade seja publicizada, muitas delas focadas na melhoria do serviço público e no custo-benefício de repassar atividades que são desempenhadas por órgãos estatais para organizações sociais. Ademais, demonstra-se que a publicização decorre de estudos técnicos e da conveniência e oportunidade dos gestores públicos, fato que coaduna-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 1.923, não acolheu o princípio da subsidiariedade. Assim, não há que se falar em preferência prévia do setor público não-estatal desempenhar serviços públicos sociais, mas sim numa possibilidade, desde que cumpridos os requisitos técnicos e desde que haja decisão conjunta do Ministro de Estado da respectiva área e do Ministro de Estado da Economia.

Já o art. 21 explicita os órgãos que o legislador entendeu por bem que as atividades já fossem publicizadas por lei, que são Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto. Os artigos 22, 23 e 23-A dizem respeito às medidas administrativas a serem tomadas em relação aos órgãos citados, no que tange aos servidores, bens, acervo físico, documental e material.

Por todo o exposto, o Contrato de Gestão tem por finalidade a transferência de serviços públicos executados pelo aparelho do Estado para organizações sociais (OS) –

entidades privadas sem fins lucrativos. Cuida-se de verdadeira delegação de serviço público, como será tratado de forma mais detalhada na seção 5.3

Além disso, a celebração do Contrato de Gestão impacta diretamente a estrutura do Estado, devendo, assim, a decisão de publicização vir acompanhada da demonstração, em termos do custo-benefício esperado, da absorção da atividade por OS, em substituição à atuação direta do Estado (art. 7º, inciso IV, Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017).

Deve-se, ainda, considerar as informações sobre cargos, funções, gratificações, recursos orçamentários e físicos que serão desmobilizados, quando a decisão implicar em extinção de órgão ou entidade administrativa (art. 7º, inciso V, Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017). Da redação deste dispositivo, entende-se que a decisão de publicização nem sempre resultará na extinção de órgãos ou entidades, já que se pode publicizar determinada atividade para ampliar certa política pública, sem que seja conveniente a extinção concomitante de uma unidade administrativa. A título de exemplo, cita-se a absorção de atividades hospitalares por uma OS. É possível que, ao invés do Estado ampliar a rede própria de saúde (estatal), prefira que parcela dos serviços sejam executados por OS, para que a expansão dos serviços seja levada a cabo.

Em razão disso, os contratos de gestão servem para vínculos mais robustos entre o Estado e entidades do terceiro setor, já que estas absorverão serviços públicos que o Estado é obrigado a prestar de forma contínua. Nesse sentido, o art. 1º, Parágrafo Único, do Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017, prescreve que a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais (OS) tem por objetivo o estabelecimento de parceria de longo prazo, com vistas à prestação de forma contínua de serviços de interesse público à comunidade beneficiária. Com vistas ao planejamento orçamentário, o art. 7º, inciso VIII, do decreto regulamentar determina que, na decisão de publicização, deve haver a estimativa de recursos financeiros para o desenvolvimento da atividade durante o primeiro exercício de vigência do Contrato de Gestão e para os três exercícios subsequentes. Cuida-se, destarte, a publicização de verdadeira política continuada, que deve ser inserida dentro de programação orçamentária do Estado para abranger não somente o exercício financeiro em que firmado o Contrato de Gestão, mas também os três exercícios subsequentes.

Corroborando a robustez do vínculo do Contrato de Gestão, no âmbito federal, a decisão de qualificar entidade do terceiro setor como OS compete ao Presidente da República (art. 13, decreto regulamentar), dado que este contrato impactará na própria estrutura administrativa, seja para diminuir o aparelho do Estado, seja para não aumentá-lo diante da crescente demanda por serviços públicos sociais.

Distingue-se, pois, o Contrato de Gestão e o regime jurídico que o regula do Termo de Parceria, pelos seguintes fatores:

- a) o contrato de gestão tem por escopo parcerias de longo prazo;
- b) o objeto do contrato de gestão consiste na delegação de atividades para as organizações sociais, isto é, serviços públicos sociais;
- c) o contrato de gestão impacta a estrutura do aparelho do Estado, tanto para diminuir a estrutura do Estado, quanto para que não haja o aumento deste, ante o crescimento da demanda por serviços sociais;
- d) a decisão de publicizar determinada atividade a fim de permitir a qualificação de entidade como organização social é discricionária da Administração Pública.²¹⁰

5.3 O Contrato de Gestão como delegação de serviços públicos

No capítulo anterior, demonstrou-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.923, entendeu que os serviços públicos sociais são classificados como serviços públicos não privativos, assim particulares poderiam prestá-los em nome próprio, sem a necessidade de delegação do poder público.

Como fundamento, utilizou-se o entendimento pretérito do Supremo Tribunal Federal, constante da ementa da ADI 1.266, por meio do qual a prestação de serviços público não exclusivos (como os serviços sociais), quando prestados por particulares, não perde a qualidade de serviços públicos, porquanto esta não poderia ser alterada a depender de quem o presta.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se aplica o art. 175 da Constituição da República aos serviços sociais, visto que estes podem ser executados por particulares sem a necessidade de delegação prévia do poder público.

Conforme sustentado neste trabalho, considera-se equivocada tal exegese, na medida que não se pode confundir a natureza jurídica do serviço prestado por uma entidade do terceiro setor que tenha vínculo jurídico com o Estado e que receba recursos do erário para tanto, com entidades privadas (sejam lucrativas ou não) sem vínculo com o Estado para a prestação de determinado serviço.

²¹⁰ Adverte-se que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, porquanto a decisão de publicização, além de estar adstrita aos princípios insculpidos no art. 37 da constituição da República, deve seguir o rito trazido na Seção II do Decreto 9.190, de 1º de novembro de 2017, que estabelece a necessidade de procedimento administrativo prévio para embasar a decisão administrativa com estudo técnico dos impactos gerenciais e financeiros esperados.

Quando uma entidade é titulada de OS, ela absorve serviços que antes eram executados por órgão ou entidade da estrutura administrativa, sendo que, neste caso, os princípios do regime jurídico administrativo relativos ao serviço público continuam aplicáveis, pois a possibilidade da prestação de serviços sociais por particulares não desobriga o Estado a promover que estes sejam executados, diferentemente de particulares que prestam serviços sociais sem vínculo jurídico com o Estado.

Consoante a literatura estudada, é elemento da definição de serviço público o critério subjetivo, assim o serviço público é obrigação do Estado e a sua criação é feita por lei.²¹¹ Além disso, no que tange a gestão de determinado serviço público, esta também incumbe ao Estado, podendo ser executada diretamente ou indiretamente por meio de terceiros.²¹²

Tendo como referência os sistemas de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, a distinção acima citada resta mais clara, conforme passa-se a demonstrar.

Primeiramente, destaca-se que o art. 21, XII, da Constituição da República prescreve que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens. Ademais, o art. 22, IV, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão. Desta feita, a Constituição da República determina a competência material e legislativa para a União tratar sobre radiodifusão. Além disso, o art. 223 da Constituição da República, no capítulo da Comunicação Social, estabelece que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Da redação do art. 223, depreende que há três sistemas de radiodifusão, quais sejam: o privado, o público e o estatal. Desta feita, diferencia-se, tal qual defendido por Bresser Pereira, o setor público do estatal, considerando que aquele seria mais alargado na medida em que há o setor público não-estatal.

Em relação ao setor público, o Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, estabelece que:

Art 13. A televisão educativa se destinará à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 138-139. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 425-426.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 139

Parágrafo único. A televisão educativa não tem caráter comercial, sendo vedada a transmissão de qualquer propaganda, direta ou indiretamente, bem como o patrocínio dos programas transmitidos, mesmo que nenhuma propaganda seja feita através dos mesmos.²¹³

O dispositivo em tela é direcionado ao sistema público não-estatal, já que trata das televisões educativas e de suas finalidades. Salienta-se, também, que a proibição abarca a transmissão de qualquer propaganda, visando evitar a mercantilização do sistema público de radiodifusão. Em complemento, tem-se que nem mesmo a veiculação de propagandas institucionais de entes públicos é permitida por meio das televisões educativas.

Cumpre esclarecer que, nos termos do art. 37; §1º, da Constituição da República, a publicidade institucional objetiva levar ao conhecimento do público as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, dando ampla divulgação aos atos, programas, obras, serviços e campanhas que possuam caráter educativo, informativo ou de orientação social.

Posteriormente, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, trouxe a seguinte disciplina:

Art. 19. As entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos.

Com a inovação legislativa perpetrada pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, restou controvertida a extensão semântica do verbo “absorverem”, posto que, numa interpretação ampliativa, quaisquer entidades do setor público não-estatal que prestassem serviços educativos poderiam receber e veicular publicidades institucionais. No entanto, não foi este o entendimento adotado pela Advocacia-Geral da União no parecer PARECER/MC/CONJUR/MBH/No 1929-1.01/2990, aprovado pelo Advogado-Geral da União, com caráter vinculante para Administração tendo em vista o Despacho Presidencial, nos termos do art.40, §1º, Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Segundo o PARECER/MC/CONJUR/MBH/No 1929-1.01/2990, somente as entidades que celebrarem Contrato de Gestão com a Administração Pública, poderão veicular publicidade institucional, veja-se:

Ao contrário do que alguns interpretam, o art. 19 da Lei nº 9.637/98 não se aplica a todas educativas, mas apenas às entidades que absorverem atividades de rádio e

²¹³ BRASIL. *Decreto-Lei* nº 236, de 28 de fevereiro de 1967. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0236.htm. Acesso em 18.01.2023.

televisão educativa de unidades extintas como a Fundação Roquette Pinto, entidade então vinculada à Presidência da República.

Contudo, é notório que o dispositivo legal estabeleceu uma tendência importante, ao permitir que uma televisão educativa vinculada ao Poder Público veiculasse publicidade institucional, mantendo, obviamente, a vedação à comercialização.²¹⁴

Entende-se acertado o entendimento da Advocacia-Geral da União, pois o verbo absorver deve ser interpretado no sentido de determinada OS tomar para si a execução de atividades que eram executadas por órgãos ou entidades públicas anteriormente. Na medida em que certa organização social absorveria atividades de órgãos ou entidades públicas na veiculação da rádio ou televisão educativa, não seria coerente proibir-lhe a veiculação de publicidade institucional da estrutura administrativa que fora extinta, sob pena de haver prejuízo na comunicação do Estado com a população.

