

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE**

**MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA**

AS PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS COMO MEIO PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC) e a necessidade de procedimento licitatório para a escolha da entidade parceira

Brasília - 2016

**MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA<sup>1</sup>**

AS PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS COMO MEIO PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC) e a necessidade de procedimento licitatório para a escolha da entidade parceira

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito e Sociedade como requisito final para obtenção do grau de mestre em direito constitucional.

Orientador: Prof. Doutor Roberto Freitas Filho

---

<sup>1</sup> Advogada da União. Foi Analista Judiciária no Superior Tribunal de Justiça. Foi Coordenadora-Geral Substituta na Coordenação-Geral de Licitação, Contratos e Convênios do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Foi Assessora na Subchefia de Assuntos Jurídicos na Casa Civil da Presidência da República. Foi Coordenadora-Geral de Suporte à Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Foi Coordenadora-Geral de Assuntos Administrativos no Ministério da Cultura. Atualmente é Coordenadora-Geral de Assuntos Administrativos no Ministério da Educação. Especialista em direito público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade de Brasília.

Brasília - 2016

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA

**AS PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS COMO MEIO PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: marco regulatório das organizações da sociedade civil (MROSC)**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito e Sociedade como requisito final para obtenção do grau de mestre em direito constitucional.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2016.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Doutor Roberto Freitas Filho - IDP  
Professor Orientador

---

Profa. Doutora Luciana Musse  
Membro externo da banca examinadora

---

Prof. Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor - IDP  
Membro da banca examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em especial, à Clarice Costa Calixto, pelo apoio a mim dispensado. Com certeza, seu incentivo para que eu alcançasse esta etapa final foi primordial.

Agradeço ao professor Roberto, pela compreensão e atenção durante este processo.

Agradeço a todos que torceram junto comigo para que este projeto se tornasse realidade.

Dedico este trabalho ao anjo que é minha mãe em  
minha vida. Quem me ensinou algo que de mim  
nunca será retirado: coragem para lutar.

## RESUMO

O papel do Estado na concretização das políticas públicas está relacionado às modificações de perfil processadas no Estado por conta dos paradigmas constitucionais modernos (Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito), esse papel vai ser alterado e sua intensidade será medida de acordo com o modelo de Estado que venha a ser adotado. Dessa maneira, no modelo atual de Estado, a sociedade civil passa a realizar, em parceria com o Estado, a prestação de serviços públicos considerados não exclusivos do Estado. Assim, a criação das Organizações Sociais resultou das concepções traçadas no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado como forma de viabilizar políticas públicas e efetivar os direitos prestacionais. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF decidiu pela constitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/1993 e delineou a interpretação constitucional a ser atribuída à Lei das Organizações Sociais. A Lei do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade civil possibilitou avanço no procedimento de escolha da entidade parceira com o estabelecimento do chamamento público para a escolha da entidade que irá firmar parceria com o Estado. Portanto, este trabalho pretende demonstrar que com as alterações processadas no Estado e a necessidade de repensar a forma de prestação dos serviços públicos ter a colaboração da iniciativa privada, com a escolha desse ente parceiro de forma transparente e respeitando os princípios constitucionais pode resultar na viabilização das políticas públicas necessárias para a sociedade, logo, na efetivação dos direitos prestacionais.

**Palavras-chave:** Crise do Estado. Plano diretor da Reforma do aparelho do Estado. Serviços públicos. Organizações Sociais. Direitos prestacionais. Políticas públicas. Organizações da Sociedade Civil. Marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Credenciamento. Chamamento público. Licitação.

## ABSTRACT

The state's role in the implementation of public policies is related to the profile of changes processed in the state due to the modern constitutional paradigms (liberal state, the welfare state and the democratic rule of law), this role will be changed and its intensity is measured according to the model of state that is to be adopted. Thus, in the current model of state, civil society is to be held in partnership with the state, the provision of public services considered non-exclusive state. Thus, the creation of Social Organizations led the concepts outlined in the Master Plan of the State Apparatus Reform as a way of enabling public policies and the effect prestacionais rights. The Supreme Court in the judgment of ADI No. 1923 / DF decided the constitutionality of art. 24, item XXIV of Law No. 8.666 / 1993 and outlined the constitutional interpretation to be attributed to the Law of Social Organizations. The Regulatory Law of Organizations of Civil Society possible advance in the selection procedure of the partner organization with the establishment of the public call for the selection of the entity that will enter into partnership with the state. Therefore, this paper aims to demonstrate that the changes introduced in the state and the need to rethink how to provide public services have the collaboration of private initiative, with the choice that partner entity in a transparent manner and respecting the constitutional principles can result in enabling the public policies necessary to society, so the realization of prestacionais rights.

**Keywords:** State crisis. Master plan of the state apparatus reform. Public services. Social organizations. prestacionais rights. Public policy. Civil Society Organizations. Regulatory framework of Civil Society. Accreditation. public call. Bidding.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEBRASPE	Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos
CESPE	Centro de Seleção e de Promoção de Eventos
CF	Constituição Federal
EMBRAPII	Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Indústria
ESFL	Entidade Privada sem Fins Lucrativos
ICT	Instituto de Pesquisa Científica e Tecnológica
MROSC	Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil
ONG	Organização Não Governamental
OSC	Organização da Sociedade Civil
OSCIP	Organização da sociedade Civil de interesse Público
PDRAE	Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SICONV	Sistema de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 CRISE DO ESTADO E A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	15
<b>1.1. Crise do Estado</b> .....	15
1.1.1 <i>O plano diretor da reforma do aparelho do Estado</i> .....	23
1.1.2 <i>Serviços públicos de execução não estatal e a atividade de fomento</i> .....	30
<b>2 A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMO MEIO DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> ....	411
<b>2.1 Das Organizações Sociais</b> .....	421
2.1.1 <i>A Origem das Organizações Sociais</i> .....	421
2.1.2 <i>Da qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos como Organizações Sociais</i> .....	49
2.1.3 <i>Modelos de Organizações Sociais</i> .....	60
<b>2.2 Das Organizações da Sociedade Civil</b> .....	633
<b>2.3 Direitos Prestacionais</b> .....	687
<b>2.4 Políticas Públicas</b> .....	699
2.4.1 <i>Conceito</i> .....	699
2.4.2 <i>Formas para sua implementação</i> .....	71
<b>3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: A ADI N. 1923/DF</b> .....	743
<b>3.1. A ADI N. 1923/DF</b> .....	743
<b>3.2. A interpretação conforme a Constituição conferida ao art. 24, inciso XXIV, da Lei geral de licitações</b> .....	765
<b>3.3. Necessidade de realização de procedimento de seleção para qualificação das Organizações Sociais</b> .....	787
<b>3.4. A utilização do Credenciamento como procedimento de seleção das entidades que celebrarão parcerias com o Poder Público</b> .....	809
<b>4 INICIATIVAS LEGISLATIVAS E POSSÍVEIS AVANÇOS</b> .....	876
<b>4.1. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC</b> .....	876
4.1.1 <i>Aspectos gerais</i> .....	876
4.1.2 <i>Conceitos</i> .....	89
4.1.3 <i>Conteúdo</i> .....	987
<b>4.2. Providências para Celebração e Formalização do Termo de Colaboração e de Fomento pela Administração Pública</b> .....	99
<b>4.3 Do Chamamento Público e da necessidade de licitar para a formalização das parcerias</b> ...	1021
<b>4.4. Liberação dos Recursos e meios para transferência de recursos ao setor privado</b> .....	10908
<b>CONCLUSÃO</b> .....	1154
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	11817

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado versa sobre a importância da formalização de parcerias entre o setor público e o privado, utilizadas como meio para que possa ser viabilizada a transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos, como forma de implementar políticas públicas e os direitos prestacionais – entendidos como toda relação constitucional na qual o titular de um direito fundamental tem um direito em face do Estado para que esse realize uma ação positiva.

Com a publicação da Lei N.n. 13.019, de 31 de julho de 2014, inaugurou-se, no cenário normativo brasileiro, o marco regulatório das organizações da Sociedade Civil.

Portanto, no primeiro capítulo, o que se buscou foi demonstrar que, ao longo da evolução do Estado, as alterações ocorridas na concepção de Estado retratam o grau de interferência do Estado na vida social, assim, o plano diretor da reforma do aparelho do Estado preocupado com a capacidade do Estado na satisfação das necessidades coletivas tendo em vista a crise sofrida pelo Estado procurou demonstrar que o Estado em colaboração com a sociedade por meio de parcerias com a iniciativa privada pode viabilizar políticas públicas.

Além disso, em função da sua essencialidade, o Estado teve que assumir a titularidade do serviço público, o que não impediu que sua execução pudesse ser delegada para terceiros por meio de parcerias com a iniciativa privada, tendo em vista a sua incapacidade de absorver toda a prestação de serviço público, o que resulta na possibilidade de escolha por parte do Estado de fomentar uma atividade que seja considerada de interesse social.

O segundo capítulo irá dispor sobre a criação das organizações sociais, como o primeiro modelo pensado de colaboração entre o setor público e o setor privado para a efetivação dos direitos prestacionais e a viabilização das políticas públicas.

No que se refere aos direitos prestacionais, a abordagem será no sentido de serem direitos fundamentais inseridos no texto constitucional a fim de demandar prestações positivas, tais como os direitos sociais. Como a política pública requer um planejamento estatal prévio direcionado à escolha do que irá melhor atender ao interesse coletivo, ela não deixa de ser considerada uma forma de realização dos direitos prestacionais.

Nesse diapasão, o capítulo procura demonstrar que o objetivo maior a ser alcançado com a criação das organizações sociais foi a transferência dos serviços públicos não exclusivos de Estado para o que foi chamado de “setor público não estatal”, logo o

que se buscou foi a “publicização” desses tipos de serviços, sem que fosse necessária sua privatização, havendo, por conseguinte, a transferência de serviços não exclusivos de Estado para entidades privadas que não tenham fins lucrativos, que estejam fora da estrutura estatal, para que atuem na prestação de serviços de interesse público conjuntamente ao Estado.

Para tanto, serão abordados aspectos relacionados à qualificação das organizações sociais e apresentados exemplos de modelos já implementados na administração pública de organizações sociais, bem como sobre as denominadas organizações da sociedade civil criadas pela Lei n. 13.019/2014

O terceiro capítulo versa sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na construção do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). A ADI n. 1923/DF iniciou a discussão sobre a necessidade de realização de licitação para seleção da entidade que irá firmar a parceria com o Poder Público, concluindo pela possibilidade de efetuar o chamado credenciamento como forma de selecionar diretamente a instituição parceira, considerando desnecessário, portanto, a seleção por meio de procedimento licitatório.

Ademais, a Corte Suprema deu interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Além disso, o referido julgamento teve importância para o tema desenvolvido nesta dissertação por ter deixado claro que, pelo disposto no texto constitucional, cabe ao Estado o dever de prestar a atividade administrativa estatal por meio de órgãos ou entidades públicas, mas não houve impedimento para que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais. Logo, a decisão foi pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público.

No quarto capítulo, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil é fonte de estudo como iniciativa legislativa e o avanço processado no que se refere à escolha da entidade que irá formalizar a parceria com o Poder Público.

Nesse sentido, levando em consideração que a Lei n. 13.019/2014<sup>2</sup> instituiu o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação como instrumentos hábeis a serem celebrados com as chamadas Organizações da Sociedade Civil, para instigar a iniciativa privada a praticar atividades consideradas pelo Estado e pela sociedade como relevantes, principalmente, para a área social, vai-se discorrer sobre o conteúdo desses instrumentos.

Igualmente, são pontos desenvolvidos no capítulo as providências para celebração e formalização do termo de colaboração e de fomento pela administração pública, o Chamamento Público e a dispensa da necessidade de licitar para a formalização das parcerias, como é feita a liberação dos recursos depois de formalizado o ajuste e os meios para transferência desses recursos ao setor privado.

Por meio do movimento denominado “Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”,<sup>3</sup> que eclodiu no ano de 2010 por meio da articulação de diversas organizações, redes e movimentos sociais, foi que a necessidade de criação de um Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil (MROSC) tornou-se realidade e prioridade para o governo federal, o qual, em 2011, avaliou a necessidade de criação de um grupo de trabalho interministerial<sup>4</sup> para analisar o tema e elaborar propostas que levassem à sua concretização.<sup>5</sup>

Segundo histórico relatado no sítio [www.participa.br/osc](http://www.participa.br/osc), o relatório final do grupo de trabalho precitado concluiu pela necessidade de concepção de um novo marco regulatório para as Organizações não governamentais que levasse em consideração três eixos principais: contratualização (relacionada aos instrumentos jurídicos que são

---

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup> Dados extraídos do sítio: [www.participa.br/osc](http://www.participa.br/osc) do governo federal.

<sup>4</sup> Criado por meio do Decreto n. 7.568, de 16 de setembro de 2011 em seu art. 6º.

<sup>5</sup> O grupo foi coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República com a participação da Casa Civil; Controladoria-Geral da União; Advocacia-Geral da União; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e de 14 organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela plataforma, quais sejam: Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (Abong), Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), Conselho Latino Americano de Igrejas (CLAI Brasil), Confederação Brasileira de Fundações (Cebraf), Fundação Grupo Esquel Brasil, União Nacional de Cooperativas da Agricultura Familiar e Economia Solidária (Unicafes/Pastorais Sociais), Confederação das Cooperativas de Reforma Agrária do Brasil (Concrab), Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, Associação de Proteção ao Meio Ambiente (Apema), Cáritas Brasileira, Visão Mundial, Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), Instituto Socioambiental (ISA), Federação Nacional das Apaes (Fenapae).

necessários para a realização das parcerias entre o Poder Público e as OSCs); sustentabilidade econômica (assuntos relativos a tributos, tipos societários, ampliação de fonte de recursos etc.); e as certificações (títulos e creditações concedidas às OSCs).

Além disso, como resultado da análise empreendida pelo grupo de trabalho interministerial, foi elaborada uma minuta de Projeto de Lei, a qual subsidiou a apresentação da proposta final por parte do Poder Legislativo.

A Lei precitada nasceu no Senado Federal (PLV 19/2014). Foi aperfeiçoada pelas contribuições decorrentes de audiências públicas com representantes do Governo, do Tribunal de Contas da União, de entidades da sociedade civil e também de contribuição de um Grupo de Trabalho constituído por representantes governamentais e de entidades civis.

Assim, afigura-se inegável a importância do estudo do tema em questão.

À vista do exposto, o presente trabalho procura responder às seguintes perguntas:

Em que medida há necessidade de se realizar procedimento licitatório para a seleção das entidades que irão firmar parceria com Estado com fundamento na Lei do MROSC?

Como os instrumentos jurídicos criados pela Lei N. 13.019/2014 podem ser considerados um meio eficaz para realização dos direitos prestacionais e das políticas públicas?

Em que medida as parcerias realizadas entre o setor público e as entidades privadas sem fins lucrativos podem ser utilizadas como forma de fomento à iniciativa privada?

# 1 CRISE DO ESTADO E A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

## 1.1. Crise do Estado

Alexandre Santos de Aragão,<sup>6</sup> tratando sobre os antecedentes remotos que levaram à construção da ideia de prestação dos serviços públicos, traçou um panorama dos Estados, dispondo sobre: 1) antiguidade; 2) feudalismo; 3) Estado absolutista; 4) Estado liberal; 5) Estado pluriclasse e constituição econômica; 6) Estado social; e 7) Estado regulador.

No que se refere à antiguidade (Roma republicana), as noções de utilidade pública e privada já existiam. No âmbito da utilidade pública – no intuito de velar pela coisa pública, entendida no aspecto de serem serviços destinados a satisfazer as necessidades consideradas essenciais para a população –, às instituições públicas cabiam a decisão e o comando sobre a forma de prestação dos serviços públicos.

Citando Platão, o autor demonstra que, para se ter uma cidade justa e ordenada, há necessidade de que todos os seus cidadãos sejam beneficiados pelo bem-estar proporcionado pelo Estado.<sup>7</sup>

Quanto ao feudalismo, com a derrocada do Império Romano, foram criados pequenos territórios – os feudos –, dominados pelos chamados senhores, geralmente ex-membros do exército romano. As relações com os senhores feudais eram de caráter pessoal e tinham como base o juramento de lealdade, os laços de sangue, a honra militar e a religião.<sup>8</sup> Em troca da proteção recebida dos senhores e da utilização de seu solo, parte da produção agrícola devia ser repassada, bem como havia a participação no grupo de proteção do feudo.

Em relação ao Estado absolutista, o surgimento das cidades, juntamente com a perda de poder dos senhores feudais para os burgueses (classe econômica dos pequenos artesãos, comerciantes, profissionais autônomos etc.), fez com que o sistema feudal sofresse um enfraquecimento, o que permitiu a concentração dos poderes de criação e aplicação do direito, de forma absoluta e soberana, por parte do rei. Os bens de utilidade

---

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. São Paulo: Forense, 2013, p. 26-53.

<sup>7</sup> PLATÃO. *A República*, Livro IV, 420<sup>a</sup>-e: “Deve, portanto, observar-se, se estabelecemos os guardas tendo em vista proporcionar-lhes o máximo de felicidade, ou se deve ter em consideração a cidade inteira, para que ela a alcance, e forçar os auxiliares e os guardiões a proceder assim e a persuadi-los”.

<sup>8</sup> DUVERGER, Maurice. *Sociologia da Política*. Tradução de Antônio Gonçalves. Coimbra: Almedina, 1983, p. 34.

coletiva e as funções de organização social eram vistos como se fossem propriedades pessoais do rei. As atividades ditas econômicas eram pouco exploradas pelos particulares, e as prestacionais não tinham a ideia de serviço público hoje difundida, “tais atividades eram levadas a cabo mais com espírito limitador e coativo que serviçal; com elas não se pretendia tanto proporcionar utilidades aos súditos, mas sim servir às necessidades da monarquia ou do aparato estatal”.<sup>9</sup>

No Estado liberal, a vontade da burguesia limitava o poder por meio dos representantes por ela eleitos no parlamento, mas também pelas normas constitucionais, as quais garantiam espaços individuais de liberdade, inclusive econômica. Foi nesse Estado que houve o reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais estabeleciam deveres de abstenção ao Estado, mas, para as relações sociais, não foi dada muita importância.

Discorrendo sobre o viés sociológico de serviço público e as atividades de prestação individual que o Estado desenvolvia, Alexandre Santos Aragão destaca:

[...] desde o surgimento no Estado Liberal da noção sociológica, ainda não jurídica, de serviço público, as atividades de prestação individual (*uti singuli*) desenvolvidas pelo Estado eram basicamente de três espécies: (a) as funções típicas do Estado, que sempre foram por ele exercidas, como a jurisdição; (b) as de cunho assistencial, não titularizadas com exclusividade pelo Estado e prestadas sem remuneração ou com remuneração bem abaixo do custo, já que o seu objetivo precípua era o de atender as pessoas sem condições para obter os mesmos serviços da iniciativa privada; e (c) as atividades de cunho econômico propriamente dito, ou seja, que podem ser exploradas com fins lucrativos, consistentes na maioria das vezes na exploração de infraestruturas.<sup>10</sup>

No Estado Liberal, preponderava a limitação das atividades governamentais ao que fosse o mínimo indispensável. Nesse período, a mão invisível do mercado era quem iria conduzir o Estado ao bem comum, logo deixou-se que ela agisse livremente.

Alexandre Santos de Aragão, citando Juan Alfonso Santamaría Pastor ao discorrer sobre as atividades sociais desempenhadas pelo Estado Liberal, destacou que:

[...] a falta de tradição de sua prestação pelo Estado fez com que não fossem consideradas em sentido estrito, como atividades públicas: sua

<sup>9</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. vol. II. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2000, p. 301.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. São Paulo: Forense. 2013, p. 34.



prestação pela Administração Pública deveria suprir a ausência da iniciativa privada; por isso, o Estado não se atribuiu a titularidade delas, nem o monopólio na sua prestação, admitindo que também pudessem ser prestadas por sujeitos privados.’<sup>11</sup>

No que concerne ao Estado pluriclasse,<sup>12</sup> ele teve origem com o sufrágio universal, logo com a concessão de poder político aos indivíduos integrantes de todas as classes sociais, sem que tivesse relevância a renda dessas classes. Destaca Alexandre Santos Aragão que:

Nas Constituições econômicas que adotam a economia social de mercado, temos inegavelmente um regime capitalista, em que o princípio é a liberdade de iniciativa, mas (a) com normas de ordem pública podendo incidir sobre a ação dos agentes privados; (b) a permissão de o Estado, em casos excepcionais, explorar atividades econômicas concomitantemente com a iniciativa privada; e (c) até mesmo a retirada de determinadas atividades do âmbito da iniciativa privada, atividades que passam a ser da titularidade do Estado, seja por razões fiscais ou estratégicas (atividades econômicas monopolizadas pelo Estado), seja por razões sociais (serviços públicos).<sup>13</sup>

Com relação ao Estado social, verificou-se ter havido uma absorção por parte do Estado da prestação dos serviços públicos (queda na concessão dos serviços públicos), sendo observado, ainda, um aumento do número de serviços públicos e de atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado.

Segundo Alexandre Santos de Aragão:

O aumento da intervenção do Estado foi determinado por uma série de fatores: pressões sociais por melhores serviços, principalmente em razão do juízo de que os usuários ficavam na mão das empresas prestadoras de atividades que constituíam monopólio natural; o surgimento de novas atividades de interesse coletivo ou o aumento da complexidade técnica das já existentes, e o nacionalismo contra empresas multinacionais que exploravam atividades consideradas estratégicas para os interesses nacionais.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. vol. II. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2000, p. 302.

<sup>12</sup> Alexandre Santos de Aragão esclarece neste ponto que a aceção de “Estado Pluriclasse” adotada por ele refere-se àquela concebida por Massimo Severo Giannini.

<sup>13</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. São Paulo: Forense. 2013, p. 38.

<sup>14</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 113.

Além disso, como era sempre o Estado que cobria os prejuízos das concessionárias, ele mesmo passou a gerir o serviço e, desse modo, passou a receber os lucros advindos.

Relativamente ao Estado regulador no âmbito dos serviços públicos, o Estado passa a ter necessidade de buscar no mercado globalizado os recursos necessários à sua manutenção e aperfeiçoamento com vistas à diminuição do déficit público. Alexandre Aragão, citando Jacques Chevallier, dispôs sobre o ponto em questão:

[...] a noção pós-moderna de intervenção do Estado na economia ao ‘Estado Regulador’, que atua mais como estrategista, não como um piloto. Não dirige a economia, mas acompanha fenômenos sobre os quais sabe não ter muito controle, tentando prevenir ou mitigar alguns dos efeitos negativos dos fatos econômicos.<sup>15</sup>

Assim, na tentativa de demonstrar qual o teor das modificações de perfil processadas no Estado por conta dos paradigmas constitucionais modernos (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito),<sup>16</sup> cabe abordar a relação dos distintos tipos de Estado com a “sociedade civil”.

Nesse sentido, no Estado Liberal, a igualdade era entendida como a igualdade de todos perante a lei, assim não existiam considerações materiais de desigualdade fática dos indivíduos.

Ademais, a sociedade buscava uma limitação do poder político por meio de um documento escrito, formal e rígido. Existiu a consagração de princípios, como a separação dos poderes, ou o estabelecimento de direitos – de defesa, de liberdade dos cidadãos, direitos fundamentais e direito de propriedade.

Já no Estado Social, os indivíduos passam a ser considerados “clientes” do Estado, assim são clientes dos produtos e atividades definidos pelos organismos burocráticos. Não existia participação ativa dos cidadãos.

Em relação ao Estado Democrático de Direito, observa-se uma participação ativa dos cidadãos sob várias formas (opinião pública – influencia o processo político decisório, procedimentos jurisdicionais e administrativos, como forma de os indivíduos veicularem suas pretensões, reivindicações e interesses); observam-se iguais liberdades subjetivas na formação do direito.

---

<sup>15</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. São Paulo: Forense. 2013, p. 47.

<sup>16</sup> ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

Quanto ao paradigma de Estado, o qual deve ser considerado como inspiração para a criação da Lei em comento, tem-se que, no Estado regulador, a relação entre a esfera pública e a esfera privada deu-se pela instituição de mecanismos de cooperação e pela criação do Terceiro Setor (esfera pública não estatal), pois o Estado passou a ter o papel de regular apenas a satisfação dos interesses sociais (intervenção indireta).

Com isso, atividades públicas (serviços públicos), quando consideradas não exclusivas do Estado, podem ser prestadas na forma de parceria entre o Estado e a sociedade (Terceiro Setor). Essas atividades são consideradas espaços públicos não estatais (serviços públicos como saúde, educação, cultura, pesquisa científica).

Ante o exposto, o Estado não se imiscuiu, com o nascimento do Terceiro Setor, das responsabilidades estatais relacionadas a saúde, educação e assistência pública. Sua busca foi manter um controle dos resultados a serem apresentados (buscando seguir um modelo de administração gerencial e não mais burocrático), pois o passa a ser promotor desses tipos de serviços.

Em outras palavras, o Estado regulador buscou um modelo no qual os destinatários das normas passassem a ser entendidos como seus autores.

No que se refere às competências do Estado regulador, elas são recorrentes no âmbito da economia, mas também no social (proteção do meio ambiente e do direito das minorias), tendo em vista que esse modelo de Estado assiste a um aumento do controle e da fiscalização sobre as atividades privadas. Nota-se um incremento do poder de controle, fiscalização e normatização das atividades privadas.

Verifica-se, então, que a forma de atuação do Estado regulador, tanto na economia quanto na sociedade, é indireta.

Sendo assim, o Estado passa a privatizar as empresas e as entidades pertencentes a ele e que estavam incumbidas de intervir diretamente na atividade econômica. Ou seja, buscou-se a transposição da atividade considerada econômica em sentido estrito para a iniciativa privada. A mencionada transposição teve como pano de fundo o fato de que a iniciativa privada passou a ser vista como aquela que teria melhores condições de exercer certas atividades econômicas e sociais, com eficiência, na busca do lucro, da redução de despesas e de ganhos de escala para o Estado.

Por outro lado, atividades econômicas em relação às quais se considera existir interesse público relevante (como, por exemplo, no caso brasileiro, o petróleo, nos termos do art. 177 da Constituição da República) deveriam continuar a ser prestadas diretamente pelo Estado. Por isso, pode-se dizer que o movimento de publicização descrito pelo Plano

Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE) buscou a defesa da coisa pública. De fato, o que se quis foi a separação entre a esfera dos interesses dos indivíduos (interesses privados) daquela relacionada ao interesse da coletividade (interesse público), passando a ser papel do Estado a busca pela satisfação do interesse público e não de grupos específicos da sociedade.

Ao tratar do tema, o professor Fernando José Gonçalves Acunha, afirma:

Na superação do modelo de Administração Pública patrimonialista, o alvo principal previsto pelo Direito positivo era a busca por um aparelho profissional de Estado, que separasse da pessoa do soberano os instrumentos colocados à disposição do Poder Público justamente para garantir a satisfação do interesse público.<sup>17</sup>

Como destacado, o papel do Estado na efetivação das políticas públicas está relacionado às modificações de perfil processadas no Estado por conta dos paradigmas constitucionais modernos (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito).

Assim, no Estado Liberal, não se observavam considerações materiais de desigualdade fática dos indivíduos, já no Estado Social os indivíduos, como eram considerados “clientes” do Estado, não participavam ativamente das decisões do Estado. Por fim, no Estado Democrático de Direito, existe uma participação ativa dos cidadãos sob várias formas (opinião pública – influencia o processo político decisório, procedimentos jurisdicionais e administrativos, como forma de os indivíduos veicularem suas pretensões, reivindicações e interesses). Verificaram-se iguais liberdades subjetivas na formação do direito.

A passagem do Estado absentéista (Estado liberal) para o Estado produtor (Estado-providência), e deste para o Estado regulador, foi marcada por crises econômicas que vieram a impactar diretamente as feições do Estado em sua relação com a economia na idade Moderna, e trouxeram reflexo no papel a ser desempenhado pelo Estado.

Nesse sentido, na passagem do Estado liberal para o Estado social, o primeiro evento a ser analisado é o cenário da crise econômica surgida desde o final da primeira guerra mundial (O Estado liberal mostrou-se incapaz de superar as crises e as destruições que o conflito gerou), aliado à quebra da bolsa de Nova York, em 1929, o que resultou

---

<sup>17</sup>ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

em uma participação maior por parte dos Estados para controlar o caos socioeconômico resultante do período.

O cenário acima mencionado deveu-se, principalmente, à ideologia do Estado "absenteísta", o qual entendia que o âmbito das relações privadas estaria completamente fora de sua alçada de legítima atuação (convicção de que cada indivíduo deveria saber escolher suas próprias necessidades e a melhor forma de satisfazê-las). Para o Estado, portanto, restava apenas o papel de criação das condições necessárias para isso.

Nesse diapasão, essa completa e absoluta liberdade dos agentes econômicos resultou no que se convencionou chamar de "mão invisível do mercado".

Mas a carência na prestação de serviços públicos essenciais resultante dessa política, o desemprego e a miséria trouxeram consigo a necessidade de mudança de paradigma de Estado para um outro que viesse permitir que todos os membros da sociedade tivessem acesso a meios de vida antes colocados à disposição apenas dos que tinham condições econômicas individuais suficientes para tanto.

Surge, a partir daí, o chamado Estado produtor, aquele que intervém diretamente na economia. Assim, ele passa a produzir, comercializar e distribuir bens e serviços, além de ter que garantir a proteção da população.

Todavia, todo esse financiamento por parte do Estado acaba por gerar falta de recursos para a manutenção de projetos que viessem a satisfazer o interesse coletivo, o que acaba ocasionando uma crise fiscal (crise de financiamento do Estado social), o que evidenciará a incapacidade do Estado em continuar a atuar diretamente na economia, provendo bens e serviços para a sociedade.

Aliada a tudo isso, a crise do padrão monetário mundial, com o fim do *gold Exchange standard* (paridade dólar-ouro) e com o dólar deixando de ser a moeda-reserva internacional estável, o que gerou a flutuação do câmbio, a desorganização do sistema de regulação criado pelo acordo de Bretton Woods e a abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas a produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo.

Ainda, os choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979 desnivelaram subitamente os preços dos bens e serviços, o que, além de gerar desequilíbrios econômicos nos países mais ou menos desenvolvidos, acabou paralisando temporariamente o mercado.

Dessa forma, mais uma vez, altera-se o paradigma de Estado, e a intervenção do Estado na economia passa de direta para indireta (Estado regulador), logo devolve à iniciativa privada a tarefa de gerar desenvolvimento econômico e social.

No Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, observa-se que foi retratada a crise do Estado, a qual foi relacionada em três eixos:

A Crise do Estado define-se então como: (1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado de bem-estar social nos países desenvolvidos, a substituição de importações no Terceiro Mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da administração pública burocrática (Brasil: Presidente, 1995, p. 15).

À vista disso, a conclusão a que se chega é de que o papel do Estado na efetivação das políticas públicas vai ser alterado, e sua intensidade será medida de acordo com o modelo de Estado que venha a ser adotado. Dessa maneira, no modelo atual de Estado, a sociedade civil passa a realizar, em parceria com o Estado, a prestação de serviços.

Conseqüentemente, o que se observa hoje é a existência de um compartilhamento de responsabilidades pela efetivação das políticas públicas com a sociedade. Assim, o Estado não deixa de atender à sua responsabilidade constitucionalmente prevista, como agente das políticas públicas, mas, agora, no papel de um Estado regulador das políticas públicas.

Boaventura de Sousa Santos<sup>18</sup> faz apontamento no sentido da necessidade de complementaridade entre o que denominou de “paradigma do Estado” e “paradigma da comunidade”, com a intenção de caracterizar o “espaço público não estatal” como sendo detentor da lógica da reciprocidade, própria do paradigma da comunidade, e a lógica da cidadania, própria do paradigma do Estado. Essa conexão das duas lógicas referidas visa a garantir o fortalecimento político de ideias como cooperação, solidariedade, democracia e prioridade das pessoas sobre o capital, o que resulta no fortalecimento das Organizações da Sociedade Civil, que podem ocupar espaços de participação social nas políticas públicas e, dentro de seus contextos, qualificar e aprofundar a democracia.

Dessarte, a sociedade passa a ter uma prévia conscientização com relação à necessidade de compartilhar a responsabilidade pela efetivação das políticas públicas com o Estado.

---

<sup>18</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do estado*. 1999. Disponível em: < <http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>. Acesso em: 15 maio 2016, p. 14-16.