Noutro giro, situação diferente é aquela que rádio ou televisão educativa sem qualquer vínculo com o Estado queira veicular publicidade institucional, posto que nesses casos haveria a possibilidade de se criar situações discrepantes com o regime de radiodifusão trazidos na Constituição Federal.

Caso fosse permitida a veiculação de publicidade institucional por radiodifusoras educativas, haveria a configuração de privilégio para estas entidades em detrimento das titulares de concessão ou permissão, já que as últimas realizam o pagamento de preço público pelas outorgas concedidas, enquanto as entidades que compõe o setor público não realizam tais pagamentos.

A situação narrada é relevante pois demonstra que a natureza dos serviços prestados por entidades privadas sem vínculo com o Estado – ainda que seja por meio do terceiro setor – não pode ser assemelhada às atividades desempenhas por entidades do terceiro setor que possuam vínculo com o Estado para a prestação, precipuamente pela obrigação remanescente do Estado em assegurar a prestação dos serviços que foram contratualizados, fato que atrai o regime jurídico administrativo.

5.4 Semelhança entre o Contrato de Gestão e a Concessão Administrativa

Em certa medida, os objetos que podem ser delegados por meio de contrato encontram proximidade com os objetos da concessão administrativa. Calha destacar que a

²¹⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *PARECER/MC/CONJUR/MBH/No 1929-1.01/2990*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-2009-10-22.htm. Acesso em 19.01.2023

concessão administrativa, espécie de parceria público-privada, foi desenvolvida de forma pioneira no Reino Unido como modelo de financiamento privado para obras e serviços que fossem necessários vultuosos investimentos em infraestrutura.²¹⁵

No Brasil, a Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, normatizou a parceria público-privada como Contrato Administrativo de Concessão, com duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2, §1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão.
216

Deste modo, a concessão patrocinada serve para projetos que, em alguma medida, sejam deficitários caso o pagamento do parceiro privado adviesse tão somente das tarifas cobradas dos usuários. Considerando a possibilidade de cobrança de tarifas, trata-se de parcerias destinadas aos serviços classificados como comerciais ou industriais.²¹⁷ Enquadram-se nessa categoria os serviços transportes, energia elétrica, saneamento básico visto que, por serem usufruídos individualmente (*uti singuli*), é possível a remuneração destes pela remuneração de seus usuários. No caso da concessão patrocinada, a diferença reside justamente no aporte extra realizado pelo parceiro público, posto que, em certos casos, a cobrança de tarifa seria insuficiente para remunerar o parceiro privado.

Já a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços públicos de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2, §2º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004). Esta modalidade possui como traço característico a impossibilidade de cobrança

²¹⁵ PECCI, Alketa; SOBRAL, Filipe. *Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica brasileira*. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 01-14, jun. 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000200011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21.02.2021.

²¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 509.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 145-146.

de tarifas, sendo que a remuneração do parceiro privado advém completamente do parceiro público. Nesse compasso, Carlos Ari Sundfeld expõe que:

Em segundo lugar, era preciso criar condições jurídicas para a celebração de outros contratos em que, à semelhança das concessões tradicionais, os particulares assumissem os encargos de investir e de implantar infra-estrutura estatal e depois de mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins, sendo remunerado em prazo longo. Era necessário, em suma, permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão tradicional a outros objetos que não a exploração de serviços públicos econômicos (como são os serviços de água e esgoto, a distribuição de energia, a telefonia fixa, etc.)

Afinal, por que não usá-la em serviços administrativo em geral, isto é, os serviços de infra-estrutura penitenciária, policial, educacional, sanitária, judiciária, etc. ou mesmo os decorrentes da separação de etapas ou partes dos próprios serviços públicos econômicos (a implantação e gestão de uma estação de tratamento de esgotos para uma empresa estatal de saneamento básico ou de um sistema de arrecadação automatizada para uma empresa estatal de transportes coletivos, p.ex.)?²¹⁸.

A concessão administrativa visa, portanto, ser utilizada para aqueles serviços que não são compatíveis com a cobrança de tarifa, assim abre-se a possibilidade de realizar-se concessões para serviços sociais, como a implantação de parcerias público-privadas nas áreas da saúde, da educação e da infraestrutura penitenciária.

No que concerne à área da saúde, os dois principais modelos de parcerias público-privadas são os de bata branca e bata cinza:

O primeiro conhecido como “bata branca”, prevê a entrada dos parceiros privados na construção/reforma e gestão dos serviços clínicos e não clínicos. A Austrália é um exemplo de país que apostou nesse formato. No segundo e mais comum, chamado de “bata cinza”, os parceiros privados não são responsáveis pelos serviços clínicos.²¹⁹

O traço distintivo dos modelos apresentados acima é que no chamado “bata branca”, a concessionária é responsável pela prestação e gestão dos serviços clínicos e não clínicos, enquanto no segundo modelo, conhecido como “bata cinza”, a concessionária não realiza a gestão dos serviços clínicos.

No modelo da “bata cinza”, a prestação dos serviços clínicos pode variar de acordo com o modelo definido pelo órgão estatal, podendo ser executados por servidores públicos

²¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Públicos-Privadas no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 104, abril/junho 2005. p. 54-55.

²¹⁹ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil*. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.p. 63.

integrantes da estrutura administrativa do concedente ou por meio de Contrato de Gestão com entidades do terceiro setor qualificadas como OS.

Mariana Baleeiro Martins Carrera explicita que nos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo foi adotada parceria público-privada para contratação de concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais, tendo sido o edital publicado em dezembro de 2013. Por não envolver a prestação de serviços assistenciais, verifica-se que o modelo adotado foi o de “bata cinza”.²²⁰

Os gestores de saúde do Estado de São Paulo entenderam conveniente que a gestão dos serviços clínicos fosse realizada por OS devido aos bons resultados das parcerias com o terceiro setor firmadas anteriormente. Para tanto, foi implantado um Comitê Interface com a participação da OS e do consórcio Parcerias Público Privadas (PPP), com representação paritária, a fim de coibir desigualdade na relação entre as parceiras privadas.²²¹

Tem-se, portanto, um âmbito de atuação que pode ser desempenhado tanto por OS, quanto por concessionárias via concessão administrativa, que são os serviços assistenciais de saúde.

Em ambos os casos, a prestação destes serviços decorre de vínculo prévio com entidades privadas (lucrativas ou não), com metas a serem cumpridas que foram previamente traçadas no momento da contratação. Esclarece-se, contudo, que não se quer dizer que as modelagens contratuais sejam parecidas, tendo em vista as diferenças das entidades que podem executá-las, bem como os motivos que justificam a adoção das sobreditas parcerias.

De todo modo, demonstra-se uma zona de congruência em que a Administração Pública pode optar, a depender de outros elementos, como estudos prévios e até mesmo fatores políticos, entre o Contrato de Gestão e a concessão administrativa para a execução de serviços assistenciais na saúde.

Sobre a similitude entre o objeto do Contrato de Gestão e a concessão administrativa, Maria Sylvia Di Pietro expõe que:

No que diz respeito ao objeto do contrato que as vincula ao poder público, pode-se afirmar que se constitui, em regra, não como atividade privada de interesse público (serviços sociais não exclusivos do Estado, como as demais entidades do

²²⁰ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil*. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.p. 122-124

²²¹ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil*. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.p. 125.

terceiro setor), mas como serviço público social de titularidade do Estado, a elas transferido mediante delegação por meio de contrato de gestão. A sua posição é muito semelhante à das concessionárias de serviço público, com a diferença que não recebem remuneração dos usuários, mas são mantidas com recursos provenientes do orçamento público do ente político que as qualificou. A aproximação maior é com a parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, em que a atividade é delegada pelo Estado e por ele inteiramente financiada. A diferença é que, na concessão administrativa, a entidade privada atua com fins lucrativos, o que não ocorre com as organizações sociais que, necessariamente, para serem qualificadas como tais, não podem ter fins lucrativos.
222

Em resumo, tanto no contrato de gestão, quanto na concessão administrativa encontram-se as seguintes características:

- a) financiamento completo pelo Estado;
- b) celebração de vínculo contratual;
- c) delegação de serviços públicos sociais;
- d) presença de metas a serem cumpridas;
- e) gestão do serviço social por parceiras privadas.

5.5 Regime jurídico da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, teve por mote a abertura da Administração Pública para a participação da sociedade civil organizada, com o escopo de realizar-se a gestão social, a qual possibilitaria concretizar demandas da sociedade atinentes aos serviços sociais.

Assim, a referida lei não almejava a publicização de um serviço público, isto é, a transferência de certa atividade desempenhada pela estrutura do Estado para entidades do terceiro setor.

Maria Tereza Fonseca Dias pontua que:

A Lei das OSCIPs, cujo projeto foi encaminhado pelo Poder Executivo para apreciação legislativa (PL nº 4.690/98), originou-se dos debates promovidos pelo Conselho da Comunidade Solidária, já citados nesta obra, e na distinção feita entre seus debatedores das antigas (declaradas de utilidade pública e de caráter filantrópico) e das novas entidades componentes do terceiro setor (ONGs), bastando, para tanto, verificar-se o rol de atividades atribuídas às OSCIPs no art. 3º, da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.²²³

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 328-329.

²²³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação - por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 200. p. 202.

O Programa da Comunidade Solidária foi instituído por meio do Decreto n.º 1.366, de 12 de janeiro de 1995, vinculado à Presidência da República, e tinha por objeto coordenar as ações governamentais voltadas para o atendimento da parcela da população que não dispunha de meios para prover suas necessidades básicas.

O programa tinha um conselho com finalidade consultiva formado por representantes do Estado e por membros da sociedade civil. Entre as competências do Conselho do Programa da Comunidade Solidária, destaca-se o incentivo de parcerias com organizações da sociedade para o combate à pobreza e à fome (art. 3, III, do decreto regulamentar).