Desse modo, a implementação das políticas públicas hoje não deve depender apenas dos governos constituídos, mas de toda a sociedade civil organizada, o que pode ser alcançado com as parcerias firmadas com a iniciativa privada, por meio das entidades privadas sem fins lucrativos.

Significante parâmetro, nesse sentido, foi traçado por Maria Paula Dallari Bucci ao dispor que pensar em política pública é pensar em coordenação dos seguintes setores: 1) na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; 2) seja entre os níveis federativos; 3) seja no interior do governo (entre as suas pastas); 4) na interação entre os organismos da sociedade civil e o Estado (convênios, consórcios etc.)<sup>19</sup>.

Portanto, a busca pela realização de parcerias com a iniciativa privada pode resultar no atendimento das políticas públicas almejadas pela coletividade de forma satisfatória. Está dentro dessa lógica a interação com as Organizações da Sociedade Civil, entidades privadas sem fins lucrativos.

Nessa lógica, o plano diretor da reforma do aparelho do Estado, preocupado com a capacidade do Estado na satisfação das necessidades coletivas, tendo em vista a crise do Estado, procurou demonstrar que o Estado, em colaboração com a sociedade, por meio de parcerias com a iniciativa privada, pode viabilizar políticas públicas.

### *1.1.1 O plano diretor da reforma do aparelho do Estado*<sup>20</sup>

O PDRAE<sup>21</sup> pretendeu traçar um diagnóstico econômico e da crise do Estado e propor soluções. Abordou quatro pontos: a necessidade de ajuste fiscal para devolver ao Estado a capacidade de implementar, de forma eficiente, políticas públicas, a construção de um novo modelo econômico, a reforma administrativa e a reforma da previdência.

---

<sup>19</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

<sup>20</sup>“A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei n. 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). É ainda que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.” (Trecho do voto do Ministro Luiz Fux na ADIN 1923/DF).

<sup>21</sup>Apesar de o PDRAE não ter resultado em ato normativo, ele fez parte da exposição de motivos encaminhada ao Congresso Nacional junto com a Proposta de Emenda Constitucional que culminou na Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998.

Com isso, a proposta final é de aumento de governança, logo da capacidade de governo do Estado.

Alexandre Veronese<sup>22</sup> lembrou bem da necessidade de não serem confundidas as reformas do Estado, a Administrativa, a do Aparelho do Estado e a Gerencial:

A expressão **Reforma do Estado busca rotular as grandes alterações sociais e econômicas que marcaram o Brasil em alguns períodos históricos definidos**, com especial atenção aos impactos destas mudanças no Estado (DINIZ; AZEVEDO, 1997, p. 12). A segunda **Reforma Administrativa** é antiga. Na América Latina, desde a década de 30 até a de 70, **ela designou as propostas de alterações no funcionamento das máquinas administrativas estatais, tendo se tornado mais abrangente ao longo dos anos**. Já na década de 90, a expressão abrangia 16 áreas distintas e trefegava próximo ao de Reforma do Estado (SPINK, 1998, p. 148-149). É claro que as reformas administrativas **devem ser entendidas como algo maior do que a mera alteração de organogramas funcionais e estruturas, que também não podem ser confundidas com algumas leis ou decretos pontuais** (CARDOSO, 1998, p. 16). A expressão busca designar, principalmente, **alterações no sentido geral do funcionamento dos sistemas estatais, embora não seja tão abrangente como a de Reforma do Estado, que inclui interações com outros setores e agentes, por exemplo**. A terceira expressão, **Reforma do Aparelho do Estado, por sua vez, pode ser lida como equivalente à segunda, ou seja, Reforma Administrativa**. Já a quarta explicita um movimento acadêmico de teóricos que buscam propor, na prática, **soluções para as Reformas Administrativas contemporâneas**. Tal movimento atende por ‘managerialism’, sendo vertido ao português como ‘gerencialismo’. Designa, então, o termo, **as Reformas Administrativas que absorveram os princípios e os conceitos do chamado paradigma ‘gerencialista’, na administração pública** (BRESSER-PEREIRA, 1998b, p. 30-31). (grifo nosso)

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

Nesse diapasão, quanto ao movimento de publicização descrito pelo PDRAE, a intenção foi a de defesa da coisa pública. Com isso, buscou fazer a separação entre a esfera dos interesses dos indivíduos (interesses privados) daquela relacionada ao interesse da coletividade (interesse público), passando a ser papel do Estado a satisfação do interesse público e não de grupos específicos da sociedade.

---

<sup>22</sup> VERONESE, Alexandre. *Reforma do estado e organizações sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



Segundo o professor Fernando José Gonçalves<sup>23</sup> Acunha:

Na superação do modelo de Administração Pública patrimonialista, o alvo principal previsto pelo Direito positivo era a busca por um aparelho profissional de Estado, que separasse da pessoa do soberano os instrumentos colocados à disposição do Poder Público justamente para garantir a satisfação do interesse público.

Nesse prumo, pode-se dizer que a privatização de entidades e a publicização de espaços públicos estão associadas ao modelo de Estado gerencial, no qual o Estado deixa de tratar questões como saúde, educação e assistência pública como questões de administração exclusivamente estatal. Assim, o Estado passa a transferir essas responsabilidades às organizações da sociedade civil e as controla por meio do chamado contrato de gestão. O controle, portanto, passa a ser de resultados.

Surge a partir daí a ideia de eficiência, que passa a implicar uma necessidade de maior autonomia dos entes administrativos, especialmente relacionada à hierarquia e ao controle procedimental dos seus atos.

Para entender o PDRAE, cabe observar também as mudanças que foram sendo processadas na administração pública, as quais – segundo Bresser Pereira,<sup>24</sup> quando tratou no PDRAE sobre os modelos de administração pública – a administração burocrática clássica (a qual ele remete àquela baseada nos princípios da administração do exército prussiano) foi implantada no Brasil em 1936 (criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público) decorrente da reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes.

Ademais, assim como Bresser Pereira,<sup>25</sup> também Fernando José Gonçalves Acunha<sup>26</sup> destacou que a administração pública burocrática surgiu para substituir a

---

<sup>23</sup> ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

<sup>24</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 4. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em: <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>25</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 4. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em: <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>26</sup> ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

administração patrimonialista anterior (definiu a chamada monarquia absoluta, que era pautada na confusão entre o patrimônio público e o privado). Para Gonçalves, é a burocracia baseada no princípio do mérito profissional.

Nesses termos, a administração pública burocrática ("modelo Weberiano" de administração pública) que buscava a separação entre o político e o administrador público, também foi marcada pela aplicação integral e inflexível das normas jurídicas.

Além disso, enfatizou aspectos absolutamente formais, além de controlar processos de decisão. Exigiu uma hierarquia funcional rígida, para tanto, baseou-se em princípios, tais como a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, ou seja, o poder racional-legal.

Dessa forma, pode-se dizer que, nesse tipo de administração, existiram funcionários especializados com competências fixas (faziam concurso público para ingresso no serviço público e esse pode ser considerado o grande mérito da Constituição Federal de 1988), os quais, se observa, sofriam um controle forte sobre sua atuação, que era feito de forma prévia e buscava evitar a corrupção e o nepotismo da administração patrimonialista anterior.

Sobre os princípios básicos, além do que até aqui foi exposto, o trecho abaixo, retirado do artigo de Bresser Pereira,<sup>27</sup> retrata bem qual foi o impacto desses princípios básicos da atividade administrativa na estruturação da administração pública brasileira conformada pela Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Na medida em que a Constituição de 1988 representou um retrocesso burocrático, revelou-se irrealista. Em um momento em que o país necessitava urgentemente reformar a sua administração pública, de forma a torná-la mais eficiente e de melhor qualidade, aproximando-a do mercado privado de trabalho, o inverso foi realizado. O serviço público tornou-se mais ineficiente e mais caro, e o mercado de trabalho público separou- e completamente do mercado de trabalho privado. A separação foi proporcionada não apenas pelo sistema privilegiado de aposentadorias do setor público, mas também pela exigência de um regime jurídico único, que levou à eliminação dos funcionários celetistas, e pela afirmação constitucional de um sistema de estabilidade rígido, que tornou inviável a cobrança de trabalho dos servidores.

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 13-14. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em: <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

A administração pública gerencial parte do modelo de governança, no qual a preocupação é voltada para os fins a serem atingidos. Esse tipo de administração busca o controle de resultados dos agentes do Estado, que deve ser direcionado para os resultados pretendidos pelo Estado.

Nesse modelo existe uma consagração do princípio da eficiência. Procura-se atuar em parceria com a sociedade civil e dar uma maior autonomia para as entidades da administração.

Para Bresser Pereira,<sup>28</sup> esse modelo de administração apresenta as seguintes características:

Aos poucos se foram delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.

A implantação desse modelo foi feita no Brasil pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que implantou também o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, assim trouxe a ideia de que se deve deixar de controlar o procedimento legal tendo em vista a necessidade maior do controle de resultados efetivamente obtidos pela implementação das políticas públicas.

Desse modo, houve o afastamento da necessidade de pautar os procedimentos pela estrita legalidade, pela hierarquia e pelo procedimento formal, até mesmo porque a ideia de eficiência traz em seu bojo a necessidade de maior autonomia aos entes administrativos.

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 6. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em: <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

Por outro lado, com bem apontado por Marçal Justen Filho,<sup>29</sup> a eficiência administrativa não deve ser confundida com a eficiência econômica. É claro que a administração deve buscar o menor custo econômico possível com a realização de determinado ato, mas isso não quer dizer que o Estado tenha que obter lucro ao final do referido procedimento.

Bresser Pereira<sup>30</sup> retratou bem a proposta de reforma do aparelho do Estado quando dispôs:

A proposta de reforma do aparelho do Estado parte da existência de quatro setores dentro do Estado: (1) o núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusivas de Estado, (3) os serviços não-exclusivos ou competitivos, e (4) a produção de bens e serviços para o mercado.

No núcleo estratégico são definidas as leis e políticas públicas. É um setor relativamente pequeno, formado no Brasil, a nível federal, pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado e a cúpula dos ministérios, responsáveis pela definição das políticas públicas, pelos tribunais federais encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Ministério Público. A nível estadual e municipal existem correspondentes núcleos estratégicos. As atividades exclusivas de Estado são aquelas em que o “poder de Estado”, ou seja, o poder de legislar e tributar é exercido. Inclui a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação, e os órgãos responsáveis pelas transferências de recursos, como o Sistema Unificado de Saúde, o sistema de auxílio-desemprego, etc.

Os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado são aqueles que, embora não envolvendo poder de Estado, o Estado realiza e/ou subsidia porque os considera de alta relevância para os direitos humanos, ou porque envolvem economias externas, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado através da cobrança dos serviços.

Finalmente, a produção de bens e serviços para o mercado é realizada pelo Estado através das empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos.

Nesse sentido, as entidades do espaço público não estatal estão situadas nos setores, dentro do Estado, de serviços não exclusivos desse último (são as entidades do Terceiro Setor).

A forma de atuação das entidades do Terceiro Setor é a parceria com a sociedade civil. É resultado de medidas adotadas pelo modelo gerencial para atenuar os rígidos

---

<sup>29</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Página 183.

<sup>30</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 18-19. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em: <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

controles procedimentais do modelo burocrático, por isso a ideia foi dar uma maior autonomia para as entidades administrativas, controlando-as de forma mais suave por meio dos chamados contratos de gestão, os quais são firmados entre a administração pública e as organizações sociais.<sup>31</sup>

Nesse tipo de contrato, como já visto, determinam-se novos critérios de fixação do controle pela administração pública, pautados nos resultados a serem alcançados.

No que se refere aos espaços públicos não estatais, observa-se que houve uma convergência de fatores, ou seja, a crise do modelo social-burocrático do Estado e a globalização, que fez surgir a necessidade de modalidades novas e mais eficientes de administração pública, fez crescer a importância de ser criada uma forma não privada e também não estatal para executar os serviços sociais, que devem ser garantidos pelo Estado.

Dessarte, questões sociais ligadas à área de saúde, educação e assistência pública deixaram de ser tratadas como questões de administração exclusivamente estatal e foram transferidas pelo Estado às organizações da sociedade civil organizada.

Portanto, espaço público não estatal não deixa de estar voltado ao interesse público, não tem fins lucrativos e é regido pelo direito privado, com algumas nuances do público.

Verifica-se, pelo que foi exposto até aqui, verifica-se que, ao longo da evolução do Estado, as alterações ocorridas na concepção do Estado retratam o grau de interferência do Estado na vida social, assim, em função da sua essencialidade, o Estado assume a titularidade do serviço público, o que não impede que sua execução possa ser delegada para terceiros.

---

<sup>31</sup> "Está claro que a crise das políticas sociais e mais amplamente do Estado do Bem-Estar não se resolve através da questão dualista privatizar ou manter estatizado. Quando o Estado assumiu diretamente a responsabilidade pelos serviços sociais e previdenciários isso significou uma grande conquista da cidadania. O Welfare State foi e é uma instituição política de alto caráter democrático ao garantir educação, saúde e previdência básica para todos, mas afinal revelou-se uma solução clara, ineficiente, além de sujeita à captura por burocratas que retém boa parte dos recursos para a própria administração, ou por membros da classe média para os quais o benefício pode se transformar em privilégio. Por outro lado, a alternativa de simplesmente privatizar todos os serviços sociais é irrealista, seja porque não é economicamente eficiente, seja porque lhe falta legitimidade política democrática. Na verdade o que vemos como uma terceira e superior alternativa, quando se trata de organizar a produção ou de controlar os serviços sociais, é a emergência do público não estatal, tanto na forma de organização sem fins lucrativas voltadas para o interesse geral, como através de mecanismos de controle social ou de participação cidadão por meio dos quais a sociedade se prepara para a prática da democracia direta. Em ambos os casos temos a ampliação do espaço público, mas de um espaço público não estatal, através do qual a democracia e os direitos cidadãos se afirmam." (in: [www.bresserpereira.org.br/works/prefacesreview/989.Nuria-1997-pdf](http://www.bresserpereira.org.br/works/prefacesreview/989.Nuria-1997-pdf)).

### 1.1.2 Serviços públicos de execução não estatal e a atividade de fomento

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, após o advento da Revolução Francesa, tendo sido posteriormente sistematizadas pelos doutrinadores da chamada "Escola do Serviço Público", liderada por Leon Duguit e integrada também por Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland, dentre outros, também conhecida como Escola de Bordeaux ou Realista, algumas abrangendo todas as atividades do Estado.<sup>32</sup>

Sobre os aspectos abordados na noção de serviço público, Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>33</sup> afirma:

[...] de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço do público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania.

Assim, a noção de serviço público apresentava-se sobre uma dupla perspectiva: compõe-se de uma atividade estatal e a serviço do público para satisfazer uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade.

No direito francês, destaca Di Pietro<sup>34</sup>, a noção de serviço público foi importante por duas razões: 1) serviu de fundamentação ao Direito Administrativo francês; e 2) foi utilizada como critério de repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum.

Cabe ser ressaltado que, no Brasil, porém, a noção que se tem é de unicidade da jurisdição, que prescinde de um critério de repartição de competências.

A evolução no conceito de serviço público fez surgir três correntes distintas que tentam apresentar um conceito específico de serviço público: 1) subjetivista – abrange toda atividade desempenhada pelo Poder Público; 2) material – leva em consideração a própria atividade desempenhada, ou seja, aquela atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades sentidas coletivamente; 3) formalista – serviço público é aquele prestado sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

<sup>33</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-20.

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100-101.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

No tocante ao elemento subjetivo, a Constituição da República, no art. 175, *caput*, atribuiu ao Estado o dever de prestar os serviços públicos, nos seguintes termos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Como se pode notar pelo texto constitucional, o Poder Público é o titular do serviço público, o qual pode ser prestado por particulares por meio de delegação (através do instituto da concessão ou da permissão). Nesse caso, apenas o exercício da atividade é desenvolvido pelo particular, a sua titularidade permanece com o Estado, que pode reaver a atividade a qualquer tempo.

Levando em consideração o elemento subjetivo do conceito de serviço público, e com base no dispositivo constitucional referido acima, apenas os serviços titularizados pelo Estado e passíveis de prestação por particulares por meio de concessão ou permissão podem ser denominados "serviços públicos", o que acabaria por excluir os serviços sociais prestados por particulares da denominação de "público", por serem exercidos pelos particulares não por delegação do Poder Público, mas por permissão constitucional que lhes confere a titularidade concomitantemente com o Estado, por isso chamados de serviços públicos não exclusivos do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”<sup>36</sup>

Já Marçal Justen Filho compreende o serviço público como atividade pública administrativa, logo sob o regime de direito público, que vai buscar satisfazer as necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, as quais devem estar vinculadas diretamente a um direito fundamental e, ainda, ser insuscetíveis de satisfação adequada pela livre iniciativa privada.<sup>37</sup>

Além disso, Marçal Justen filho<sup>38</sup> fez importantes considerações relacionadas à caracterização do serviço público, quais sejam: 1) o serviço público é uma intervenção

---

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

<sup>37</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 687.

<sup>38</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 692-693.

estatal no domínio econômico, pois “envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível”; 2) a Constituição é o documento hábil para identificar as atividades que deverão ser prestadas como serviços públicos e quais podem ser consideradas como sendo atividades econômicas; 3) a qualificação da atividade como um serviço público depende de seu reconhecimento jurídico como uma atividade necessária à satisfação de direitos considerados fundamentais, o que deve estar expresso em algum diploma normativo.

Como atividade administrativa, forçoso reconhecer que o serviço público<sup>39</sup> tem como destinatários pessoas indeterminadas.

Dessarte, para Marçal Justen Filho,<sup>40</sup> antes de o serviço vir a ser considerado como sendo estatal, ele vai ser reconhecido como público, logo o serviço não é apenas considerado público porque prestado pelo Estado. Ele já era público antes mesmo de sua prestação ser feita pelo Estado, por isso entidades não exclusivamente estatais poderão prestar serviços públicos, as quais, diga-se de passagem, irão prestá-lo em nome próprio.

Sendo assim, não deve o Estado ser considerado titular exclusivo da prestação de serviços públicos.

Desse modo, atividades que não sejam consideradas monopólio estatal poderão ser prestadas pelos particulares, cabendo ao Estado, nesses casos, regulamentar como deve se dar a prestação do serviço e, principalmente, como ele deverá ser fiscalizado.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro questiona o conceito restritivo trazido pelo autor, entende a citada autora que vincular a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental é discutível, tendo em vista a existência de serviços como de navegação aérea, o de portos, dentre outros. Também questiona a autora o fato de o autor colocar como característica a insuscetibilidade de satisfação adequada pelos mecanismos da livre iniciativa, por entender que os serviços sociais, como saúde, educação, cultura, assistência, previdência, são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, o que não impede a livre iniciativa dos particulares atuar na mesma área. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104-105.

<sup>40</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 692.

<sup>41</sup> Já decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. O serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.” (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36).



Nessa perspectiva, a doutrina divide os serviços públicos em: 1) serviços públicos exclusivos do Estado; e 2) serviços públicos não exclusivos do Estado. Os primeiros correspondem àquela parcela de atividades cuja titularidade pertence exclusivamente ao Poder Público e somente podem ser prestados pelos particulares por meio de concessão ou permissão; já os segundos podem ter como titular tanto o Poder Público como os particulares, que independem de delegação estatal para a prestação do serviço, mas estão sujeitos, pela natureza desses serviços, ao poder de polícia do Estado e são desenvolvidos muitas vezes sob o regime de fomento administrativo.

Os chamados serviços sociais correspondem aos serviços "não exclusivos" ou "não privativos" do Estado, portanto, nesses casos, tanto o Poder Público como a iniciativa privada podem prestar o serviço independentemente de concessão ou permissão. Dizem respeito aos serviços que objetivam o atendimento de necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, todavia a convivência com a iniciativa privada é possível, com a intenção de obtenção do atendimento aos direitos sociais (estão no art. 6º da Constituição Federal). Não se aplica esse regime aos chamados serviços públicos privativos do Estado (art. 21, XI e XII, da CF) e aos que devem ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão.

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>42</sup> classificou os serviços públicos em quatro tipos distintos, de acordo com a obrigatoriedade ou não de prestação pelo Estado e se de forma exclusiva ou com obrigatoriedade em outorgar sua concessão ou permissão a terceiros, nestes termos:

Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

- 1) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado;
- 2) Serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros;
- 3) Serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e
- 4) Serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorga-los em concessão ou permissão a terceiros.

Portanto, vão existir serviços públicos que não necessariamente devem ser prestados pelo Estado. Nesses casos, caberá ao Estado regulamentar a melhor forma de

---

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 696.

controle da prestação desses serviços pelo agente escolhido. É o caso, por exemplo, dos serviços de saúde, educação, previdência social e de assistência social, considerados não exclusivos do Estado.

Outrossim, merece destaque a observação feita pelo Ministro Luiz Fux<sup>43</sup> na ADI n. 1923/DF, nos seguintes termos:

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. [...] Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, *caput*, da CF. (grifos no original).

Portanto, para o Ministro Luiz Fux, atividades reconhecidas como sendo de serviços públicos sociais não necessitam de nenhum ato negocial de delegação, como acontece, por exemplo, no caso das concessões e permissões de serviços públicos, disciplinadas pelo art. 175 da Constituição da República, para que sejam desenvolvidas por particulares.

À vista disso, pode-se chegar à conclusão de que os serviços públicos sociais não necessitam de um ato negocial de delegação formal para serem exercidos por particulares.

De acordo com a Constituição Federal, existem quatro espécies de serviços sob os quais o Poder Público não possui a titularidade exclusiva, autorizando a prestação concomitante pela iniciativa privada, quais sejam: serviços de saúde (arts. 196, 197 e 199); de educação (arts. 205, 208, 209, 211 e 213); de previdência social (arts. 201 e 202) e de assistência social (arts. 203 e 204).

Maria Sylvania Zanella Di Pietro,<sup>44</sup> discorrendo sobre a classificação dos serviços públicos, dividiu-os da seguinte maneira: 1) próprios ou impróprios; 2) quanto ao objeto, administrativos, comerciais ou industriais e sociais; 3) quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral, *uti singuli* ou *uti universi*; e 4) exclusivos e não exclusivos do Estado.

---

<sup>43</sup> ADI 1923/DF.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114-118.

Desse modo, na classificação que leva em consideração os serviços em sendo ou não exclusivos, no caso desses últimos se admite sejam prestados tanto pelo Estado ou pelos particulares, mediante autorização, no exercício do poder de polícia do Estado, podem ser próprios ou impróprios, nesse sentido:

Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode - se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviços público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.<sup>45</sup>

Dessarte, para grande parte dos doutrinadores, a natureza jurídica dos serviços não exclusivos quando prestados por particulares, é privada, dada a configuração de exploração da atividade econômica. É a posição adotada por Carlos Ari Sunfeld, que distingue os serviços públicos dos serviços sociais, sendo estes últimos prestados sob o regime de direito privado.

Para o supramencionado autor, os serviços sociais:

[...] são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente [...] Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem - se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam - se ao regime de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares.

Com efeito, importante se torna a diferença entre a prestação de serviços sociais por particulares no desempenho de uma atividade econômica daqueles prestados pelas pessoas jurídicas de direito privado que compõem o chamado Terceiro Setor. No primeiro caso, o objetivo maior é perseguir o lucro como finalidade que impulsiona naturalmente sua atividade, logo será regida pelos princípios do direito privado. No segundo caso, as entidades do Terceiro Setor são qualificadas com títulos públicos e mantêm vínculo

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

jurídico de parceria com o Estado por meio de atividade que objetiva o benefício da coletividade, desse modo não existe qualquer intenção de lucro.

Nessa lógica, as entidades do Terceiro Setor não podem ser comparadas com as pessoas jurídicas de direito privado que buscam o lucro no desempenho de suas atividades, mesmo na prestação dos serviços sociais. Não é válida a simples conclusão de que se aplica o mesmo regime jurídico de direito privado na prestação de serviços sociais tanto para as pessoas jurídicas que visam lucro quanto para as entidades sem fins lucrativos que compõem o Terceiro Setor. A fim de que se tenha a aplicação do regime jurídico administrativo, a gestão de serviços públicos sociais que serão exercidos pelas entidades do terceiro não pode estar sujeita às regras de direito privado.

Por certo, os serviços públicos executados pelas entidades do Terceiro Setor possuem relevância para a sociedade e estão sujeitos aos princípios do regime jurídico do serviço público, quais sejam: obrigatoriedade, continuidade, regularidade, igualdade, universalidade, mutabilidade, modicidade das tarifas, eficiência e controle. Sofrem, ainda, limitações administrativas estabelecidas para a gestão e para a prestação desses serviços sociais.

Portanto, aplicar o regime de direito privado tanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços sociais com fins lucrativos como às entidades do Terceiro Setor que o prestam sem fins lucrativos faria com que a observância dos princípios do serviço público fosse considerada desnecessária, o que constitucionalmente não seria permitido.

Marçal Justen Filho<sup>46</sup> afirma que poderá existir exclusividade na prestação do serviço quando restar configurada situação de monopólio natural. Entende o mencionado autor que:

Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico. Ou seja, quanto maior o número de usuários do sistema, menor o custo para fornecer outras prestações.

---

<sup>46</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 705.

Nessa perspectiva, pode-se considerar monopólio natural as atividades que envolvem custos de investimento tão altos que não há como se estabelecer competição entre elas. Mesmo que realizadas por mais de um agente, não haverá redução do custo da utilidade, uma vez que a potencialização de resultados e a eficiência na destinação dos recursos somente podem ser alcançadas quando a exploração se dá em regime de exclusividade.

Cabe ao Estado decidir transferir recursos para particulares que preencham determinados requisitos, os quais levem em consideração a capacidade dos mencionados entes privados em realizar os fins sociais e, nesse caso, portanto, a escolha do Estado será no sentido de fomentar uma atividade que seja considerada de interesse social.

Curioso notar que a atividade administrativa de fomento foi prevista na legislação brasileira com a Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, já revogada, a qual estabelecia requisitos para que determinada entidade fosse declarada de Utilidade Pública Federal, e também, com a Lei n. 4.320/1964, de 17 de março de 1964, quando dispôs sobre a concessão de auxílios, contribuições e subvenções às entidades privadas sem fins lucrativos.

Para Marçal Justen Filho,<sup>47</sup> atividade de fomento é “atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando promover o desenvolvimento econômico e social”.

Dessa forma, o repasse de recursos financeiros para os entes privados procura incentivar a realização de atividades que possuam, acima de tudo, interesses sociais. É uma forma que busca a efetivação do desenvolvimento econômico e social do Estado. O desenvolvimento dos setores referidos justifica o repasse de recursos realizados pelo Estado. Foi o que decidiu o STF na ADI nº 1923/DF, quando dispôs no trecho abaixo retirado da ementa do julgado que:

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.

---

<sup>47</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 677.

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 fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

[...]

Também Sílvio Luís Ferreira da Rocha<sup>48</sup> traçou importantes parâmetros para a atividade de fomento, quais sejam: a) o fomento é uma atividade administrativa e, como tal, é levada a cabo pela Administração Pública com o propósito de alcançar determinadas finalidades, que lhe são próprias; b) tais finalidades são de interesse público e referem-se à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; c) não procura alcançar direta e imediatamente as finalidades mencionadas na letra “b”; d) procura que os fins referidos sejam satisfeitos pela atividade dos particulares, mediante a proteção e a promoção dessas atividades, com o emprego de diferentes meios, excluída qualquer forma de intervenção coativa; e) a determinação concreta das atividades particulares que devem ser fomentadas é uma questão política de conveniência e oportunidade, que escapa ao campo estritamente jurídico; f) a atividade dos particulares é prestada por própria decisão destes, que aparecem, assim, como colaboradores da Administração Pública em razão de uma participação voluntária.

---

<sup>48</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. Coleção Temas de Direito Administrativo. vol 7. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

Importante ressaltar que, como o fomento pode ser considerado uma atividade pública, torna-se compreensível o fornecimento de bens públicos pelo Estado às entidades que irão atuar em colaboração com ele.

Por outro lado, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>49</sup> irá ocorrer a transferência de competências públicas às organizações não governamentais nos casos em que a entidade absorver atividades de entidade federal extinta:

Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. Mas, na realidade, o real objetivo parece ser o de privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado. A própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social; quando a entidade absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei n. 8.080, de 19-9-90.

Para a autora, o fato de a organização social absorver a atividade que é exercida pelo ente estatal e, ainda, utilizar o patrimônio público e os servidores do ente que será extinto para a criação da Organização Social demonstra a intenção do legislador de fugir do regime jurídico de direito público, ao qual está submetida a Administração.<sup>50</sup>

No entanto, desconsiderar a necessidade de observância do regime jurídico de direito público levaria à não necessidade de observar os princípios que regem a Administração Pública, o que constitucionalmente não seria possível.

Outra forma encontrada pelo Estado para fomentar a atuação das organizações sociais, que tenham sido qualificadas pelo Poder Público nos termos da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, foi criar uma hipótese de dispensa (Lei n. 9.648/1998), incluindo o inc. XXIV no art. 24 da Lei n. 8.666/1993. Essa foi uma das formas encontradas pelo Estado para reconhecer que esse tipo de entidade deve ser reconhecida como colaboradora do Estado na implementação de políticas públicas.

Ilustra bem a opção feita pelo Estado quando da criação do modelo de colaboração entre o setor público e o privado na prestação de serviços pelas organizações sociais o trecho abaixo retirado do voto do Ministro Luiz Fux na ADI 1923/DF:

---

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 497.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 498.

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais e atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado. (grifos no original).

Ante o exposto chega-se à conclusão de que a atividade de fomento está voltada ao incentivo do serviço público não estatal e, dessa forma, tanto as organizações sociais como as recém-criadas Organizações da Sociedade Civil acabam prestando essa parcela dos serviços públicos.

Relacionado ao assunto, o Ministro Luiz Fux, ao se manifestar na ADI 1923/DF, destacou toda a polêmica existente em torno do tema:

Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse público*, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos. (grifos no original).

Considerando que a Constituição Federal não exigiu que o Poder Público atuasse no campo do serviço público exclusivamente de forma direta, pelo contrário, o texto constitucional foi expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, por meio do fomento, como o faz no caso de setores relacionados à saúde (CF, art. 199, §2º) e educação (CF, art. 213). De acordo com o que foi exposto neste trabalho, quando essas atividades forem prestadas diretamente pelos particulares, passarão a ser consideradas serviços públicos de execução não estatal.



Quanto ao fato de as atividades prestadas pelas organizações sociais serem consideradas como atividades econômicas, não há como negar essa natureza aos serviços públicos, todavia eles não deixarão de fazer parte dessa categoria.

Importante lição sobre o assunto foi apresentada por Marçal Justen Filho:<sup>51</sup>

Não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuais. Portanto, trata-se de uma atividade de natureza econômica.

Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. É possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Portanto, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito). Isso não significa que a evolução do cenário jurídico esteja completa e encerrada. Existem atividades cujo enquadramento em uma das duas categorias é problemático, e que podem ser referidas como atividades de interesse coletivo.

Portanto, o serviço público não pode deixar de ser considerado uma atividade econômica, mas não perde a sua natureza de serviço público por conta desse fato, logo as atividades desempenhadas pelas organizações sociais são serviços públicos, os quais são executados por entes não estatais, por isso passam a ser considerados serviços públicos de execução não estatal, que buscam efetivar os direitos prestacionais e as políticas públicas.

## **2 A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMO MEIO DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

---

<sup>51</sup> MARÇAL FILHO, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 653-654.

## 2.1 Das Organizações Sociais

### 2.1.1 A Origem das Organizações Sociais

Uma das formas de parceria entre o Estado e a sociedade civil é a realização do chamado Contrato de Gestão com a entidade privada sem fins lucrativos que tenha sido qualificada como Organização Social pelo Poder Público.