Nesse sentido, a finalidade do Programa da Comunidade Solidária era a erradicação da pobreza, por meio do fortalecimento da sociedade civil em contraposição ao assistencialismo, veja-se:

A premissa de base que inspirou a atuação do Conselho foi de que combater a pobreza e a exclusão social não é transformar pessoas e comunidades em beneficiários passivos e permanentes de programas assistenciais. Combater a pobreza significa, isto sim, fortalecer as capacidades de pessoas e comunidades de satisfazer necessidades, resolver problemas e melhorar qualidade de vida. Baseado nessa idéia, o Conselho da Comunidade Solidária tomou para si a missão de incentivar, promover e apoiar iniciativas que promovam a participação dos cidadãos e incentivem formas inovadoras de mobilização e parceria entre múltiplos atores, com vista a gerar solidariedade social e processos sustentáveis de desenvolvimento humano e social.²²⁴

Especificamente sobre a criação da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, destaca-se que a Sexta Rodada de Interlocação Política do Conselho da Comunidade Solidária teve por objeto o “Marco Legal do Terceiro Setor”, dedicando-se o Conselho a promover melhorias na legislação, a fim de adequar o regramento legal para o aperfeiçoamento e expansão do terceiro no combate à pobreza e na promoção dos direitos sociais.²²⁵

Nesse compasso, a lei que regulamentou as organizações da sociedade civil de interesse público objetivou melhorar a conformação normativa das parcerias com o terceiro setor, com o intuito de incentivar parcerias que pudessem melhorar a realidade social, por meio da abertura da Administração Pública à participação da sociedade civil organizada.

²²⁴ CARDOSO, Ruth; FRANCO, Augusto de; OLIVEIRA, Miguel Darcy de. *Um novo referencial para a ação social do Estado e da sociedade: sete lições da experiência da comunidade solidária*. Brasília: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2000, p.5.

²²⁵ MENDES, Luiz Carlos Abreu. Estado e terceiro setor: uma análise de aproximação. *Revista do Serviço Público*: 2014, Vol.50 (3), p. 81.

Diferente das organizações sociais que intentam a substituir parcela do aparato estatal como um dos objetivos principais, as organizações da sociedade civil de interesse público não possuem essa finalidade, posto que estas seriam qualificadas para prestar projetos de interesse público sem a finalidade de publicizar determinada atividade que seja desempenhada pelo Estado.

Para tanto, depreende-se que o âmbito de atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é maior do que aquele dedicado às Organizações Sociais (OS), haja vista que a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, tem por escopo a maior participação destas entidades no cotidiano da Administração Pública, e não a substituição de órgãos públicos. Desse modo, as OSCIPs podem atuar na promoção do voluntariado e na experimentação não lucrativa de novos modelos socioprodutivos, na construção de novos direitos (art. 3º, incisos VII IX e X). Veja-se que os campos citados não se confundem com a delegação serviços públicos, aproximando-se, de fato, a sociedade civil organizada da Administração Pública, via a consecução de projetos os quais almejam a entrega de produtos definidos para a população.

Considerando que a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, destina-se a melhoria das parcerias firmadas entre entidades do terceiro setor e o Estado, a outorga da qualificação de OSCIP é ato vinculado aos requisitos descritos na lei de regência (art. 1, §2º). Entretanto, a outorga da qualificação não dá ensejo à celebração do Termo de Parceria de forma automática, devendo a referida OSCIP participar de concurso de projetos, nos termos do art. 23 do Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999.

Nessa toada, a entidade do terceiro setor que queira realizar parceria com o Estado é livre para requerer a qualificação necessária, tendo direito subjetivo à concessão desta desde que preenchidos os requisitos legais. Ultrapassada a qualificação, determinada OSCIP somente firmará Termo de Parceria com o Estado caso figure como vencedora de concurso de projetos a ser realizado pela Administração Pública.

Trata-se, portanto, de procedimento totalmente diverso daquele trazido para a qualificação de Organização Social (OS), visto que a decisão de publicizar dada atividade depende de prévio estudo sobre a viabilidade e vantajosidade de tal decisão, sendo discricionária. O edital de chamamento público para a celebração de determinado Contrato de Gestão é prévio à qualificação de entidade do terceiro setor como OS. Somente após a finalização do chamamento público, é que o Presidente da República realizará a qualificação por proposição do Ministro de Estado supervisor da área, com a consequente assinatura do Contrato de Gestão.

Demonstra-se, assim, que os procedimentos de qualificação como OSs ou OSCIPs são distintos, justamente porque tem finalidades diversas, em que pese de algum modo, haver interconexão entre os objetivos pelos quais estes instrumentos são utilizados. A área de congruência ocorre porque as OSCIPs mesmo que não tenham por objeto a diminuição do Estado, de alguma forma exonera-o de realizar determinados projetos de interesse público por pessoal integrante da estrutura administrativa.

No âmbito federal, o decreto regulamentar estabelece que a celebração do Termo de Parceria deverá ser precedida por meio de concurso de projetos para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria (art. 23). Da análise do dispositivo ora examinado, tem-se que o objeto do Termo de Parceria distancia-se dos possíveis objetos do Contrato de Gestão, já que não é possível confundir a execução de um projeto como uma consultoria ou uma atividade que tenha por resultado um produto específico com a delegação de serviços públicos.

Veja-se que a gestão de um hospital público por uma entidade do terceiro setor não pode ser considerada projeto na medida que se trata de uma atividade que se prolonga no tempo, não podendo ser qualificada como um produto que a Administração Pública tenha interesse.

Situação diversa é aquela na qual a Administração possua interesse na assessoria de uma entidade privada para a construção de novos direitos, ou para projetos que tenham por escopo a preservação do meio ambiente.

Dos exemplos citados, clarifica-se que os objetos dos termos de parceria se distanciam da prestação de serviços públicos, classificando-se como atividade de fomento, como a celebração de termos de parcerias para a promoção de voluntariado. Neste caso, torna-se fácil vislumbrar que a promoção de voluntariado não se consubstancia em serviço público, precipuamente pelo fato de consistir em atividade dirigida a entidades do terceiro setor.

Todavia, ressalta-se que o regramento não é uniforme em todos os entes federados. Como já mencionado, no âmbito do estado de Minas Gerais, vigeu a Lei nº 14.870, de 16 de fevereiro de 2003, a qual regrava exclusivamente a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado como OSCIP, sem nada mencionar sobre as OS, situação que permaneceria até a publicação da Lei nº 23.081, de 10 agosto de 2018, que regulamentou ambas as qualificações.

Destaca-se, ainda, que a Lei nº 23.081, de 10 agosto de 2018, determinou que o Termo de Parceria que tivesse objeto característico de Contrato de Gestão, celebrado a partir

de concurso de projetos, ou por processo de dispensa ou inviabilidade de competição realizado no ano de 2017, seria transformado em Contrato de Gestão sem a necessidade de realização de novo processo de seleção pública (art. 106). O dispositivo em comento demonstra a ausência, ao menos prévia à publicação da Lei nº 23.081, de 10 agosto de 2018, de requisitos para diferenciar os objetos dos instrumentos em estudo.

Além disso, a Lei nº 23.081, de 10 agosto de 2018, diferentemente da legislação federal, conceitua Termo de Parceria como o instrumento firmado entre a Administração Pública estadual e a organização qualificada como OSCIP, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividade relativas às áreas relacionadas no art. 5º (art. 2º, inciso IV). Desta feita, a legislação mineira não restringe o objeto dos termos de parcerias à execução de projetos, o que também pode ser visto no art. 16, que trata da seleção, posto que, diferentemente da legislação federal, não concebe o chamamento público como concurso de projetos.

Entende-se que a legislação federal é mais precisa ao delimitar as diferenças entre o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, na medida em que há balizas bem definidas na escolha dos regramentos positivados, como a delegação de serviços públicos e, por conseguinte, a publicização de determinado serviço público no caso das organizações sociais (OS) e o fomento de projetos considerados de interesse para a coletividade no caso das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Talvez a ausência de critérios bem definidos na legislação mineira decorra do histórico legislativo que, até pouco tempo, não previa sequer o Contrato de Gestão como instrumento de parceria com o terceiro setor.

A situação ora narrada serve, também, para demonstrar o desacerto do entendimento de considerar as parcerias com o terceiro setor como Convênios, permitindo a promulgação de leis para o mesmo objeto com regulamentações dissonantes, fato que vai de encontro à ideia de governança, seja sob o prisma dos vínculos em estudo, seja da ótica das entidades do terceiro setor, porquanto estas teriam que se adaptar a legislações discrepantes, impedindo a criação de entendimentos padronizáveis no âmbito das parcerias no ordenamento jurídico brasileiro.

Com essas considerações, arrola-se as principais características do regime jurídico da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999:

- a) trata-se de atividade de fomento da Administração Pública;
- b) intenta a promover melhorias no regramento das parcerias das entidades do terceiro setor com a Administração Pública;

- c) visa intensificar a participação da sociedade civil na implementação e execução de políticas públicas, a fim de democratizar a Administração Pública;
- d) não possui como finalidade a delegação de serviços públicos, por isso desnecessário estudo prévio de publicização.

5.6 Regime jurídico da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014.

Após a promulgação das Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999, entidades do terceiro setor poderiam firmar parcerias por meio de qualificações concedidas pelo poder público, assim tais entidades receberiam qualificações de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesses público (OSCIP), respectivamente.

Entretanto, conforme já pontuado, as entidades do terceiro setor que não fossem qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público não restariam impedidas de firmar parcerias com o Estado por meio de Convênio, disciplinado no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Considerando que a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, tem por finalidade a publicização de atividades prestadas por órgãos públicos, constata-se que as parcerias formalizadas por meio de Contrato de Gestão perfazem a minoria dos vínculos a serem realizados entre o Estado e o terceiro setor, porquanto o Contrato de Gestão impacta de forma direta na estrutura administrativa do ente parceiro.

Já a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, estabelece regramento mais detalhado do vínculo jurídico do Estado com o terceiro setor, inclusive no que tange à prestação de contas e ao acompanhamento do Termo de Parceria a ser firmado com tais entidades. Contudo, o ato normativo em destaque não proibiu a celebração de parcerias com o terceiro setor por outros instrumentos, fato que possibilitou às entidades que não se qualificassem como OSCIP, pudessem realizar Convênios com a Administração Pública para executar o mesmo objeto que poderia ser executado por meio do Termo de Parceria.