Importante ressaltar que o modelo implementado para as Organizações Sociais (OS) decorrentes da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1988 não se confunde com as relações de parceria decorrentes da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999 com as Organizações da sociedade Civil de interesse Público (OSCIP), nem com as criadas pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014 – Lei do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), o qual se aplica a todas as relações que tenham, de um lado, o Poder Público e, do outro, entidade privada sem fins lucrativos, as chamadas ONGs,<sup>52</sup> excluídas as situações elencadas no art. 3º da Lei do MROSC.<sup>53</sup>

Alexandre Veronese, antes mesmo da publicação da Lei do MROSC, entendia que as Organizações Sociais não devem ser incluídas no mesmo estatuto jurídico das

---

<sup>52</sup> Para este trabalho adotou-se como conceito para as Organizações não Governamentais o trazido pela Wikipédia, qual seja: “As **Organizações não governamentais (ONG)** são grupos sociais organizados, sem fins lucrativos, constituídos formal e autonomamente, caracterizados por ações de solidariedade no campo das políticas públicas e pelo legítimo exercício de pressões políticas em proveito de populações excluídas das condições da cidadania.” (grifos no original)

<sup>53</sup> Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;

II - (revogado);

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei no 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - (VETADO);

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

organizações da sociedade civil. Para o autor, a instituição que for mantida financeiramente e controlada pelo Poder Público, inevitavelmente, perderá parte de sua autonomia. Nestes termos, dispôs:

Existe uma contradição na inclusão das Organizações Sociais como tributárias do mesmo estatuto jurídico das organizações da sociedade civil. Por esta análise, se uma instituição é mantida financeiramente e controlada pelo Poder Público, ela perderá parte de sua autonomia: às políticas governamentais não poderá contestar; ou, terá dificuldades para tanto (VIEIRA, 2001, p. 82). Isso constituiria um problema em sociedades como a brasileira, porque possibilitaria a captura da sociedade civil pelo Estado. As entrevistas realizadas com servidores e dirigentes de Organizações Sociais nos mostram que aquelas já qualificadas como tal tendem a seguir os contratos de gestão e se orientar pela agenda estatal, como se continuassem órgãos administrativos federais. Os recursos captados fora do orçamento federal são muito escassos e não permitem autonomia, face ao financiador. Essa heteronomia é imposta, juntamente com a obrigação de atingir metas de produção que se espalham por toda a duração do contrato de gestão, o que pode levar a instituição a uma situação de total subserviência.<sup>54</sup>

Em que pese o autor concluir no sentido de que o fato de a instituição receber recursos financeiros do Estado acabar por colocá-la em uma situação de subserviência, a realidade é que, ao celebrar contrato de gestão com o Poder Público, a instituição passa a ter direito à dotação orçamentária e, tendo esse direito, já que o recurso é público, pode o Poder Público realizar controle baseado no resultado a ser por ela apresentado, assim não chega a ser uma situação de sujeição, como mencionada pelo autor, mas uma forma de controle do dinheiro público repassado.

Em relação ao ponto em discussão, Gustavo Alexandre Magalhães<sup>55</sup> esclarece:

Não se pode dizer que há incidência do regime jurídico de direito público sobre as entidades do Terceiro Setor, mas sim imposição de normas jurídico-administrativas em decorrência de eventuais relações jurídicas celebradas com o Estado. Não se pode generalizar como características de todas as organizações não governamentais a incidência do regime jurídico-administrativo, de modo que tal

---

<sup>54</sup> VERONESE, Alexandre. *Reforma do estado e organizações sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45.

<sup>55</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

peculiaridade só vai aparecer quando forem celebrados convênios administrativos entre ONG e a Administração.

Com efeito, a incidência parcial do regime jurídico-administrativo nos casos das parcerias administrativas celebradas com as ONGs vai aparecer não apenas pelo recebimento por parte dessas entidades de recursos públicos, mas também em decorrência da titularidade da defesa do interesse público primário por parte do Estado. Não se pode conceber que uma entidade privada receba recursos públicos e não seja cobrada, pelo menos, no que toca aos resultados a serem por ela apresentados para a sociedade.

No que tange à origem do modelo das OS, pode-se afirmar que está no projeto de Reforma do Aparelho do Estado (governo Fernando Henrique Cardoso) e foi delimitado no PDRAE. Em especial, os itens 6.4 e 8.1.3 do PDRAE reproduzem o que foi pensado para o modelo institucional-legal desse tipo de organização:

#### **6.4 Objetivos para os Serviços Não exclusivos:**

- Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.
- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.
- Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.
- Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.
- Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.

#### **8.1.3 Organizações Sociais e Publicização:**

A estratégia de transição para uma administração pública gerencial prevê, ainda na dimensão institucional-legal, a elaboração, que já está adiantada, de projeto de lei que permita a “publicização” dos serviços

não exclusivos do Estado<sup>56</sup>, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não estatal, onde assumirão a forma de “organizações sociais”.

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal.

Entende-se por “organizações sociais” as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.

As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc.

As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direito da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados.

A transformação dos serviços não exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial.

Nota-se das transcrições acima que o objetivo maior a ser alcançado com a criação das OS foi a transferência dos serviços públicos não exclusivos de Estado para o que foi chamado de “setor público não estatal”. Portanto, o que se buscou foi a “publicização” desses tipos de serviços, sem que fosse necessária sua privatização, por conseguinte,

---

**56 SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS.** Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

haverá transferência de serviços não exclusivos de Estado para entidades privadas que não tenham fins lucrativos, que estejam fora da estrutura estatal e que atuem na prestação de serviços de interesse público em conjunto com o Estado.

Sobre o assunto, interessante distinção foi feita por Aldino Graef,<sup>57</sup> ao assim discorrer:

Há, entretanto, uma diferença fundamental entre a ‘publicização’ de atividades não exclusivas de Estado e as formas de concessão de serviços públicos não gratuitos para o setor privado. Essa diferença se dá em função da natureza dos serviços públicos gratuitos ‘que não podem ser absorvidos pelo mercado’. Neste segmento, não existe a possibilidade de concessão, porque não há o interesse privado empresarial, pela impossibilidade de auferir lucros com a atividade. Existem, contudo, possibilidades de celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos para execução de certos programas ou ações constantes do plano de governo e cuja execução direta pelos órgãos e entidades públicas pode encontrar dificuldades, seja por falta de pessoal ou de estruturas apropriadas para o alcance dos resultados esperados [...] Contudo, esse tipo de parceria se dá sempre em torno da execução de um objeto específico, por tempo determinado, de alcance limitado e não significando a transferência de toda uma atividade estatal para uma entidade do ‘setor público não estatal’.

De fato, a Lei do MROSC excluiu os contratos de gestão das organizações sociais da aplicação da referida Lei por ter as OS modelo com características específicas.

Como bem delineado no PDRAE, as OS firmam parceria entre o Poder Público e o particular como forma de colaboração entre os mencionados setores, tendo como finalidade fomentar a atividade privada, aumentar a eficiência do Estado, já que irão absorver os serviços não exclusivos de Estado, e satisfazer o interesse público.

Por certo, a intenção em realizar esse tipo de parceria é para que a entidade qualificada como organização social desenvolva atividades que possuam interesse coletivo, considerando-se que será mantido o financiamento público dos serviços.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>58</sup> considera que:

A administração dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada: diretamente – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; indiretamente – pelos entes públicos por ele criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da

<sup>57</sup> GRAEF, Aldino. *Objetivos e características fundamentais do modelo das organizações sociais*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – Parcerias Estratégicas. Volume 20. Número 41. Dezembro de 2015, p. 231.

<sup>58</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 340.

administração indireta); e associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público.

A partir dessa premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente.

Abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado administração privada associada de interesses públicos.

Chama atenção a citação acima para o fato de que a ação do Estado pode ser intensificada pelos esforços a serem empreendidos de forma associada tanto pelo setor público quanto pelo privado, tendo em vista que a sociedade deve ter em mente o seu papel de auxiliar do Estado na realização do interesse público.

Interessante destacar que, nos Estados Unidos, há 1,2 milhão de Organizações Sociais sem fins lucrativos ou organizações de serviços (10% de sua força de trabalho remunerada encontra-se nesse setor). Então, se o setor sem fins lucrativos fosse uma economia, seria a sétima maior economia do mundo. Dessarte, há terceiros setores crescentes, porque muitos países têm uma população jovem, e o setor de ONGs está crescendo mais rapidamente do que o Primeiro e o Segundo Setores.<sup>59</sup>

A qualificação da entidade como Organização Social é prévia à assinatura do contrato de gestão, justamente porque a entidade qualificada está apta a receber alguns benefícios do Poder Público, tais como: utilização de bens públicos, repasse de recursos públicos e até mesmo cessão de servidores públicos, para que ela possa desenvolver as atividades dispostas no art. 1º da Lei n. 9.637/1998.<sup>60</sup>

Desse modo, fica claro que a qualificação da entidade privada sem fins lucrativos como OS pressupõe a existência de uma decisão do Poder Público de “publicização” de determinada atividade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a parceria entre o setor público e o privado pode ser configurada de diferentes formas:

a. forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou

---

<sup>59</sup> RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do Terceiro Setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º setor: desenvolvimento social sustentado*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005, p. 20.

<sup>60</sup> “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”.

das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei n. 11.079, de 30-12-2004);  
 b. meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria;  
 c. forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei n. 8.666, de 23-6-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei n. 11.079/2005);  
 d. instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.<sup>61</sup>

Além disso, para a autora,<sup>62</sup> a realização do contrato gestão com as organizações não governamentais, que tenham sido qualificadas como Organizações Sociais, é uma forma de descentralização administrativa por colaboração, como no caso do exemplo trazido por ela da realização de contrato gestão com a Organização Social que venha a assumir a prestação de serviço público na área de saúde.

Quanto ao enquadramento das organizações sociais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>63</sup> aponta, com muita propriedade, toda a indefinição que existe em torno do tema.

Segundo a autora :

- 1) esse tipo de entidade se enquadra na categoria das entidades paraestatais, as quais para ela abrangem “pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional; o desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele; daí a expressão ‘entidade paraestatal’”;
- 2) para os teóricos da Reforma do Estado esse tipo de entidade faz parte do chamado Terceiro Setor “aquele que é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse público e não lucrativas”. O mencionado setor convive com o primeiro, reconhecido como sendo o Estado e o segundo, no qual se insere o mercado;
- 3) outros teóricos da Reforma do Estado reconhecem as Organizações sociais como fazendo parte do Terceiro Setor, mas em uma categoria diferente chamada de “públicas não estatais”, as quais podem ser entendidas como sendo públicas “[...] porque prestam atividade de

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22-23.

<sup>62</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 46-47.

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.253-254.



interesse público, com auxílio e controle pelo Estado; e não estatais, porque não integram a Administração Pública, direta ou indireta”.

Ao Terceiro Setor cabe, justamente, a proteção do interesse público, com a finalidade de atender às demandas sociais. O Terceiro Setor é entendido como meio de defesa do interesse público não estatal, interesse público da coletividade, pela atuação da sociedade civil, sem vinculação com o Estado.

Rubem César Fernandes destaca o papel da participação voluntária nas organizações sem fins lucrativos, nos seguintes termos:

Pode-se dizer que o Terceiro setor é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.<sup>64</sup>

São características das organizações que compõem o Terceiro Setor: 1) caráter privado (constituídas por particulares sem integrarem a estrutura do Estado – Primeiro Setor); 2) sem finalidade lucrativa (ao contrário das organizações empresariais atuantes no mercado, que possuem fins lucrativos – Segundo Setor); 3) por não possuírem finalidade lucrativa, terão natureza jurídica ou de associação, ou de fundação; e 4) desenvolver atividade de interesse público, podendo estabelecer vínculo jurídico com o Estado como forma de incentivar a atividade de fomento por elas desenvolvida.

Para Alexandre Veronese, as Organizações Sociais seriam, na verdade, novos órgãos administrativos, o que iria descaracterizar o setor como público, mas não estatal:

Apesar de o Plano Diretor criar uma distinção interna no conceito de propriedade pública (propriedade estatal e não estatal), ele não distingue essas subclasses pelos meios de atingir suas finalidades, vez que o interesse público seria perseguido por ambas. Assim, o conceito de público não estatal estaria ligado a interesses e funções que, gerais e públicos, não seriam, porém diretamente estatais. A partir da reivindicação da existência de uma sociedade civil autônoma frente ao Estado e ao mercado, se tornaria possível visualizar instituições que, não sendo necessariamente estatais, possuiriam atuações e finalidades públicas. O caso, porém, é que esse segmento econômico emergente, o chamado ‘Terceiro Setor’ ou ‘sociedade civil organizada’, é algo de

---

<sup>64</sup> FERNANDES, Rubem César. O que é o Terceiro Setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). *Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Instituições, Fundações e Empresas (GIFE), 2000, p. 27.

muito difícil precisão, abrangendo desde instituições de filantropia empresarial até novos órgãos administrativos públicos, como as Organizações Sociais, o que torna imprecisa a própria caracterização do setor como público, mas não estatal.<sup>65</sup>

Ocorre que, em contrapartida ao que foi afirmado pelo autor, o Terceiro Setor caracteriza-se por possuir personalidade jurídica de direito privado, finalidade não lucrativa e vinculações e deveres jurídicos de direito público. Esse tipo de entidade não integra nem a administração direta, nem a indireta. Como setor público não estatal, pode-se dizer que não existe interesse privado no sentido de interesse empresarial, pela impossibilidade de esse tipo de instituição auferir lucros com a atividade, tanto que em primeiro lugar é necessária a qualificação da entidade privada sem fins lucrativos pelo poder público como organização social para posteriormente ser firmado o contrato de gestão, onde as vinculações e os deveres jurídicos de direito público ficarão estabelecidos.

### *2.1.2 Da qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos como Organizações Sociais*

Importante recordar que toda a mudança de paradigma traz consigo certa resistência. Não foi diferente com a Lei n. 9.637/1998, que criou o contrato de gestão a ser firmado com as Organizações Sociais. Surgiu toda uma discussão sobre a constitucionalidade da lei, que resultou na interposição de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra ela, quais sejam: a ADI n. 1943/DF e a ADI n. 1923/DF.

No que se refere às organizações sociais, Celso Antônio Bandeira de Mello assim entende:

“Organizações sociais”, como resulta da Lei 9.637, de 15.5.98, são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º da Lei das Organizações Sociais).<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> VERONESE, Alexandre. *Reforma do estado e organizações sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

<sup>66</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 237.

Ante o exposto, nota-se a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que uma entidade possa ser qualificada como organização social, tais como: 1) ser entidade privada – nesse caso, tanto poderá ser uma associação civil, quanto uma fundação; 2) não ter fins lucrativos; 3) ser qualificada pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador que corresponda à atividade que venha a ser por ela desenvolvida (deve ter adequação com o objeto social); 4) suas atividades devem estar voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei n. 9.637/1998); 5) deverá preencher os requisitos legalmente presentes no art. 2º da Lei n. 9.637/1998.

Relacionada à questão da competência discricionária para o indeferimento do requerimento de qualificação da entidade privada decidiu o STF na ADI nº 1923/DF:

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

Observa-se, então, a necessidade do ato de indeferimento do requerimento de qualificação observar critérios objetivos fixados previamente em ato regulamentar, além da necessidade de observar os princípios da publicidade, transparência e motivação.

No caso das entidades privadas, sem fins lucrativos, primeiro elas deverão receber a qualificação de organização social<sup>67</sup> e, para receberem a mencionada qualificação, deverá ser submetido à apreciação do Poder Executivo o estatuto da entidade, o qual deverá contemplar todas as disposições constantes dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei n. 9.637/1998.

No artigo 2º da Lei n. 9.637/1998, encontram-se os requisitos específicos para que as entidades privadas, sem fins lucrativos, habilitem-se à qualificação como organização social sendo o primeiro deles a necessidade de comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva

---

<sup>67</sup> Respeitando as disposições do art. 1º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

área de atuação; b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, já que são entidades privadas sem fins lucrativos; c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na Lei do MROSC; d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) composição e atribuições da diretoria; f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto; h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

O segundo requisito específico refere-se à necessidade de haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Dessa forma, todos os requisitos acima listados deverão estar presentes no estatuto da entidade.

Para alcançar a fase da assinatura do contrato de gestão, existe um percurso a ser percorrido, no qual algumas etapas são seguidas dentro de um procedimento administrativo específico aberto para essa finalidade.

Após a análise do estatuto da entidade que se candidatar a receber a qualificação de Organização Social, estando ele de acordo com o que prevê a Lei n. 9.637/1998 e após o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Executivo, é publicado o Decreto que irá qualificar a entidade como Organização Social.

Qualificada a entidade privada como Organização Social, segue-se a essa etapa a elaboração do contrato de gestão e, posteriormente, sua assinatura.

Todavia, o contrato de gestão, antes da assinatura pelos interessados, deve ser submetido ao Conselho de Administração da entidade e, depois de aprovado, deve ser enviado ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade a ser desenvolvida pela entidade.

Nos artigos 3º e 4º da Lei das OS, encontram-se disposições prevendo a composição do Conselho de administração da entidade, bem como as atribuições que devem a ele ser outorgadas.<sup>68</sup>

Em relação aos dispositivos da Lei precitados, o qual trata da criação e composição do conselho de administração, para Aldino Graef:

---

<sup>68</sup> “Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.”

“Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.”

É justamente a característica comunitária das entidades qualificadas que define o caráter ‘público não estatal’. Mais ainda, no modelo das OS, a gestão compartilhada das organizações sociais, entre o Poder Público e a comunidade beneficiária – por meio dos conselhos de administração –, diferencia essencialmente as OS de outras entidades privadas sem fins lucrativos, especialmente as ONG. Ainda que as entidades qualificadas tenham formalmente a natureza jurídica de direito privado sem fins lucrativos, essencialmente se caracterizam como entidades do tipo ‘público não estatal’ específico, isto é, comunitárias com gestão compartilhada com o Poder Público.<sup>69</sup>

Dessa forma, a participação do Poder Público nas instâncias de direção das OSs e a composição do Conselho de Administração com a maioria de representantes sendo do Poder Público e da comunidade beneficiária dos serviços dá as OSs uma característica que as diferencia das demais, que é a de cogestão com o Poder Público.

Deve-se destacar, pela pertinência, trecho do voto do Ministro Luiz Fux, quanto ao argumento lançado na petição inicial da ADI n. 1923/DF, no sentido de que não há na Lei n. 9.637/1998 violação à liberdade de associação. Ponderou o Ministro que:

[...] a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do Poder Público do Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social [...]. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar.

Aprovado o contrato de gestão, a próxima etapa é a de execução e fiscalização do contrato firmado.

Sobre o assunto, o artigo 8º da Lei n. 9.637/1998 determinou que a fiscalização do contrato gestão deve ser feita pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Para isso, de acordo com o parágrafo 1º do artigo precitado, deverá a entidade qualificada apresentar:

[...] ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à

---

<sup>69</sup> GRAEF, Aldino. *Objetivos e características fundamentais do modelo das organizações sociais*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – Parcerias Estratégicas. Volume 20. Número 41. Dezembro de 2015. Página 234.

execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

É recomendável que o prazo para apresentação do relatório exigido acima seja determinado já no contrato de gestão, a fim de que as duas partes tenham ciência do prazo acordado para apresentação do relatório de execução do instrumento firmado e o Poder Público possa acompanhar de perto o cumprimento das metas estabelecidas e verificar se os resultados foram alcançados.

O Tribunal de Contas da União já decidiu pela necessidade de previsão no contrato de gestão das metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos:

4. Importante destacar que o contrato de gestão é ajuste firmado com vistas a propiciar repasse de recursos públicos e, portanto, ainda que a organização social a ser beneficiada com a verba disponibilizada seja entidade particular, preponderam os princípios de direito público.

5. Dessarte, o art. 7º da Lei n. 9.637/1998 estabelece que devem ser observados no contrato de gestão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

6. Nesse sentido, verifico que para a aferição do cumprimento, pelo CGEE, do princípio da economicidade, faz-se necessário que estejam especificados, de forma detalhada, os custos referentes à execução de cada uma das ações previstas para o alcance das metas estipuladas no âmbito do contrato de gestão em exame.

[...]

14. [...] ante todo o contexto das falhas detectadas pela unidade técnica, cumpre a essa Corte de Contas determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que, ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas.

[...]

9.4. determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que:[...] 9.4.2. ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas;<sup>70</sup>

Quanto aos resultados, o parágrafo 2º do art. 1º da Lei n. 9.637/1998 determina que eles sejam “analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória

---

<sup>70</sup>AC-2640-29/08-1. Sessão: 20/08/08 Grupo: II Classe: II Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

capacidade e adequada qualificação.” Importante, também, que essa previsão já venha definida no contrato. A comissão, ao final de sua análise, deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação feita, para que, de posse do mencionado documento, possa avaliar a pertinência em dar continuidade ou não à avença:

Tendo em vista o acima exposto foi que o artigo 9º da Lei n. 9.637/1998 dispôs:

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

O artigo 10 do mesmo diploma normativo sinaliza no sentido da necessidade de ser feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, de acordo com a gravidade dos fatos ou o interesse público, no caso de existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública.

A medida faz-se necessária para que os órgãos mencionados requeiram ao juízo competente, de acordo com a conveniência de cada um, a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Contudo, como muitas vezes fica difícil para os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão identificar a existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, o mais indicado é que, em todos os casos, seja feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade e não apenas ao Tribunal de Contas da União.

Portanto, o artigo 6º da Lei n. 9.637/1998 deixa claro que o contrato de gestão deverá discriminar em seu corpo: 1) as atribuições; 2) as responsabilidades; e 3) as obrigações tanto do Poder Público quanto da organização social.

Aldino Graef apontou uma possível diferença existente entre o contrato de gestão e o convênio no seguinte sentido:

Assim, ao contrário da interpretação de alguns juristas, o contrato de gestão pouco tem em comum com o instrumento do convênio, normalmente restrito a parecerias pontuais para o desenvolvimento de



ações específicas ou para o fomento de atividades de interesse público desenvolvidas por entidades privadas, independentes do Poder Público. **O contrato de gestão das organizações sociais, ao contrário, é instrumento de orientação da gestão de toda a entidade no contexto de uma gestão compartilhada de um serviço entre o Poder Público e a OS.**<sup>71</sup> (grifo nosso)

De fato, o artigo 7º do mesmo diploma normativo ressalva que, na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e as cláusulas referentes a metas a serem alcançadas e à avaliação de desempenho com a utilização de indicadores de qualidade e produtividade, o que denota a gestão compartilhada mencionada pelo autor.

Assim, o dispositivo precitado contém comando para que sejam observados os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Nesses termos, verifica-se, no inciso I, o atendimento ao preceito constitucional expresso no artigo 37, § 8º, o qual determina a obrigatoriedade de fixação de metas de desempenho, os controles e critérios de avaliação de desempenho para o órgão ou entidade que irá celebrar o contrato. Isso se deve ao fato de o controle para esse tipo de avença ser pelo resultado alcançado. É importante conhecer as necessidades da população para a fixação das metas de desempenho e a capacidade da organização que será qualificada, para que exista estímulo da melhoria do desempenho da entidade.

Por certo, o foco na gestão por resultados é possível neste modelo, tendo em vista que o direito privado permite maior liberdade de ação e flexibilidade aos administradores. O excesso de formalismo e a burocracia inviabilizariam o alcance dos resultados nos prazos pactuados ou impediriam o estabelecimento de prazos.

---

<sup>71</sup> GRAEF, Aldino. *Objetivos e características fundamentais do modelo das organizações sociais*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – Parcerias Estratégicas. Volume 20. Número 41. Dezembro de 2015, p. 238.

Também é importante a disposição constante no inciso II acima para que se observe o cumprimento das determinações constitucionais, especialmente, as relacionadas ao teto remuneratório.

Além disso, as demais cláusulas dos contratos de gestão serão definidas pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade, de acordo com o objeto acordado.

Em sentido oposto ao entendimento esposado acima, para Gustavo Alexandre Magalhães, não há diferença entre convênio e contrato:

Em outras palavras: a contradição está justamente em dizer que o convênio não é contrato porque somente neste último haveria direitos e obrigações recíprocas e, ao mesmo tempo, estabelecer como requisito de validade do convênio a previsão de contrapartida (contraprestação) do partícipe.

Conforme demonstrado no item anterior, a existência de obrigações recíprocas é condição de existência dos contratos bilaterais e plurilaterais. Não se pode confundir o intuito de cooperação das partes com a existência de interesses únicos. O convênio, tal como o contrato, é um acordo reflexivo, por meio do qual as partes complementam os seus interesses próprios na busca do objeto consensualmente definido.

72

Nada obstante, decidiu o STF por considerar que o contrato de gestão equipara-se ao convênio tendo em vista, justamente, a busca de um objetivo comum pelos interessados. Nesses termos, segue trecho da ementa da ADI nº 1923/DF:

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.

Na verdade, o art. 25, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000 estabelece, em seu inciso IV, alínea “d”, a necessidade de contrapartida para a transferência de recursos realizada para outro ente da Federação, mas esse requisito, por si só, não descaracteriza o convênio, haja vista que, nesse tipo de avença, não há intenção de lucro, mas de

---

<sup>72</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 181.

colaboração para que a política pública almejada tanto pelo Poder Público quanto pela sociedade civil seja realizada, e o resultado final previsto no objeto da avença possa ser compartilhado por ambos.

Para o autor<sup>73</sup> supramencionado existem os convênios públicos, o que ele chama de convênio público-público, e convênios público-privados. Os primeiros são firmados entre os entes estatais com mútua colaboração e, para atender competências comuns. Os segundos são celebrados entre a Administração Pública e as entidades privadas sem a aferição de lucro por essas últimas para atendimento dos objetivos pactuados.

Importante disposição trouxe, ainda, o art. 20 da Lei n. 9.637/1998.<sup>74</sup> Nele se observa a possibilidade de absorção, pelas organizações sociais qualificadas, das atividades desenvolvidas por órgão ou entidade pública extintos por meio de Lei que quando atuantes desenvolvessem alguns dos serviços públicos mencionados no art. 1º da Lei n. 9.637/1998. Sendo o destinatário da prestação de serviços exclusivamente o “cliente-cidadão”.

O art. 12 da Lei n. 9.637/1998<sup>75</sup> também dispõe que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão às organizações sociais.

Em relação à destinação de bens públicos, como já assentado, essa destinação é uma forma de fomentar a atividade a ser desenvolvida pela entidade privada. Foi exatamente nesse sentido que o Ministro Luiz Fux manifestou-se na ADI n. 1923/DF:

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades

---

<sup>73</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 202.

<sup>74</sup> “Art. 20. 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, que atuem nas atividades referidas no art. 1o, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;  
 II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;  
 III - controle social das ações de forma transparente.”

<sup>75</sup> “Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.”

privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual 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, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais [...] (grifos no original).

Ainda, o art. 14 da Lei n. 9.637/1998<sup>76</sup> faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Também, nesse caso, a concessão do citado benefício faz-se necessária para o desenvolvimento da atividade a ser desempenhada pela entidade privada.

Sobre os empregados das Organizações Sociais, destacou, com precisão, o Ministro Luiz Fux, na ADI n. 1923/DF, que não são servidores públicos, mas sim empregados privados, logo a remuneração dispensa a previsão em lei, bem como a contratação dispensa o concurso público.

Em relação ao tratamento a ser dado aos servidores públicos cedidos, o Ministro Luiz Fux não vislumbrou qualquer violação à Constituição da República, visto que a Lei n. 9.637/1998 preserva a remuneração do cargo, à qual o servidor faz jus no órgão de origem, e será esta que virá a servir de paradigma em termos previdenciários.

O Ministro destacou, ainda, que exigir a previsão em lei para pagamento de verbas dos servidores que vierem a ser cedidos – as quais jamais serão incorporadas à remuneração do servidor na origem e, ainda, se provenientes de contrato de gestão, serão consideradas como adicionais decorrentes do exercício de uma função temporária de direção e assessoramento – iria caracterizar “uma verdadeira autarquização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e flexibilidade”.

### *2.1.3 Modelos de Organizações Sociais*

---

<sup>76</sup> “Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.”

Em 20 de agosto de 2013, foi publicado o Decreto n. 8.088, de 19 de agosto de 2013, o qual qualificou como Organização Social o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE), na forma do art. 1º da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, para que a mencionada associação civil, sem fins lucrativos, passasse a realizar atividades de gestão, programas, projetos, apoio técnico e logístico a fim de subsidiar sistemas de avaliação educacional, mediante a celebração de contrato de gestão a ser firmado com o Ministério da Educação.

De fato, a edição de Decreto para a regulamentação de leis é medida elencada entre as atribuições do Presidente da República (art. 84, IV, CF/88).

Sobre o assunto, Raquel Melo Urbano de Carvalho pondera em seu livro Curso de Direito Administrativo, 2008, p. 296 e 299, respectivamente, que:

[...]

Esclareça-se que tais regulamentos surgem, no ordenamento brasileiro, veiculados por decretos do Chefe do Executivo. O decreto pode ser um ato individualizado (como é o caso do decreto que traz declaração de utilidade pública de um bem a ser desapropriado) ou um ato normativo. Neste último caso, tem-se um decreto veiculador de regulamento no qual se encontram normas gerais, abstratas e obrigatórias, editadas pelo Chefe do Executivo, matéria ora em comento.

[...]

Portanto, a competência para a edição do ato é do chefe do Poder Executivo.

Segundo consta da Exposição de Motivos apresentada (EMI n. 00032/2013 MEC-MP), a proposta de Decreto para qualificar como Organização Social o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE) pretendeu:

[...]

4. Assim, a proposta tem a finalidade **de executar iniciativas e intensificar ações para melhoria da gestão pública na execução de programas educacionais de governo, compatibilizando o interesse do governo federal na consolidação de um organismo capaz de realizar grandes avaliações nacionais.**

5. Nesse sentido, **com a qualificação do CEBRASPE como organização social, considerando suas atribuições estatutárias, pretende-se incrementar o desenvolvimento de atividades de gestão pública, especialmente em ensino e avaliação, a exemplo, dentre outros, do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, que foi criado em 1998 com o objetivo de avaliar o desempenho do**

**estudante ao fim da educação básica, buscando contribuir para a melhoria da qualidade desse nível de escolaridade. A partir de 2009, passou a ser utilizado também como mecanismo de seleção para ingresso no ensino superior, sendo ainda utilizado para acesso a programas oferecidos pelo Governo Federal. (grifo nosso)**

Dessarte, pelo que se viu, a proposta buscou atender ao comando expresso no art. 205 da Constituição da República.

Para efeito de comprovação da existência da atividade que já vinha sendo desenvolvida pelo CESPE, foi enviado, em momento posterior, no intuito de comprovar a capacidade técnica e operacional do CEBRASPE, Termo de Compromisso firmado pela Fundação Universidade de Brasília (FUB), no qual restou expressamente previsto que a referida Fundação cedeu onerosamente ao CEBRASPE, enquanto perdurasse o contrato de gestão:

Todo o capital intelectual do CESPE, qual seja o *Kow how* para dar continuidade aos serviços antes desempenhados pelo Centro da UnB; O imóvel em que estava instalado o Centro Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE/UNB), bem como todos os bens móveis que o garantem, inclusive computadores, impressoras, telefones, parque gráfico, entre outros; A marca CESPE, o seu acervo técnico, os seus atestados de capacidade técnica, os sistemas tecnológicos por ele desenvolvidos, os seus domínios de internet.

[...]

Assim, na prática, estava sendo transferida do CESPE para o CEBRASPE toda a capacidade técnica e operacional.

Desse modo, não se pode dizer que foi criada uma Associação que não tenha *expertise* no objeto para o qual ela está se propondo atuar, mas a qualificação de uma Associação que já existia e que recebeu de uma instituição consagrada e reconhecida o conhecimento e a experiência acumulados para poder atuar em uma área considerada importante para toda a coletividade. Na realidade, o que houve foi a alteração do nome da instituição.

Outro modelo de Organização Social é a Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial (EMBRAPII) – Exposição de Motivos n. 00034/2013/Decreto sem número, de 02 de setembro de 2013.

É uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que foi constituída com o objetivo de estimular a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a inovação, como foco em demandas empresariais, por meio de cooperação com Instituições de Pesquisa Científica e Tecnológica (ICTs), buscando o compartilhamento de riscos na fase pré-competitiva da inovação.

Ainda de acordo com a exposição dos objetivos apontados na EMI n. 00034/2013 MCTI MEC MP como fundamento para qualificação como Organização Social, a EMBRAPPII se propôs a atuar como fomentadora de pesquisas tecnológicas capazes de produzir inovações para as demandas empresariais, com o escopo maior de fornecer ao setor produtivo nacional condições de desenvolvimento e competitividade global.

Ademais, o Decreto n. 8.745, de 11 de maio de 2016 autorizou o Ministério da Cultura a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos para executar as atividades de guarda, preservação, documentação e difusão do acervo audiovisual da produção nacional.

No caso em análise, diferentemente, portanto, dos modelos citados acima, o *caput* do art. 1º da proposta de Decreto comete ao Ministério da Cultura a tarefa de qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com o objetivo de executar as atividades de guarda, preservação, documentação e difusão do acervo audiovisual da produção nacional.