A ausência de proibição de formalização de parcerias por intermédio de convênios decorre do entendimento apresentado na seção 2.1 deste trabalho, segundo o qual o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria não possuiriam natureza contratual. Desta feita, os diplomas legais que regulamentam estes instrumentos estariam circunscritos ao âmbito federal, destarte não seria possível proscrever a utilização do Convênio de forma subsidiária, principalmente para os outros entes federados.

Desse modo, a utilização da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, restou esvaziada, visto que as entidades privadas que não conseguissem qualificar-se como OSCIP poderiam firmar parcerias mediante Convênio, por intermédio de regulamentação mais flexível do que aquela regradada na lei em questão.

Assim, o reconhecimento da natureza convenial do Contrato de Gestão e do Termo de Parcerias como espécie de acordo, mas diversa do Contrato, promoveu uma miscelânea de instrumentos jurídicos para a formalização das parcerias sociais, sem critérios bem definidos e, ao mesmo tempo, impossibilitou a utilização da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, como marco legal para o terceiro setor.

Nesse sentido, ante a ausência de verdadeiro marco legal para as parcerias com o terceiro setor, foi publicada a Lei 13.019, de 31 julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

Em direção oposta às Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999, a Lei nº 13.019, de 31 julho de 2014, (MROSC), prevê que o diploma normativo em comento institui normas gerais para as parcerias entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil, 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. 1º).

Desse modo, o MROSC, lastreado no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, estabelece normas gerais para contratação de entidades do terceiro setor pela Administração Pública, reconhecendo a natureza contratual das sobreditas parcerias, fato que permite regramento uníssono, ao menos das normas gerais, para as parcerias que eram regulamentadas por intermédio de Convênio, conforme a estipulação do art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sobre a importância deste diploma como normal geral, dados do IPEA demonstram a discrepância das organizações sociais (OSs) constituídas em relação ao número de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) e organizações da sociedade civil (OSCs):

Atualmente, há 781.921 OSCs formais, ou seja, com Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), em atividade no Brasil. Dessas, 1.114 são OSs e 7.046 são OSCIPs (MAPA, 2020). O presente documento apresenta dados sobre essas OSs e OSCIPs, com o objetivo de traçar um breve perfil dessas instituições. As informações utilizadas aqui são provenientes da base de dados da Secretaria da Receita Federal (SRF), da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Orçamento Público Federal. As OSs foram selecionadas a partir da Natureza Jurídica 330-1, que tem por objetivo identificar a constituição jurídico-

institucional das entidades públicas e privadas nos cadastros da administração pública do país. Já as OSCIPs podem possuir a Natureza Jurídica “associações privadas” ou “fundações privadas”. No primeiro caso foram verificados 6.802 registros (96,54% do total) e, no segundo, 244 registros (3,46% do total).²²⁶

Os dados acima citados não se referem propriamente as parcerias efetivadas, de toda sorte constata-se que do universo de organizações da sociedade civil (OSCs) existentes apenas a ínfima parte destas organizações receberam a qualificação de OSs ou OSCIPs.

Desse modo, em que pese os esforços legislativos pretéritos, pode-se afirmar que, antes da publicação do MROSC, a maior parte dos vínculos realizados pelo Estado com entidades do terceiro setor tinha como instrumento jurídico o Convênio, regulamentado pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Contudo, o MROSC não abrangeu todos os vínculos do Estado com o terceiro setor, restando excluídos da abrangência da novel legislação os Contratos de Gestão celebrados com Organizações Sociais (OS), desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (art. 3º, inciso III) e os Termos de Parceria celebrados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Importante destacar que as exceções arroladas não podem ser interpretadas restritivamente sob pena de completa incoerência do sistema. Por essa via, entende-se que todas as entidades qualificadas como OS ou OSCIP não estão abrangidas pelo MROSC, independentemente se a lei de regência é federal, estadual ou municipal. A título de exemplo, defende-se que OS de outros entes da federação também não são abrangidas pelo MROSC, ainda que a qualificação esteja fundamentada em ato normativo diverso da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Nesse diapasão, no âmbito do estado de Minas Gerais, o Decreto nº 47.132, de 20 de janeiro de 2017, explicita que as disposições do MROSC não se aplicam aos Contratos de Gestão celebrados com OS, tampouco aos Termos de Parceria celebrados com OSCIP, ambos regrados pela Lei Mineira nº 23.081, de 2018.

Esclarece-se, contudo, que a ressalva acima realizada não vai de encontro à ideia de que as parcerias com o terceiro setor possuem natureza contratual. Na verdade, trata-se de ponderação à luz da realidade normativa existente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual os entes federados regulamentaram por legislação própria o Contrato de Gestão e o

²²⁶ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório OSCIP e OS: perfil das organizações da sociedade civil no Brasil. Brasília: julho de 2020. Disponível em <https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/7883-relatorioososcipfinal.pdf>. Acesso em 25.01.2023.

Termo de Parceria, calcados na posição de que estes instrumentos possuiriam natureza convenial.

O art. 3º, incisos III e VI do MROSC, ao mencionar as Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, expressam a noção que estes diplomas normativos regulamentam a contratação do Estado com o terceiro setor, haja vista que só há necessidade de excepcionar da regra geral aquilo possui natureza semelhante.

Constata-se, por conseguinte, a coexistência de diversos diplomas legais, para o regramento das parcerias com o terceiro setor. Torna-se, então, necessário, o estudo dos critérios que justificam a aplicação do novo regramento com os outros diplomas normativos já analisados.

Preliminarmente, sublinha-se que foram positivados três novos instrumentos por meio do MROSC, que são: o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação.

Conforme a dicção legal, o Termo de Colaboração é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias estabelecidas pela Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil (OSC) propostas pela Administração Pública e que envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VII). Observa-se, do conceito exposto, que o Termo de Colaboração é utilizado para parcerias que a proposta tenha partido da Administração Pública e nas quais haja repasse de recurso financeiro.

Já o Termo de Fomento é instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias estabelecidas pela Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil (OSC) propostas por estas e que envolvam a transferência de recursos públicos (art. 2º, inciso VIII). Tem como elementos caracterizadores do Termo de Fomento o fato das propostas de parcerias terem sido realizadas pelas OSCs e que haja repasse de recursos financeiros.

Assim, à primeira vista, o fato determinante para a distinção do Termo de Colaboração para o Termo de Fomento reside no proponente da parceria, sendo a Administração Pública, utiliza-se o Termo de Colaboração, sendo a OSC, o instrumento correto é o Termo de Fomento. Todavia, a iniciativa da proposta traz outras implicações importantes do ponto de vista da governança que serão explorados mais abaixo.

Por fim, o Acordo de Cooperação é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias da Administração Pública com OSC que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII-A). O Acordo de Cooperação não trata de quem é a iniciativa da proposta como requisito diferenciador, sendo a ausência de transferência financeira o único critério o distingue dos outros dois instrumentos já arrolados.

Em síntese, o MROSC utiliza-se de instrumentos de fácil compreensão quando analisados entre si, sem levar em conta o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, já que o Termo de Colaboração é para parcerias que tenham transferência de recursos financeiros e que sejam de iniciativa do poder público. O Termo de Fomento é utilizado para parcerias que tenham sido propostas por OSC e que também contemplem a transferência de recursos financeiros. E, por último, o Acordo de Cooperação é adequado para aquelas parcerias que não possuam repasse financeiro do Estado para entidades do terceiro setor.

Entretanto, não há clareza no ato normativo em tela sobre os critérios para a utilização dos Termos de Colaboração e Fomento em cotejo com o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, tendo o MROSC limitado a estipular que a suas exigências não aplicam aos Contratos Gestão celebrados com Organização Sociais (OS) e nem aos Termos de Parcerias firmados com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Assim, quando uma entidade do terceiro setor não consegue a qualificação como organização social (OS) ou como organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), ela pode firmar vínculo com Estado por meio dos instrumentos positivados no MROSC.

Todavia, a questão que se faz presente é, sob o prisma do Estado, quais os parâmetros que os entes públicos devem adotar para a celebração de parcerias com organizações não lucrativas. Nesse compasso, a indagação ora realizada tem por escopo evidenciar os critérios jurídicos existentes para orientar o gestor na escolha de determinado regramento legal em oposição a outro.

A fim de elucidar a questão ora posta, deve-se perquirir a finalidade de cada um dos instrumentos positivados pelo MROSC, distinguindo os motivos que ensejam as parcerias com o terceiro setor.

Cabe salientar que o MROSC abarcou as duas principais motivações para que sejam realizados vínculos com as organizações da sociedade civil: a transferência de gestão de serviços sociais para entidades não lucrativas, em busca de maior eficiência administrativa; a abertura da Administração Pública para a sociedade civil organizada no intuito de fomentar atividades privadas que sejam de interesse público.

Assim, busca-se tanto a colaboração de OSCs no desempenho de atividades que são próprias do Estado, como o fomento de atividades desempenhadas por organizações do terceiro setor que possam impactar a sociedade de modo positivo.

Nesse sentido, Laís de Figueirêdo Lopes explicita que um dos estudos que contribuiu para o Grupo de Trabalho – instituído para proposição do texto do MROSC – foi realizado

pelo Núcleo de Estudos Avançados do Terceiro Setor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, intitulado de “Modernização do Sistema de Convênios da Administração Pública com a Sociedade Civil”.²²⁷:

O referido estudo propôs o seguinte esquema classificatório sobre os possíveis tipos de relações jurídicas entre organizações da sociedade e Estado:

1º. Tipo - caracterizado essencialmente por se tratar de uma parceria em programa federal, para fins de implementação de política pública. Este tipo de convênio envolve a prestação de serviços de responsabilidade do Estado e cuja classificação, método e custo são previamente conhecidos e padronizados pelos órgãos públicos responsáveis pela política pública – normalmente serviços de natureza continuada. Propomos prestação de contas baseado no atingimento das metas da execução, paga pelo valor de custo previamente estabelecido – não comprovação fiscal de cada uma das despesas;

2º. Tipo - tem como principal característica ter por objeto a participação das entidades da sociedade civil no processo de formulação e desenvolvimento de política pública. Ocorre, muitas vezes, em caráter experimental, para fins inovação e aquisição conjunta de conhecimento entre Estado e Sociedade, em área em que não há classificação, método ou custo previamente estabelecido – normalmente projetos de natureza inédita ou não continuada. Se estruturadas, tendem a migrar para o item anterior. Neste caso, propomos que as prestações de contas prevejam a necessidade de comprovar os gastos incorridos de acordo com o orçamento estabelecido - Focado na aquisição conjunta de conhecimento sobre o processo de formulação dos serviços e respectivos custos.