O art. 3º do Decreto supramencionado prevê a absorção das atividades da Cinemateca Brasileira pela entidade que vier a ser qualificada como Organização Social, após a assinatura do Contrato de Gestão.

Nota-se que a proposta de Decreto em exame cuida apenas do processo de qualificação como Organização Social. A eventual assinatura do Contrato de Gestão dar-se-á em momento posterior e deverá observar as regras previstas na Lei 9.637/1998.

Importante lembrar nesse ponto que as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) não se confundem com as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999), que não se confundem com as organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/2014).

## **2.2 Das Organizações da Sociedade Civil**

A Lei n. 13.019/2014, de 31 de julho de 2014, conceituou, em seu art. 2º, inciso I, o que se entende por organização da sociedade civil.<sup>77</sup> Portanto, para a mencionada lei, há três tipos de entidades passíveis de serem consideradas Organizações da Sociedade Civil, são elas:

a) **entidade privada sem fins lucrativos** que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

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.

c) **as organizações religiosas** que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (grifo nosso)

Segundo os autores subscritores do artigo que trata da interação entre as Organizações da Sociedade Civil e o Governo Federal, pode-se entender que as organizações da sociedade civil são “um subconjunto de organizações do universo de entidades privadas sem fins lucrativos (ESFLs). Uma OSC tem os seguintes atributos: é de natureza privada, não governamental, sem fins lucrativos, legal e voluntariamente

---

<sup>77</sup> “No Brasil, existem 323 mil organizações de sociedade civil que atuam em várias áreas como a cultura, assistência social, educação, saúde, desenvolvimento sustentável, e em defesa dos direitos de grupos historicamente excluídos, como pessoas com deficiência, mulheres, índios, povos e comunidades tradicionais, negros e LGBTs. As OSCs empregam cerca de 2,2 milhões de brasileiras e brasileiros, o que demonstra a sua relevância também para a economia e o mercado de trabalho do país.” Consulta pelo: <https://www.brasil247.com/pt/colunistas/ricardoberzoini/214515/A-conquista-do-novo-Marco-Regulat%C3%B3rio-das-Organiza%C3%A7%C3%B5es-da-Sociedade-Civil.htm>.



constituída e autoadministrada<sup>78</sup>. Em 2010, foi mapeado o universo de aproximadamente 560 mil ESFLs e 290 mil OSCs<sup>79</sup>.

No mesmo trabalho acima referido, foi apresentado um gráfico que mostra a evolução das atuais OSCs existentes no país, por década de fundação. A indicação foi no sentido de que o mais forte crescimento ocorreu na década de 1990, ao que se atribuiu a mencionada evolução pela redemocratização do país e pelo reconhecimento do direito à participação dos cidadãos em diversas políticas, na Constituição Federal (CF) de 1988. A expansão se manteve na década de 2000, com taxa aproximada de 4% ao ano (IBGE, 2012, p. 29):

Importante pesquisa foi trazida no artigo precitado indicando que:

A relevância das OSCs para a gestão e para as políticas federais também pode ser verificada com base na avaliação que gestores federais responsáveis pelas parcerias fazem sobre os motivos para celebrá-las. Em avaliação feita por meio de entrevistas em profundidade com 53 gestores, em dezoito diferentes ministérios, observou-se que as OSCs desempenham funções que estão além do mero preenchimento de ‘falhas do Estado’ no provimento ou na entrega de serviços. As OSCs são fonte relevante de conhecimento técnico especializado à gestão pública, que permite a esta inovar e desenvolver novas metodologias e estratégias de efetivação de políticas; estas organizações permitem ampliar o acesso às políticas por grupos vulneráveis e pouco acessíveis pelas burocracias públicas, entre outros recursos organizacionais insuficientes, inadequados ou ausentes da burocracia estatal, incluídas as burocracias subnacionais (Lopez e Abreu, 2014). As organizações também são consideradas um recurso importante para ampliar a legitimidade *per se* ou porque qualificam as decisões sobre implementação das políticas no âmbito dos órgãos governamentais.

A Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispôs sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil

---

<sup>78</sup> LOPEZ, Felix; LOPES, Laís de Figueirêdo; SOUTO, Baiena; SANT’ ANA, Diogo de. *A interação entre OSCs e governo federal: colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2014. Disponível em: <[http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo\\_BD\\_2014\\_1\\_.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo_BD_2014_1_.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2016, p. 12.

<sup>79</sup> LOPEZ, Felix; LOPES, Laís de Figueirêdo; SOUTO, Baiena; SANT’ ANA, Diogo de. *A interação entre OSCs e governo federal: colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2014. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 10 jul. 2016. [http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo\\_BD\\_2014\\_1\\_.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo_BD_2014_1_.pdf)> Acesso em: 10 jul. 2016, p. 15.

de Interesse Público, prescreveu, em seu art. 1º, § 1º,<sup>80</sup> sobre a definição de pessoa jurídica de direito privado que não tenha fins lucrativos de modo análogo ao encontrado na Lei n. 13.019/2014.

Nesse sentido, nota-se que a parceria firmada entre o Poder Público e o particular pode ser entendida como uma forma de colaboração entre os mencionados setores, tendo como finalidade fomentar a atividade privada, aumentar a eficiência do Estado e satisfazer o interesse público.

De fato, a intenção em realizar esse tipo de parceria é para que a entidade qualificada como organização da sociedade civil desenvolva atividades que possuam interesse coletivo.

No caso das Organizações da Sociedade Civil, nota-se cada vez mais, no âmbito deste tipo de parceria, a escolha pelo tipo de Administração Pública gerencial, portanto bem menos burocrática.

Interessante notar que a qualificação da entidade como organização social, no caso da Lei n. 9.637/1998, é prévia à assinatura do contrato de gestão, justamente porque a entidade qualificada está apta a receber alguns benefícios do Poder Público, tais como utilização de bens públicos, repasse de recursos públicos e cessão de servidores públicos, para que ela possa desenvolver as atividades dispostas no art. 1º da mencionada Lei.<sup>81</sup>

Todavia, no caso das Organizações da Sociedade Civil, não foi feita a exigência supramencionada (qualificação da entidade), logo, cumpridos os requisitos do art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.019/2014 e tendo firmado um dos instrumentos jurídicos previstos nesse mesmo artigo citado, a entidade privada será considerada Organização da Sociedade Civil para os fins legais.

---

80 Art. 1º. Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. (Redação dada pela Lei n. 13.019, de 2014) (Vigência)

§ 1º. Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

<sup>81</sup> Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que uma entidade possa ser qualificada como organização da sociedade civil, tais como:

- 1) ser entidade privada – nesse caso, tanto poderá ser uma associação civil, quanto uma fundação;
- 2) não ter fins lucrativos – para ser considerada sem fins lucrativos, deverá a entidade privada obedecer ao disposto no art. 2º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 13.019/2014;
- 3) suas atividades devem ter uma das finalidades constantes do art. 3º da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999;
- 4) as sociedades cooperativas descritas no art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.019/2014, dentre elas, as sociais, previstas na Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999;
- 5) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social.

A Lei n. 13.019/2014 optou por realizar chamamento público para selecionar a organização da sociedade civil que está apta a firmar a parceria. Considerando que será necessária a abertura de um procedimento para a seleção da entidade, pode-se considerar que não é um procedimento licitatório propriamente dito, mas é como se fosse, haja vista que será publicado edital, com requisitos a serem cumpridos e julgamento de propostas que irá resultar na escolha da entidade melhor classificada (seção VIII, da Lei n. 13.019/2014).

Ressalva-se, ainda, que, pelo que consta da definição dos instrumentos jurídicos a serem utilizados na parceria, dispostos no art. 2º, incisos VII e VIII, e no artigo 84-B, inciso II,<sup>82</sup> a Lei 13.019/2014 também dispõe que poderão ser destinados recursos

---

<sup>82</sup> Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

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;

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;

Art. 84-B. As organizações da sociedade civil farão jus aos seguintes benefícios, independentemente de certificação:

[...]

II - receber bens móveis considerados irrecuperáveis, apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;

orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento da parceria às organizações da sociedade civil.

Dessa forma, nota-se que é de responsabilidade do Estado o dever de realizar os direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente, o que pode ser feito em parceria com as entidades privadas sem fins lucrativos, logo, a destinação de recursos orçamentários e bens públicos faz-se necessários, no entanto, como o Estado cede recursos e bens públicos para as entidades parceiras cabe a ele o controle dos resultados a serem alcançados.

### 2.3 Direitos Prestacionais

Na concepção trazida por Robert Alexy<sup>83</sup>:

[...] o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal.

O autor complementa sua exposição esclarecendo, também, que toda vez que existir uma relação constitucional na qual o titular de um direito fundamental tiver um direito em face do Estado, para que esse realize uma ação positiva, o Estado terá o dever de realizar. Além disso, tem o titular do direito fundamental a competência de exigir judicialmente o mencionado direito.

Considerando que as políticas públicas são a forma de realização dos direitos prestacionais, importante observação foi feita no relatório de pesquisa do Grupo de Estudo e Pesquisa em Hermenêutica e Políticas Públicas do UNICEUB<sup>84</sup> no sentido de que:

À época da promulgação da CF/88, predominava a linha de pensamento em prol do Estado mínimo, oriundo de uma vertente liberal conservadora. No entanto, foram estabelecidos direitos fundamentais no texto constitucional que demandavam para além da abstenção da invasão do Estado na esfera privada, ou seja, ganharam lugar na CF/88

---

<sup>83</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 442.

<sup>84</sup> *Políticas públicas e protagonismo judicial*: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. Univ. JUS, Brasília, v. 22, n. 2. p. 105-196, jul/dez. 2011.

os direitos sociais, que demandam prestações positivas e possuem o propósito de [...] promover maior igualdade na participação dos cidadãos no desenvolvimento econômico do país.’ Dessa forma, foi consolidado o Estado sob a vertente social.

Uma das classificações que Robert Alexy<sup>85</sup> atribui aos direitos prestacionais é a dos direitos prestacionais em sentido estrito, na qual estão inseridos os direitos fundamentais sociais. Para o autor, “direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. São exemplos: direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Discorrendo sobre as normas que possuem conteúdo de direitos fundamentais sociais, Robert Alexy destaca que são normas de mais distintos tipos a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’. A partir de pontos de vista teórico-estruturais o autor mencionado traçou três critérios para diferenciá-las. Para o primeiro deles pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que irão apenas obrigar o Estado de forma objetiva. Para o segundo elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes e no segundo sentido seriam elas enunciados programáticos. Para o autor deve a norma ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. Por fim, podem as normas fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, logo, regras ou princípios.<sup>86</sup>

Nesse diapasão, pode-se dizer que os que os direitos sociais vinculam o Poder Público, podendo-se afirmar que fazem parte das normas vinculantes, de acordo com a classificação apresentada acima, sendo uma forma de realização de políticas públicas.

## 2.4 Políticas Públicas

### 2.4.1. Conceito

---

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 499.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 501.

Pode-se dizer que políticas públicas são um meio por meio do qual o Estado pode agir. Assim, partindo de um planejamento anterior, o Estado tem como analisar em quais setores deverá atuar, tais como: 1) desemprego; 2) poluição; 3) igualdade de gênero ou raça; e 4) analfabetismo.

Maria Paula Dallari Bucci, dispondo sobre o conceito de política pública, conceituou-a da seguinte maneira:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>87</sup>

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Do conceito acima, pode-se extrair que a política pública requer um planejamento estatal prévio, direcionado à escolha do que irá melhor atender ao interesse coletivo.

Nota-se, ainda, do conceito mencionado, que a autora destaca que uma boa política pública deve ordenar os meios de que o Estado dispõe, não deixando de considerar as atividades privadas. Além disso, não há como não considerar que o planejamento da ação estatal também tem relevância, na medida em que leva à necessidade de um estudo relacionado ao que é considerado socialmente relevante para aquele momento vivido pelo Estado e a quais decisões políticas devem ser buscadas.

Na segunda parte do conceito, deve-se destacar o tipo ideal de política pública traçado pela autora.

Nesse sentido, para que uma política pública seja considerada ideal, deverá: 1) ter objetivos definidos para que se possa buscar realizá-los; 2) expressar o atendimento às prioridades da coletividade; 3) reservar os meios financeiros para a sua implementação e, nesse ponto, o orçamento passa a ter importância, pois é nele que estarão previstas as ações governamentais; 4) prever em quanto tempo se espera que os resultados esperados sejam atingidos.

---

<sup>87</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Por conseguinte, partindo-se do pressuposto de que a escolha de realização de determinada política pública é uma decisão estatal, a execução direta ou indireta pelo Estado de certa atividade que irá resultar no atendimento à política pública eleita não deixa de ser também uma decisão estatal.<sup>88</sup>

Nesses termos, Vanice Lírio do Valle, refletindo sobre o conceito de política reflexiva, ressaltou que:

[...] denomina política reflexiva, por intermédio do qual, no espaço público de decisão, se discutam os limites e possibilidades do Estado; exercício esse que pode conduzir à conclusão por sua incapacidade (técnica, ou financeira, ou gerencial, ou ainda de qualquer outra natureza) para o desempenho da atividade em cogitação; ou, ainda, pela circunstância de que, do ponto de vista de realocação de recursos e meios, a melhor alternativa seja o recurso a terceiros [...].<sup>89</sup>

De fato, a escolha, pelo Estado, da execução de determinada atividade por terceiros leva em conta tudo que se viu, até esse ponto, sobre o que se entende como sendo a política pública.

Na medida em que a política pública passa a ser entendida como uma decisão estatal, com objetivos definidos, voltados ao atendimento do interesse público, a forma de implementação passa a ter relevância, visto que os recursos e os meios à disposição do Estado, sendo escassos, dificultam ou, muitas vezes, impossibilitam o atendimento devido a certa política pública. É nesse caso que a transferência da execução de determinado serviço público passa a ser levada em consideração, justamente, para que, em parceria com o Estado, o privado passe a atuar e participar do atendimento às necessidades da coletividade.

#### 2.4.2. Formas para sua implementação

---

<sup>88</sup> Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis apresentou em seu artigo intitulado “Terceiro Setor, políticas públicas e tributação” um conceito para política social. Na visão da autora: “A Política Social, por sua vez, é um tipo de política pública, cuja expressão se dá por meio de um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e abrangente, que orientam a atuação do poder público em uma determinada área.” Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39450>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

<sup>89</sup> VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 33.

Como visto no ponto anterior, para a implementação das políticas públicas, necessita o Estado traçar metas (a médio e longo prazo) a serem alcançadas e, geralmente, isso se dá através de normas especialmente criadas para isso.

Outra questão relevante diz respeito à identificação, por parte do Estado, de quais os anseios da comunidade como um todo, a fim de identificar a melhor política pública a ser aplicada em busca de sua “indispensabilidade para realização e desenvolvimento da coesão social”.<sup>90</sup>

Além disso, ainda, que a política pública possui uma estreita relação com o serviço público na medida em que água, saneamento básico, energia e infraestrutura são alguns exemplos de ações que podem ser efetivadas por meio de uma política pública.

Noutro prumo, o ideal a ser alcançado com uma política pública é que a sociedade possa expressar o que é mais importante para ela naquele determinado momento. Assim, sendo ouvido pelo Estado, o indivíduo passa a ser visto como cidadão, também responsável pela realização da política pública.

Dessa forma, tendo como ponto de partida as metas a serem alcançadas, “as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, também agentes econômicos, organizações da sociedade civil e também os particulares, como indica uma rápida lançada de olhos sobre políticas econômicas ou as políticas sociais de saúde, de educação, de trabalho”.<sup>91</sup>

Nesse contexto, a conclusão a que se pode chegar é no sentido de que a realização das políticas públicas tem como fim a materialização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Desse modo, a intenção maior do Estado, quando busca efetivar parceria com o setor privado, é atrair investimentos desse setor para que sejam executadas obras e serviços públicos considerados essenciais para o desenvolvimento econômico, social e político.

Nessa toada, a utilização de um parceiro privado tem como objetivo principal prestar os serviços públicos da melhor forma para a coletividade, tendo em vista que a demanda pelos serviços públicos é crescente e, muitas vezes, o Estado esbarra no déficit orçamentário para que seja feita a devida prestação.

---

<sup>90</sup> VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 54.

<sup>91</sup> VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 58.