3º. Tipo - caracterizado pelo apoio ou fomento à manutenção de entidades e organizações comunitárias de interesse público, normalmente constituídas na forma de associação e que atuam em atendimento ao objetivo constitucional de redução das desigualdades - Foco é no apoio às atividades da entidade, relacionadas ao seu objeto social e importância da ação desenvolvida na área social e região de atuação. Para esta modalidade de cooperação, considerando que não se trata de um projeto específico, propomos que devem envolver verbas de menor valor, cujas prestações de contas seriam baseadas nas demonstrações contábeis e relatórios de atividades indicando a origem e a aplicação dos recursos de acordo com o Estatuto Social, ou plano de trabalho referencial.²²⁸

O primeiro tipo tem por objeto a colaboração do terceiro setor com o Estado, visto que esta relação envolve a prestação de serviços de responsabilidade do ente público e que já se encontra previamente parametrizada. Por esse motivo, o Termo de Colaboração é o

²²⁷ LOPES, Laís de Figueirêdo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

²²⁸ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Modernização do sistema de convênio da administração pública com a sociedade civil. Relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD no Projeto Pensando o Direito – Convocação Edital 01/2011 – Seleção de Projetos. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2013/03/Volume-41.pdf>. Acesso em 28.01.2023.

instrumento utilizado para parcerias que decorram de iniciativas do parceiro público, porquanto nestas o Estado quer transferir a implementação de serviços públicos que são responsabilidade sua, por mandamento legal.

Já o segundo envolve a atividade de fomento, pois não trata de transferir atividades já desempenhadas pelo Estado e previamente parametrizadas, mas sim de projetos decorrentes do setor público não-estatal, que podem, eventualmente, ser integrados às políticas públicas já existentes.

Por fim, o terceiro tipo congrega as parcerias essencialmente destinadas ao fomento de atividades privadas que geram resultados positivos para a sociedade, de forma a estimular comportamentos que tem por objetivo o interesse coletivo.

A classificação ora referida encontra acolhida neste trabalho, pois diferencia os motivos para a adoção das parcerias, sob a perspectiva de colaboração e fomento, ou seja, as parcerias nem sempre são realizadas com o mesmo escopo, haja vista que algumas tem por finalidade a colaboração de entidades do terceiro setor com o Estado e, por outro lado, há situações nas quais o Estado pretende fomentar atividades privadas de interesse público.

Outra questão importante levantada na classificação em exame é a diferenciação entre projetos e atividades. Em regra, projetos servem para as entidades do terceiro setor poderem apresentar inovações ao poder público, seja pela apresentação de novas políticas públicas, seja pela apresentação de novas formas de implementar políticas públicas já existentes.

Já as parcerias, que tem por objeto atividades, tendem a permitir a transferência de serviços sociais que são prestados pelo Estado para organizações da sociedade civil.

Com essas ponderações, passa-se a análise dos instrumentos positivados no MROSC, detalhando a finalidade de cada um, inclusive em cotejo com o Termo de Parceria e o Termo de Colaboração.

5.6.1 Termo de Colaboração

As características básicas do termo de colaboração são a presença de repasse financeiro do Estado para determinada OSC e a iniciativa da parceria ser do parceiro público, na esteira do exposto anteriormente.

Em relação à iniciativa das parcerias, salienta-se que, de acordo com o MROSC, o Termo de Colaboração deve ser adotado pela Administração para a consecução de planos de trabalho de sua iniciativa (art. 16). Por sua vez, plano de trabalho é o documento que

descreve o objeto da parceria, detalhando as metas a serem atingidas, com a previsão de receitas e despesas a serem realizadas, prevê, ainda, a forma de execução das atividades ou projetos e os parâmetros para aferição das metas propostas. (art. 22). Trata-se, portanto, de documento que serve de base para a execução, gestão e acompanhamento do vínculo que se pretende realizar.

Nesse viés, ao estabelecer que, no Termo de Colaboração, a iniciativa da elaboração do plano de trabalho cabe à Administração Pública, o MROSC estipula que este instrumento serve para parcerias com atividade ou projeto parametrizáveis de antemão pelo parceiro público, pretendendo a colaboração de entidades do terceiro setor para implementação destes. À vista disso, o Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016, determina que o Termo de Colaboração será adotado para a consecução de planos de trabalhos cuja concepção seja da Administração federal, com o objetivo de executar projetos ou atividades parametrizadas pela Administração Pública federal (art. 3; §2º).

Do dispositivo supracitado, tem-se que o Termo de Colaboração pode ser utilizado tanto para parcerias que tenham por objeto atividades, quando para parcerias que visem à implementação de projetos. A distinção entre os objetos possíveis no Termo de Colaboração é importante porque nem todo termo de colaboração servirá para a delegação de serviços públicos, mas somente aqueles que tenham por objeto a execução de atividades.

Sobre a diferenciação entre atividades e projetos, percuciente a posição da Laís de Figueirêdo Lopes:

Dentro da mesma área de assistência social, seria possível ter a atuação de OSCs em serviços tipificados seguindo as regras do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, como o serviço de abrigamento de pessoas com deficiência, em clara relação de colaboração, ou seria também possível ter a atuação de OSCs para desenvolver metodologia de trabalho com pessoas com deficiência em abrigos, empoderando o público em relação aos seus direitos, em uma relação de fomento.

A parceria de colaboração, na hipótese acima, envolve a gestão do cotidiano do abrigo e a manutenção das ações correlatas para o bom funcionamento do equipamento público. O serviço necessário prestado deve ser descrito no relatório final de execução do objeto.²²⁹

²²⁹ LOPES, Laís de Figueirêdo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÁNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

A diferenciação supra demonstra bem a distinção entre projetos e atividades que podem ser desenvolvidos por meio de parcerias com as organizações da sociedade civil (OSC).

Em relação aos projetos executáveis por Termo de Colaboração, entende-se que se trata de fomento, em que pese o nome do instrumento. Defende-se esta posição, haja vista que este trabalho adota a trilogia das atividades administrativas em fomento, polícia e serviços públicos, sendo que nestes, invariavelmente, há a execução de atividades de titularidade do Estado, que deve executá-las, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público. De modo que a implementação de projetos, ainda que a concepção deste tenha sido realizada pelo próprio Estado, não pode ser enquadrada como delegação de serviços públicos. O nome do instrumento, todavia, não se torna equivocado por isso, posto que certa OSC vai colaborar com o Estado para a execução de projeto que é de concepção do parceiro público.

No que tange às parcerias de atividades, faz-se presente verdadeira delegação de serviços públicos via Termo de Colaboração, uma vez que o Estado repassa a terceiro a execução de atividade que lhe fora cometida por meio de lei.

Corroborando a posição exposta, o art. 40 do MROSC determina que:

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).²³⁰

O dispositivo transcrito proíbe a celebração de parcerias que tenham por objeto a delegação de funções de regulação, fiscalização, de exercício de poder polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado. Em suma, o art. 40 proíbe a delegação de atividades que são consideradas exclusivas do Estado, isto é, que necessitam do poder de império do Estado no desempenho delas, fato que impossibilita a delegação, devendo ser realizadas por servidores que integram a estrutura administrativa. *A contrario sensu*, o dispositivo em tela permite a delegação de serviços não exclusivos do Estado, como os serviços sociais que podem ser prestados por particulares, ante a desnecessidade do poder extroverso da Administração na execução destes. Por consequência, o MROSC veda a delegação de

²³⁰BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm Acesso em 29.01.23.

atividades exclusivas do Estado, permitindo as demais, desde que trate de serviços sociais e que haja obediência, por óbvio, dos outros preceitos contidos no regramento das parcerias.

Outrossim, o art. 62 (MROSC) prevê hipótese de assunção de delegação anteriormente realizada, que guarda semelhança com o instituto da caducidade prevista na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição da República.

Conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Caducidade ou decadência, que é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão da inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações.

A inexecução total ou parcial do contrato dará margem à aplicação de sanções ou declaração de caducidade.²³¹

A caducidade é forma de extinção do contrato de concessão ou permissão anteriormente pactuados devido à inexecução contratual, total ou parcial, por parte da concessionária. Tendo em vista que os serviços públicos são regidos pelo princípio da continuidade, o ordenamento jurídico permite ao concedente retomar a gestão e execução da atividade transferida para levar a cabo os deveres legais que lhe foram impostos.

De forma análoga, o art. 62 do MROSC prescreve que:

Art. 62. Na hipótese de inexecução por culpa exclusiva da organização da sociedade civil, a administração pública poderá, exclusivamente para assegurar o atendimento de serviços essenciais à população, por ato próprio e independentemente de autorização judicial, a fim de realizar ou manter a execução das metas ou atividades pactuadas: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - retomar os bens públicos em poder da organização da sociedade civil parceira, qualquer que tenha sido a modalidade ou título que concedeu direitos de uso de tais bens;

II - assumir a responsabilidade pela execução do restante do objeto previsto no plano de trabalho, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade, devendo ser considerado na prestação de contas o que foi executado pela organização da sociedade civil até o momento em que a administração assumiu essas responsabilidades. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo Único - As situações previstas no *caput* devem ser comunicadas pelo gestor ao administrador público.

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 714.

Assim, o diploma legal que trata das parcerias com as OSCs, quando se trata de serviços essenciais, permite ao ente público retomar a responsabilidade da execução do restante do objeto previsto no plano de trabalho, isso ocorre justamente por se tratar de serviços públicos propriamente ditos, os quais não podem ser paralisados ante o caráter de essencialidade que ostentam.

Ressalta-se, também, que o MROSC regulamentou inúmeras medidas para inibir a malversação do erário. Uma das medidas é a vedação de transferência de novos recursos nas parcerias em execução quando constadas irregularidades na execução do objeto contratado (art. 48). Não obstante, excetua-se desta proibição os serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública (art. 39, §1º).

Tem-se, portanto, que, a depender da essencialidade do objeto da parceria, é possível a continuidade do repasse mesmo na hipótese que tenha sido constatada irregularidade na execução da parceria, como inconsistências não sanadas na prestação de contas. Essa possibilidade visa não deixar desguarnecida parcela da população que seja abarcada pela prestação de determinado serviço.

Demonstra-se, mais uma vez, que os serviços sociais prestados por entidades do terceiro setor por meio de vínculos com o poder público não guardam a mesma natureza dos serviços prestados por particulares que não possuam vínculo com ente estatais, já que neste último caso não há delegação de serviços públicos e os particulares executam serviços públicos impróprios.

O termo de colaboração, na execução de atividades, aproxima-se do contrato de gestão previsto na Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, porquanto em ambos a intenção é a delegação de serviços sociais para entidades do terceiro setor.

À luz do ordenamento jurídico, o Contrato de Gestão, todavia, deve ser utilizado tão somente para parcerias mais robustas (como a delegação de serviços hospitalares), pois, além de almejar a delegação de serviços sociais, o referido contrato tem por finalidade a redução da estrutura administrativa. Por isso, a decisão de publicizar determinada atividade é prévia à publicação do edital de chamamento público. Rememora-se, também, que pelo fato da organização social absorver determinado serviço, o Contrato de Gestão requer maior perenidade, sendo que os gastos previstos neste devem estar previstos no primeiro exercício de vigência do contrato e, também, nos três exercícios subsequentes, conforme decreto regulamentar.

Desta feita, quando o Estado almeja a reduzir o aparelho do Estado, transferindo as atividades de órgão ou entidade para uma OS, deve ser utilizado o Contrato de Gestão. A título de exemplo, caso o Estado queira realizar parcerias com o terceiro setor para a gestão de unidade hospitalar, que envolva alta complexidade na execução do serviço, deve ser utilizado o Contrato de Gestão, porquanto se trata de parceria que envolve recursos vultosos e inúmeros prestadores de serviços envolvidos, bem como consubstancia serviço que possui certa perenidade, posto que se esperar a continuidade do serviço hospitalar de forma ininterrupta.

Ademais, considerando o número de empregados utilizados na operação de um hospital, enxerga-se que os serviços ali prestados foram publicizados, pois tais atividades, originalmente, seriam desempenhadas por órgãos ou entidades públicos.

Assim, o Contrato de Gestão visa, primordialmente, reduzir a estrutura administrativa com a publicização de determinada atividade. Desse modo, por impactar de forma importante no aparelho do Estado, o Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017, exige que a qualificação de entidade do terceiro setor como OS seja formalizada por ato do Presidente da República (art. 13). Entende-se acertada a competência do Chefe do Poder Executivo para realizar a qualificação ora em análise, haja vista que compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, da Constituição da República).

Já o Termo de Colaboração (quando o objeto envolver atividade) tem por escopo a participação de OSCs no desempenho de serviços sociais, contudo não se deseja a extinção de órgãos ou a diminuição do aparelho do Estado. Por óbvio, a colaboração de entidades estranhas à estrutura do parceiro estatal ocasiona, invariavelmente, menor necessidade de utilização de servidores públicos. Entretanto, esta não é motivação primordial do Termo de Colaboração, pois este instrumento serve para a utilização de OSCs que tenham expertise no desenvolvimento de atividade social, impulsionando a implementação destes serviços de forma mais rápida, eficiente e com maior capilaridade do que seria possível por meio da execução direta.

A título de exemplo, cita-se Edital de Chamamento Público SEDESE Nº 01/2022 da Secretaria de Desenvolvimento Social do Estado de Minas Gerais o qual possui o seguinte o objeto:

A finalidade do presente Chamamento Público é a seleção de Propostas Técnicas de Organizações da Sociedade Civil- OSC's para a celebração de Termos de

Colaboração com o Estado de Minas Gerais, por intermédio Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social - Sedese/ Subsecretaria de Políticas sobre Drogas – Subpod, para a consecução de finalidade de interesse público e recíproco, a qual envolve a transferência de recursos financeiros, visando a execução de ações estruturadas nos eixos do Sistema Integrado de Política Sobre Drogas da Rede Complementar de Suporte Social na Atenção ao Dependente Químico, a saber:

1- Prevenção do uso/ abuso de álcool, tabaco e outras drogas, nos níveis de abordagem universal e seletiva, para todas as faixas etárias, com meta de 400 (quatrocentas) participações/mês, sendo que na semana, a Osc deverá realizar 5 atividades, assegurando, no mínimo, 20 participações em cada uma delas.

2- Cuidado/Acolhimento e Reinserção Social e Econômica para pessoas adultas, do sexo feminino, que usam/abusam e /ou com quadro de dependência de álcool, tabaco e outras drogas e seus familiares, nos termos da Lei Federal 13.840/2019, com meta de 12 (doze) vagas/mês, bem como a realização de, no mínimo, 8 atividades/mês de reinserção social e econômica para esse público.

Neste eixo, a proposta a ser apresentada pela OSC deve contemplar a participação dos familiares e/ou pessoas de referência do público alvo, na perspectiva da sensibilização e orientação dos mesmos em relação ao necessário apoio no processo de Cuidado/Tratamento e Reinserção Social e Econômica/Programa Terapêutico, como estratégia de fortalecimento dos vínculos familiares, comunitários e sociais. Para tanto, devem ser incentivados a participar da rotina da pessoa acolhida, por meio de visitas, contato telefônico, cartas, participação nas reuniões promovidas pelas Osc, dentre outras atividades²³²

O chamamento em questão decorre da Rede Complementar de Suporte Social na Atenção ao Dependente Químico, criada pelo Decreto Estadual nº 44.107, de 14 de setembro de 2005. O referido programa tem por objetivo estabelecer uma rede de cooperação com entidades e grupos da sociedade civil que desenvolvem projetos na área de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e dependentes de álcool e outras drogas, objetivando integrar ações no Estado de Minas Gerais (art. 1º, inciso I). Ademais, o decreto em questão reconhece a importância da intervenção comunitária na prevenção, tratamento e reinserção social dos usuários e dependentes de álcool e outras drogas (art. 1º, inciso II).

Desta forma, conclui-se que a participação de OSCs no citado programa não decorre de estratégia de redução do Estado, tampouco na crença que as entidades particulares seriam mais eficientes que o Estado na execução de serviços sociais, de forma a promover melhor custo-benefício na execução de serviços sociais.

Na verdade, a política concebida para o dependente químico optou por estabelecer uma rede de cooperação com grupos da sociedade civil, estimulando a participação comunitária como estratégia de enfrentamento da dependência química. No caso em análise, a colaboração de OSCs ocorre pelo fato de que as entidades do terceiro setor promovem a

²³² MINAS GERAIS. EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO SEDESE Nº 01/2022. Disponível em <https://social.mg.gov.br/images/SUPOD/2022/editais/Diro-Minas-Gerais---EDITAL-DE-CHAMAMENTO-PUBLICO-SEDESE-N-01-2022.pdf>. Acesso em 31.01.2023

participação social e maior engajamento local, e não, a rigor, para reduzir estruturas administrativas.

Nesse sentido, inúmeras políticas setoriais, por entenderem a participação comunitária como vetor importante na execução de determinados serviços, estimulam a colaboração de OSCs. À guisa de exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência será realizada pelo poder público em conjunto com organização da sociedade civil (art. 8º-A, Parágrafo Único). De forma semelhante, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que entidades não governamentais poderão ser responsáveis pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes (art. 90 c/c art. 90, §1º).

Por essa razão, o art. 2º - A da MROSC determina que as parcerias disciplinadas por este diploma legal respeitarão, em todo os seus aspectos, as normas específicas das políticas públicas setoriais relativas ao objeto da parceria e as respectivas instâncias de pactuação e deliberação.

Noutro prisma, verifica-se que a ausência de qualificação prévia e a não exigência de participação de servidores públicos na direção das OSCs vai no sentido de fortalecer a autogestão destas entidades, estimulando as características que justificam a existência destas parcerias, como a maior participação da sociedade na Administração Pública, que propicia a internalização de técnicas e inovações realizadas pelas OSCs.

Diferencia-se o Termo de Colaboração do Contrato de Gestão em razão dos motivos para a celebração de cada vínculo, sendo que naquele pretende-se colaboração de organizações da sociedade civil (OSCs), sem interferência na gestão da entidade, tendo como mote destas parcerias as virtudes que o terceiro setor tem a oferecer, como a maior integração comunitária, e inovações na implementação de políticas públicas. Por conseguinte, os Termos de Colaboração são adequados para parcerias que não envolvem a transferência de serviços públicos complexos ou que exijam laços mais robustos e, por conseguinte, repasses financeiros de maior vulto.

Já o Contrato de Gestão tem por finalidade a publicização de determinada atividade, que é desempenhada por órgãos públicos. Há maior “hibridização” entre público e privado, visto que servidores públicos participam do conselho de gestão de tais entidades, e permite-se a cessão destes para a execução do objeto do Contrato de Gestão. O Contrato de Gestão serve para aquelas situações que reste comprovada a vantajosidade, ou seja, que haja melhor custo-benefício de certa atividade ser transferida para uma Organização Social (OS).

5.6.2 Termo de Fomento

Conforme o MROSC, o Termo de Fomento deve ser adotado pela Administração Pública para a consecução de planos de trabalho propostos por Organizações da Sociedade Civil (OSCs) que envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 17). Por sua vez, o Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016, determina que o Termo de Fomento objetiva executar projetos desenvolvidos ou criados por OSCs (art. 2º, §2º).

Nesse diapasão, o Termo de Fomento é instrumento para parcerias que tenham por objeto o conjunto de operações limitadas no tempo, das quais resulte um produto que seja de interesse compartilhado do público. Por essa via, trata-se de fomento de atividades privadas que visam à satisfação do interesse coletivo.

Por ter como objeto somente projetos e a concepção do plano de trabalho ser da OSC, tais parcerias são consideradas atividade de fomento do Estado e a motivação destes vínculos decorre da abertura da Administração Pública para participação da sociedade civil organizada na concepção de novas políticas ou tecnologias na implementação dos direitos sociais.

O Termo de Fomento guarda íntima semelhança com o Termo de Parceria, regado pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, uma vez que este diploma pretendia ser o marco regulatório das entidades do terceiro setor, tendo sido gestado no Conselho da Comunidade Solidária, consoante abordado anteriormente.

Na redação original da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, o art. 4º, atualmente revogado, dispunha da seguinte forma:

Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria. (Revogado pela Lei nº 13.204, de 2015) ²³³

Inicialmente, previa-se que as disposições do MROSC seriam aplicáveis, no que couber, às relações da Administração Pública com as OSCIPs, tendo em vista que não há razão jurídica para distinção dos instrumentos em análise.

²³³BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm Acesso em 29.01.23

Contudo, antes mesmo da entrada em vigor do MROSC, foi publicada a Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015, que determinou a inaplicabilidade das exigências do MROSC aos Termos de Parceria celebrados com OSCIPs, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (art. 3º, inciso VI).

Não há razão jurídica para diferenciar o Termo de Parceria do Termo de Colaboração que tenha por objeto a execução de projetos e do Termo Fomento. Lembra-se que o Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999, estabelece que a escolha da OSCIP, para celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concurso de projetos (art. 23).

Assim, por regular de forma superveniente e inteiramente a mesma matéria (art. 2º, §1º, LINDB),²³⁴ entende-se que o Termo de Parceria deveria ter sido revogado do ordenamento jurídico. Entretanto, ante o teor do art. 3º, inciso VI, do MROSC, defende-se que os termos de parcerias já realizados e em andamento continuam hígidos. Noutra giro, para as novas parcerias conclui-se que estas devam ser regradas inteiramente pelo MROSC, por ser legislação posterior e mais detalhada que a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Além disso, pontua-se que a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, foi publicada na esperança de ser um marco regulatório do terceiro setor, fato que nunca ocorreu conforme discorrido acima. Ao revés, sua aplicação foi esparsa, sendo os convênios utilizados como subterfúgio à utilização deste diploma legal.

5.6.3 Acordo de Cooperação

O Acordo de Cooperação é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias pela Administração Públicas com Organizações da Sociedade Civil (OSCs) que não envolvam a transferência de recursos públicos.

Cuida-se, portanto, de parcerias que não possuem repasse financeiro do Estado para OSCs, em que pese a possibilidade de haver compartilhamento de recursos patrimonial, doação de bens ou celebração de comodato.

O único critério diferenciador do Acordo de Cooperação dos outros instrumentos trazidos pelo MROSC é a ausência de transferência de recursos públicos. Por conta dessa

²³⁴ § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 24.03.23

característica, trata-se de parceria menos complexa, inclusive com prestação de contas simplificada (art. 6º, §2º, II, Decreto 8.726, de 27 de abril de 2016).

Ademais, o Acordo de Cooperação poder ser proposto tanto pela administração pública, quanto pela OSC (art. 5º, §2º, Decreto 8.726, de 27 de abril de 2016).

O Acordo de Cooperação serve, portanto, para parcerias que não envolvam a delegação de serviços públicos, por impossibilidade lógica porquanto estes serviços são considerados prestacionais, assim envolvem custos na sua implementação, fato que iria de encontro ao objeto desta parceria.

5.7 Lei 14.133, de 1º de abril de 2021

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos manteve a figura do Convênio no ordenamento jurídico. Consoante o disposto no art. 184 do diploma em análise, aplicam-se as disposições deste, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, remetendo a regulamentação a decreto a ser exarado pelo poder executivo federal.

Em consonância com o MROSC, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos deu caráter subsidiário aos convênios, tendo em vista que este instrumento, no que concerne ao terceiro setor, ficou restrito às parcerias realizadas nos termos do §1º do art. 199 da Constituição da República, que trata da participação complementar de entidades privadas no Sistema Único de Saúde.

Destarte, este é o único campo de aplicação dos convênios, sendo o critério diferenciador em cotejo com as demais parcerias.

No que cuida da distinção de utilização de convênios e contratos administrativos, relembra-se que esta diferenciação já foi analisada no capítulo segundo deste trabalho.

Ante o exposto, apresenta-se o quadro resumo dos critérios apontados para cada regime jurídico estudado:

Quadro 4 – Critérios a serem utilizados para a adoção do regime jurídico das parcerias com o terceiro setor

| Regime jurídico a ser utilizado | Critérios |
|---|---|
| Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: contrato de gestão | Parcerias de longo prazo, que envolvem maior planejamento, posto que há repasse de recursos mais vultosos, com a possibilidade de cessão de servidores públicos. Parcerias que possuam como objeto a delegação de serviços públicos sociais. |

| | | |
|---|---|---|
| | | <p>Almeja-se a redução do aparelho do Estado, visto que a decisão de publicizar determinada atividade é lastreada em estudo técnico que comprove a vantajosidade de tal decisão.</p> <p>Decisão discricionária do chefe do executivo.</p> |
| Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: termo de parceria | | <p>Parcerias que tenham por objeto o fomento de projetos de interesse de público.</p> <p>Parcerias que tenham por finalidade a participação da sociedade civil na implementação e/ou execução de políticas públicas.</p> <p>Com a publicação do MROSC, entende-se que os termos de parceria não devam ser mais utilizados.</p> |
| Lei 13.019, de 31 de julho de 2014 (MROSC) | Termo de colaboração que tenha por objeto atividade | <p>Parcerias que tenham por objeto a delegação de serviços públicos.</p> <p>A delegação de serviço público para entidade do terceiro setor não decorre de opção de realizar a diminuição do aparelho do Estado, mas sim da necessidade da participação da sociedade civil para o êxito de determinada política pública.</p> <p>Execução de políticas públicas por novas metodologias, como no caso das APACs citadas na seção 4.3.4 deste trabalho.</p> |
| | Termo de colaboração que tenha por objeto projetos | Parcerias que tenham por finalidade o fomento de projetos concebidos pela Administração Pública. |
| | Termos de fomento | Parcerias que tenham por finalidade o fomento de projetos concebidos pela sociedade civil. |
| | Acordo de cooperação | Parcerias que não tenham repasse de recursos financeiros. |
| Lei 14.133, de 1º abril de 2021: convênios | | <p>Restritos à participação complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, para a consecução dos projetos.</p> <p>Não devem ser utilizados no caso de meras contratações de serviços tabelados.</p> |

Fonte: Capítulo 05 deste trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto ao longo deste trabalho, faz-se necessário apresentar de forma objetiva as considerações finais quanto aos critérios existentes no ordenamento jurídico para a adoção do regime jurídico das parcerias com o terceiro setor.

Primeiramente, conclui-se que todas as parcerias com o terceiro setor possuem natureza contratual, inclusive o Convênio. Esta conclusão decorre de duas razões. A primeira, de ordem teórica, advém do fato que as parcerias estabelecidas com o terceiro setor não podem ser classificadas como ato-união, tampouco como ato coletivo. O ato-união, na classificação utilizada pelo trabalho dá origem a situações objetivas, porquanto o consenso visa à aplicação de regramento jurídico já detalhado, diferente do que ocorre com as parcerias com o terceiro setor, que propiciam situações específicas e momentâneas. Lado outro, não se pode classificar as parcerias com o terceiro setor como ato coletivo, visto que elas exigem consenso prévio para que sejam celebradas, fato que afasta a classificação como ato coletivo, porquanto este se configura como ato unilateral plural.

Ademais, num mundo plural no qual predomina a diversidade de interesses, inclusive dentro da própria Administração Pública, não se pode confundir convergências de interesses institucionais dos parceiros públicos e privados, com a pretensa convergência de interesses na execução de determinada parceria. Não por outro motivo, é possível a conciliação e mediação das parcerias do terceiro setor e até mesmo a judicialização de questões que tratem dos vínculos formados.

Noutro giro, da análise do ordenamento jurídico, verificou-se que as parcerias do Estado com o terceiro setor podem ser categorizadas como verdadeiros contratos administrativos, tendo em vista o vínculo formado, a necessidade de procedimento prévio para a seleção das entidades que queiram se relacionar com o Estado, a obrigatoriedade do cumprimento de metas e de cláusulas pactuadas. Igualmente, ressaltou-se a possibilidade do Poder Público modificar e rescindir, unilateralmente, as avenças, fiscalizar a execução e aplicar sanções motivadas pela inexecução contratual, fazendo-se presente o regime jurídico administrativo caracterizado pelas prerrogativas da Administração Pública.

Configurada a natureza contratual das parcerias, realizou-se a análise da importância da governança contratual para uma Administração Pública interorganizacional. Na medida em que entidades não-estatais são chamadas para formular e/ou implementar serviços sociais, tornar-se necessária a coordenação dos atores envolvidos sob pena de inviabilizar a execução de qualquer política pública. Destarte, o contrato é meio para o atingimento dos

objetivos pactuados, contudo não basta contratualizar a relação, é necessário escolher a melhor modelagem disponível para dar concretude ao princípio da eficiência, e levar a cabo a realização dos direitos sociais.

Desse modo, o foco interorganizacional da *New Public Governance* torna premente o estudo dos critérios jurídicos presentes na legislação para adoção do regime jurídico adequado de cada parceria que se pretenda realizar.

A fim de delinear os critérios jurídicos para a diferenciação dos regimes jurídicos existentes, estudou-se as atividades de fomento e de serviços públicos, concluindo-se que, a depender do objeto das parcerias, pode estar presente uma atividade ou outra.

Nesse sentido, em contrariedade à literatura estudada que correlaciona a atividade de fomento às parcerias do Estado com o terceiro setor, entende-se que o Contrato de Gestão e o Termo de Colaboração, quando o objeto envolver atividades, são instrumentos aptos a viabilizar delegações de serviços públicos, sendo que os demais estão associados com a atividade de fomento.

Ressalta-se que os Termos de Parceria, por terem como objeto a execução de projetos, não envolvem a delegação de serviços públicos, haja vista que estes conceitualmente exigem a noção de atividade. Pela mesma razão, o repasse financeiro realizado pelo Estado para a promoção de Termo de Colaboração que tenha projeto como objeto é classificado como atividade de fomento.

Em sentido conexo, demonstrou que as parcerias do Estado com o terceiro setor decorrem de duas motivações preponderantes. A primeira consiste no projeto neoliberal de reduzir a burocracia estatal, na crença que entidades não-estatais seriam mais eficientes na prestação de serviços sociais. A segunda se perfaz pela necessidade de abertura da Administração Pública para a sociedade civil organizada, tendo origem nos movimentos sociais que pretendiam maior participação na vida pública.

Estas motivações aliadas à distinção de fomento e delegação de serviços públicos servem de guia para o gestor público na escolha do regime jurídico adequado, visto que cada diploma normativo institui o respectivo instrumento jurídico a partir destas considerações.

Desta feita, o regime jurídico da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 – que regulamenta o Contrato de Gestão – tem por escopo a transferência de atividades que são desempenhadas por órgãos públicos para Organizações Sociais (OSs). Visa, portanto, publicizar tais atividades e, por conseguinte, extinguir órgãos públicos.

Este regime jurídico decorre do movimento da *New Public Management*, o qual defende que a execução de serviços sociais por entidades não-estatais promoveria a melhora

destes, ante o contexto de competição que estas organizações se encontram e pela utilização de técnicas privadas de gestão.

Já o regime jurídico da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, teve por finalidade a abertura da Administração Pública para a participação da sociedade civil organizada, pretendia este ato normativo ser o marco regulatório do terceiro setor. Nesse compasso, o Termo de Parceria não tem como objetivo a redução do aparelho do Estado, mas tão somente a melhorar a conformação normativa das parcerias com o terceiro setor. Todavia, o intento de ser o marco regulatório do terceiro setor não logrou êxito, diante da baixa adesão a este normativo, posto que era possível utilizar-se da figura do Convênio como válvula de escape para as entidades que não conseguissem se qualificar como OSCIPs.

Com a promulgação do MROSC, entende-se que os Termos de Parcerias não devam mais ser utilizados, em que pese a disposição do art. 3º, VI, da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Defende-se esta posição pelo fato do MROSC ter regulamentado inteiramente a mesma matéria (art. 2, §1º, LINDB).

Já a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014 (MROSC), prescreve três instrumentos jurídicos, que são: o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação.

O Termo de Colaboração possui como características básicas a presença de transferência de recursos públicos para determinada OSC e a iniciativa da Administração Pública na elaboração do plano de trabalho. Este instrumento serve para atividades e projetos. No caso de atividades, verifica-se a delegação de serviços públicos, porquanto OSCs irão implementar serviços de competência do Estado. Todavia, o Termo de Colaboração, diferentemente do Contrato de Gestão, não possui como finalidade principal a redução do aparelho do Estado. Destaca-se que muitas políticas optam por envolver OSCs por entenderem a participação comunitária como um vetor importante na execução dos serviços sociais. Outras vezes, a colaboração de OSCs decorre da possibilidade destas conceberem novas tecnologias na implementação dos serviços públicos não privativos.

Destarte, por não envolver publicização, entende-se que o Termo de Colaboração deva ser utilizado para parcerias menos robustas e com menor vulto de repasses quando comparadas com o Contrato de Gestão, em que pese ambos servirem para delegação de serviços públicos.

Noutro giro, quando o Termo de Colaboração ter por projetos como objeto, a Administração Pública não estará delegando serviços públicos, mas sim promovendo fomento de um projeto privado de interesse público.

Por sua vez, o Termo de Fomento é o instrumento adotado pela Administração Pública para a consecução de planos de trabalho propostos por OSCs e parcerias que possuam transferência de recursos públicos. Por tratarem de objetos sugeridos pela sociedade civil e por terem como objeto a execução de projetos, o Termo de Fomento serve para o Estado ter acesso a produtos de interesse público.

O Acordo de Cooperação distingue-se dos demais instrumentos por não haver repasse de recursos financeiros. Portanto, considerando a natureza prestacionais dos serviços sociais, conclui-se que estes não são aptos a promoverem a delegação de serviços públicos.

Por fim, o Convênio, de acordo com o MROSC, tem sua aplicação restrita às realizadas nos termos do §1º do art. 199 da Constituição da República, que trata da participação complementar de entidades privadas no Sistema Único de Saúde (SUS).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2ª ed. rev. ampl. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônima e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcela Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3 ed. Reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BRAGA, Juliana de Souza Bechara. *A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e o terceiro setor: análise do título de utilidade pública e da parceria com o Município*. 2015. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) - Universidade FUMEC.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.215/2013*. Plenário. Representação. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 22 de maio de 2013, publicação em 4 de junho de 2013.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.712/2018*. Plenário. Relatório de Levantamento. Relator: Ministro Augusto Sherman. Data do julgamento: 26 de novembro de 2008, publicação em 01 de dezembro de 2018.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 3.239/2013*. Plenário. Relatório de Auditoria Operacional. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 27 de novembro de 2013, publicação em 05 de dezembro de 2013.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *PARECER/MC/CONJUR/MBH/No 1929-1.01/2990*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-2009-10-22.htm. Acesso em 19.01.2023
- BRASIL. *Decreto nº 3.100*, de 30 de junho de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3100.htm Acesso em 06.01.2023.
- BRASIL. *Decreto nº 6.170*, de 25 de junho de 2007. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6170compilado.htm#art19. Acesso em 13.12.2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.190*, de 1º de novembro de 2017. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9190.htm Acesso em 30.08.2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 236*, de 28 de fevereiro de 1967. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0236.htm. Acesso em 18.01.2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 24.03.23.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Relatório OSCIP e OS: perfil das organizações da sociedade civil no Brasil*. Brasília: julho de 2020. Disponível em <https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/7883-relatorioososcipfinal.pdf>. Acesso em 30.08.2021.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 14.12.2022.

BRASIL. *Lei nº 13.019*, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm Acesso em 30.08.21.

BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em 30.08.2021.

BRASIL. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm Acesso em 30.08.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 de dezembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Diário de Justiça da União, 23 de setembro de 2005.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CARDOSO, Ruth; FRANCO, Augusto de; OLIVEIRA, Miguel Darcy de. *Um novo referencial para a ação social do Estado e da sociedade: sete lições da experiência da comunidade solidária*. Brasília: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil*. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24º ed .rev. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordo de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CUNHA, Célia Mello. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DAGNIGO, Evelina. Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva. In: GRIMSON, Alejandro (comp.). *La cultura en las crisis latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSON, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTR, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Governança nas contratações pública contemporâneas* (de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021). São Paulo: Editora Dialética, 2021.

DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, volume 120, número 2. maio-ago 1996.

DISTRITO FEDERAL. Disponível em <https://www.casacivil.df.gov.br/wp-content/uploads/2019/03/Manual-MROSC-DF-FINAL.pdf>. Acesso em 02.01.2023.

ESCOLA, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v.2.

ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. Parcerias com o terceiro setor: do fomento à prestação de serviços públicos. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Parcerias Público-Privadas e contratualização pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas*. São Paulo: Dialética, 2023. Edição Kindle.

FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev. atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

KETTL, Donald F. Governance, contract, management and public management. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010.

LESTER M., Salamon. *The resiliente sector revisited: the new challenge to nonprofit America*. 2ª ed. Washington, D.C.: Brooking Instituion Press. Edição Kindle.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição Kindle.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MANICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor de saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Curitiba, n. 7, 2017.

MEDAUAR, Odete. Convênio e consórcios administrativos. In: *Revista Geral da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, 1994. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/04_CONVENIOS%20E%20CONSORCIOS\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/04_CONVENIOS%20E%20CONSORCIOS(1).pdf). Acesso em 18.11.2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Contas do Estado. Denúncia nº 1092340. Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Durval Ângelo. Data do julgamento: 04 de agosto de 2020. Disponível em <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/1092340#!>. Acesso em 22.11.2022.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Parecer n.º 15.387* de 24 de outubro de 2014.

MINAS GERAIS. *Contrato de Concessão 027/2020*. Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/Penal/Contrato%20e%20Extrato%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20PPP%20Complexo%20Penal.pdf>. Acesso em 24.03.2023.

MINAS GERAIS. *Decreto n.º 46.319, de 26 de junho de 2013*. Disponível em <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/46319/2013/?cons=1>. Acesso em 13.12.2022.

MINAS GERAIS. *EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO SEDESE Nº 01/2022*. Disponível em <https://social.mg.gov.br/images/SUPOD/2022/editais/Diro-Minas-Gerais---EDITAL-DE-CHAMAMENTO-PUBLICO-SEDESE-N-01-2022.pdf>. Acesso em 31.01.2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0000.21.003180-3/001, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/03/2021, publicação da súmula em 26/03/2021.

MINAS GERAIS. Unidades Apacs. Disponível em <http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/index.php/unidades/unidades-apac>. Acesso em 24.03.2023.

MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais (PPS): categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão (org.) *Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1.923/2015*. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSBORNE, Stephen P. The (New) Public Governance: a suitable case for treatment? In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010.

PAES, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade*, v. 15, n. 46, p. 39-55, 2008.

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 01-14, jun. 2007. Disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000200011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21.02.2021.
<https://doi.org/10.1590/S1679-39512007000200011>.

PESTOFF, Victor. Co-production, new public governance and third sector social services in Europe. *Ciências Sociais Unisinos*, v. 47, n. 1, p. 15-24, 2011.

PESTOFF, Victor; BRANDSEN, Taco. Public Governance and The Third Sector: Opportunities for Co-production and Innovation. In: OSBORNE, Stephen P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Modernização do sistema de convênio da administração pública com a sociedade civil. Relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD no Projeto Pensando o Direito – Convocação Edital 01/2011 – Seleção de Projetos. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2013/03/Volume-41.pdf>. Acesso em 28.01.2023.

POZAS, Luís Jordana. Ensayo de una teoria del fomento em el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48, 1949.

RICHARSON, Rutson. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RIO DE JANEIRO. *Contrato 027/2020*. Secretaria de Saúde. Disponível em <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzE0NDg%2C>. Acesso em 30.08.2021.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7).

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Samira de Souza. *O marco regulatório das organizações da sociedade civil e a democracia participativa: uma análise do procedimento de manifestação de interesse social da Lei nº 13.019/2014*. 2018. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia). Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018.

SMITH, Steven Rathgeb; SMYTH, Judith. The governance of contracting relationships: killing the golden goose. A third-sector perspective In: OSBORNE, Stephen P. *The new*

public governance? Emerging perspectives on the theory and practise of public governance. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Públicos-Privadas no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 104, abril/junho 2005.

TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. *Revista Serviço Público Brasileiro*, 70 (4), pp. 519-550, outubro/dezembro 2019.

WIESEL, F; MODELL, S. From New Public Management to New Public Governance? Hybridization and Implications for Public Sector Consumerism. *Financial Accountability & Management*, 30(2), pp. 175-205, may 2014.