Por outro lado, forçoso reconhecer que a iniciativa privada tem a capacidade de realizar obras de forma mais ágil e de prestar os serviços públicos.

A colaboração entre Administração Pública e sociedade civil, principalmente junto à população mais carente, visa diversificar a política pública, bem como aumentar o seu espaço de atuação.

O vínculo que se forma entre as Organizações da Sociedade Civil e a Administração aumenta a participação social na implementação das políticas públicas e faz com que a fiscalização e o monitoramento do resultado que se quer alcançar passem a ser de interesse da sociedade. Foi essa linha de pensamento seguida pelo Supremo Tribunal Federal quando instado a se manifestar sobre as disposições constantes da Lei nº 9.637/1998.

### **3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: A ADI N. 1923/DF**

#### **3.1. A ADI N. 1923/DF**

Em relação a ADI n. 1923/DF, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionavam a Lei 9.637/1998 e o inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações). Iniciado o julgamento em março de 2011, votaram, naquela oportunidade, os Ministros Ayres Brito e Luiz Fux e, em 16 de abril de 2015, os demais ministros. O mencionado julgamento foi importante por ter inaugurado entendimento quanto à possibilidade de celebração de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada e, principalmente, sobre a desnecessidade de realizar licitação para a escolha da entidade parceira.

O Informativo/STF n. 474, de agosto de 2007, trouxe notícia no sentido de que o Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por entender que não existe a incompatibilidade alegada entre a peça vestibular e a Constituição Federal. Para o Tribunal, “a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.”

Na sessão plenária de 16 de abril de 2015, o STF decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público. Todavia, dispôs, de forma expressa, que a celebração de convênio com esse tipo de entidade deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (*caput* do artigo 37).<sup>92</sup>

Duas conclusões são possíveis de se chegar pelo que foi decidido acima: 1) para o STF o contrato de gestão se equipara ao convênio, no sentido de ser mais uma parceria com o poder público com mútuo interesse das partes, do que interesse contrapostos; 2) o ajuste a ser firmado com a entidade parceira deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios constitucionais que regem a

---

<sup>92</sup> Notícia retirada da página do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289678>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Administração Pública, nota-se que o STF não chegou a afirmar que é necessário procedimento licitatório para a escolha da entidade que irá firmar a parceria.

Ainda no mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux em seu voto emitido na ADI precitada dispôs sobre as atividades que entende serem livres à iniciativa privada sendo deveres tanto do Estado, quanto da sociedade:

Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades são deveres do Estado e da Sociedade. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são ‘livres à iniciativa privada’.

Do excerto acima, uma possível conclusão a que se pode chegar é que o fato de a Constituição da República fazer opção para que atividades ligadas aos setores mencionados não sejam consideradas como dever apenas do Estado demonstra que a sociedade também tem o múnus na sua prestação, por isso atividades dessa natureza são consideradas como sendo livres à iniciativa privada.

No julgamento realizado na ADI nº 1923/DF o trecho da ementa abaixo reproduzido é na direção do que foi acima exposto, *in verbis*:

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do Poder Público conforme a vontade coletiva.
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.

Portanto, para o STF a atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser feita de maneira direta ou indireta, no primeiro caso, será disponibilizada utilidades materiais aos beneficiários, ou no segundo caso, será feito uso de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos por meio da regulação, podendo ser com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. Nos dois casos o controle da Administração Pública será feito por resultado.

Como destacado linhas acima, por votação majoritária, a Corte também julgou parcialmente procedente a ADI Nº 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde decidindo pela constitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/1993.

### **3.2. A interpretação conforme a Constituição conferida ao art. 24, inciso XXIV, da Lei geral de licitações**

Nos termos do que decidido na ADI n. 1923/DF, o STF proferiu ao art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993 interpretação conforme, de acordo com o trecho da ementa do julgado a seguir, no sentido de que:

**14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei n. 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.**

**15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos**

**públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública** (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei n. 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (grifo nosso)

Sobre a utilização da licitação como instrumento de regulação de mercado referido acima como função regulatória da licitação, a intenção é tornar o mercado mais livre e competitivo, além disso, como bem destacado utilizar a licitação como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos para a sociedade.

Dessa forma, a ideia é o emprego do procedimento licitatório como meio de regulação diretiva ou indutiva da economia, tanto para coibir práticas que limitam a competitividade, quanto para induzir práticas que produzem efeitos sociais desejáveis, que é o caso das organizações sociais, por isso a decisão foi pela dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.

Portanto, do excerto da ementa acima, a primeira conclusão possível é no sentido de que a interpretação conforme a Constituição a ser dada às dispensas de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais instituídas no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 12, § 3º, da Lei n. 9.637/1998 é a de que a licitação também deve ser vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais, a chamada função regulatória da licitação, o que não exime o administrador público da observância dos princípios constitucionais.

Além disso, no que se refere aos contratos a serem celebrados pelas entidades parceiras para satisfação de suas necessidades como bem observado no julgamento realizado na ADI n. 1923/DF, as Organizações Sociais fazem parte do Terceiro Setor, não sendo obrigatório, portanto, por parte desse tipo entidade, o dever de licitar, até mesmo por conta da lógica do setor privado, que é bem mais flexível do que no setor público.

O Regulamento da Lei do MROSC (Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016) deixou clara a utilização pelas organizações da sociedade civil de métodos usualmente utilizados pelo setor privado para as compras e contratações de bens e serviços a serem por ela realizadas:

Art. 36. As compras e contratações de bens e serviços pela organização da sociedade civil com recursos transferidos pela administração pública federal adotarão métodos usualmente utilizados pelo setor privado.

Mesmo que a norma autorize a utilização de métodos usualmente adotados pelo setor privado para as compras e contratações de bens e serviços pelas organizações da sociedade civil, é recomendado que os princípios constitucionais da Administração Pública sejam observados, bem como a fixação de regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

Importante notar que existem três tipos de relações jurídicas possíveis relacionadas à forma de atuação das organizações sociais no que se refere: 1) a celebração com as organizações sociais de contrato de prestação de serviços para as atividades que tenham sido contempladas no contrato de gestão, portanto, nesse tipo de relação a organização social está sendo contratada para a prestação de serviços de atividades que façam parte do contrato de gestão e, nesse caso, o STF decidiu pela constitucionalidade do dispositivo; 2) a contratação pela organização social de prestador de serviço para compras e prestação de serviços a serem por ela realizada, e; 3) a necessidade de abertura de procedimento licitatório para a escolha da entidade que irá firmar o contrato de gestão com o poder público.

### **3.3. Necessidade de realização de procedimento de seleção para qualificação das Organizações Sociais**

Sobre a polêmica existente em torno da necessidade de abertura de um procedimento licitatório para a escolha da entidade a ser qualificada, o Ministro Luiz Fux teceu importantes observações em seu voto proferido na ADIN n. 1923/DF, no seguinte sentido:

**Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo [...] Ao contrário, a qualificação consiste em uma etapa inicial, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais**

à frente, **será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), é a qualificação da entidade como organização social.** Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar, a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios. (grifo nosso).

Com isso, o Ministro pretendeu esclarecer que a etapa de qualificação das Organizações Sociais nada mais é que a atribuição de um título jurídico para legitimar a entidade para a próxima etapa, que é a de realização do contrato gestão, o que irá resultar em uma fruição posterior por parte da entidade de determinados benefícios legalmente previstos.

Nesse sentido, também o entendimento de Lucas Rocha Furtado:

Quanto à definição de qual entidade deverá ser qualificada como Organização Social e com a qual deverá ser celebrado contrato de gestão, respeitados os requisitos legais, existe inegável margem de discricionariedade da Administração Pública. Não há como se cogitar, nesse caso, de realizar licitação para a escolha de tais entidades, porque a qualificação de certa entidade em determinada área de atuação não impede a qualificação de diversas outras para atuarem exatamente na mesma área.<sup>93</sup>

Pela pertinência com o tema, o trecho da ementa do julgamento da ADI nº 1923/DF merece destaque:

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).

---

<sup>93</sup> FURTADO, Lucas. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 218.

Sobre o assunto, no voto proferido na ADI n. 1923/DF,<sup>94</sup> o Ministro Luiz Fux equiparou essa etapa inicial de qualificação da entidade ao chamado credenciamento,<sup>95</sup>. Entendeu o Ministro, naquela oportunidade, que:

[...]

A doutrina contemporânea tem feito uso do termo credenciamento para denominar tais casos, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente.

[...]

Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. (grifos no original)

Por conseguinte, para o Ministro na etapa de qualificação da entidade parceira sua escolha pode ser feita por meio do credenciamento, logo, considerou desnecessário que seja realizado procedimento licitatório nessa etapa.

### **3.4. A utilização do Credenciamento como procedimento de seleção das entidades que celebrarão parcerias com o Poder Público**

Em relação ao credenciamento, denota-se existir uma hipótese singular de inexigibilidade de licitação: quando a Administração pretenda selecionar todas as propostas que forem consideradas aptas. Nessas hipóteses, pode-se adotar uma forma de contratação direta pela Administração, a qual se denominou credenciamento.

<sup>94</sup>ADIN n. 1.923/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Acesso pelo link: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf). Páginas 1-35. Acesso em 16.01.2014.

<sup>95</sup> O Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto ao credenciamento nos seguintes termos: “O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos, reiterou ensinamento contido no Voto condutor do Acórdão n. 351/2010-Plenário, no sentido de que, ‘embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no *caput* do referido dispositivo legal’; a inviabilidade de competição ‘configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas’. Deixou assente o relator que não há concorrência entre os interessados; preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade de condições com todas as demais que forem credenciadas. ‘Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade’.” (Acórdão n.º 408/2012-TCU-Plenário, TC- 034.565/2011-6, rel. Min. Valmir Campelo, 29.2.2012.).



Pode-se caracterizar o credenciamento como uma ferramenta procedimental utilizada em algumas hipóteses de contratação direta pela Administração Pública, tendo como embasamento legal o *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, o qual prevê a possibilidade de contratação sem licitação prévia, nos casos em que exista inviabilidade de competição.

Desse modo, para que ocorra a licitação, é indispensável que haja competitividade e julgamento objetivo. E só vai existir competitividade quando houver mais de uma possibilidade efetiva de contratação, quer no que tange ao objeto (mais de um), quer no que concerne ao fornecedor, produtor ou prestador (mais de um). Em não havendo esta possibilidade de competição, está-se, via de regra, diante de um caso típico de inexigibilidade de licitação. Nesse sentido é a previsão do *caput* e incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93.

No credenciamento, a inviabilidade de competição ocorrerá diante da necessidade de a Administração contratar com o máximo possível de particulares, ou seja, tendo em vista que todos os possíveis interessados poderão ser contratados, não há que se falar em competição para a escolha da melhor proposta através de procedimento licitatório.

Contudo, deve-se ressaltar que o credenciamento não possui previsão expressa em nenhum dispositivo da Lei 8.666/93, decorrendo de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial do permissivo contido no *caput* do art. 25 da Lei. Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União também reconhece a possibilidade de sua utilização (Decisão n. 307/2000 - Plenário, do Processo n. 010.178/1996-1; Decisão n. 494/94 - Plenário, In: Ata n. 26/94; Decisão n. 604/95 - Plenário, In: Ata n. 54/95).

Outrossim, apesar de não encontrar previsão expressa na Lei nº 8.666/93, já se encontra regulamentado em algumas leis de licitações estaduais, como ocorre, por exemplo, na Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná, que regulamenta as licitações realizadas no âmbito dos órgãos do Estado do Paraná, na Lei nº 9.433/2005, do Estado da Bahia e a Lei Goiana de licitações, Lei Estadual nº 16.920/2010. Na esfera federal, entretanto, ainda não foi expressamente regulamentado. Em que pese a ausência de legislação regulando especificamente a matéria, em nível federal, a sua autorização legal reside, conforme já posto, no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, em face da inviabilidade de competição.

Afirma Joel de Menezes Niebhur que “todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço,

não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos”.<sup>96</sup>

Observa-se, então, que o sentido apontado no voto do Ministro Luiz Fux na ADI n. 1923/DF, nos termos citados acima, foi na acepção de considerar que todas as entidades que venham a preencher os requisitos legalmente previstos (Lei n. 9.637/1998) estão aptas a serem credenciadas, logo qualificadas como Organização Social. Assim, não há necessidade de abertura de um procedimento licitatório, tendo em vista que não haverá competição entre as entidades que se habilitem a desenvolver uma das atividades previstas no art. 1º da Lei n. 9.637/1998.

O trecho seguinte da ementa do julgamento na ADI n. 1923/DF revela que o entendimento foi no sentido de que:

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

A norma geral da licitação pública disciplina os casos em que se apresenta dispensável (art. 24) ou inexigível (art. 25) o certame, abrindo ensejo à contratação direta com profissionais ou instituições idôneas e em condições de bem prestar o serviço almejado, a fim de que as necessidades do serviço público possam ser prontamente atendidas.

Nas hipóteses de inexigibilidade licitatória, a teor do art. 25 da Lei n. 8.666/93, a contratação direta faz-se sempre imperiosa, em virtude da inviabilidade da competição. De acordo com o escólio do Ministro Eros Roberto Grau, é a exclusão do critério competitivo, por irrealizável, que constitui a essência do permissivo legal da inexigibilidade:

Não está a Administração autorizada a dispensar a licitação senão, e exclusivamente, nas hipóteses expressamente indicadas pela lei. Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre, não de

---

<sup>96</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 212.

razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição<sup>97</sup> (grifo nosso)

As hipóteses clássicas de inexigibilidade de licitação são aquelas que se referem a fornecedores de produtos ou prestadores de serviços exclusivos. Existem, contudo, casos nos quais a Administração Pública habilita todo e qualquer interessado a, uma vez preenchidos determinados requisitos, cadastrarem-se para realizar o serviço. Nessas hipóteses, a licitação é igualmente inexigível, tendo em vista a ausência de restrição no que se refere à quantidade de pessoas aptas a prestar serviços à Administração.

Conforme explica Marçal Justen Filho, “somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados”, pois “a obrigatoriedade de licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem”.<sup>98</sup>

Importante destacar que a equiparação ao credenciamento como hipótese de não realização de licitação se dá na fase de qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos, posteriormente, qualificada a entidade, será realizado o contrato de gestão, esse, sim, com a entidade qualificada na fase inicial de seleção da entidade para fins de qualificação.

O Ministro Luiz Fux apontou no voto proferido na ADIN n. 1923/DF, apontou que os requisitos legais do inciso I do artigo 2º da Lei n. 9.637/1998 podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas (esse seria o fundamento da possibilidade do credenciamento), mas a decisão pela qualificação ou não da entidade que venha a se habilitar fica condicionada à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Carlos Ari Sunfeld,<sup>99</sup> no tocante ao instituto jurídico em estudo, também reconhece a figura do credenciamento, interpretando-o da seguinte maneira:

Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que

---

<sup>97</sup> GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo*: estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p 70.

<sup>98</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46.

<sup>99</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.42.

preenchem os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. **É que o credenciamento não pressupõe disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados.** (grifo nosso)

Em síntese, pode-se entender o sistema de credenciamento como um conjunto de procedimentos por meio do qual a Administração credencia, mediante chamamento público, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público for mais bem atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho<sup>100</sup> dispõe:

Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. (...)

Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento.

(...)

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.” (g.n.)

Apesar de o instituto credenciamento não possuir regulamento federal próprio, o Tribunal de Contas da União e a doutrina pátria já se debruçaram sobre o tema, apresentando a necessidade do cumprimento de alguns requisitos para que o credenciamento possa ser utilizado nos casos de inexigibilidade de licitação pelo aproveitamento de todos os interessados.

De acordo com o escólio de Jorge Ulisses Jacoby,<sup>101</sup> após a análise e estudo das hipóteses de credenciamento até então já utilizadas pela Administração, quatro seriam os requisitos para a utilização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

Nos cursos de auditoria em licitações que temos ministrado, lembramos que há quatro aspectos fundamentais que definem a possibilidade de uso ou não da pré-qualificação do tipo credenciamento:

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46.

<sup>101</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial eletrônico*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 45.

a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas.

Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

b) que a definição da demanda, por contratado não seja feita pela Administração.

Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado. No caso do serviço médico e de treinamento, o TCU aceitou a escolha pelo próprio servidor interessado; no caso dos serviços advocatícios, a definição do advogado, incumbido de contestar ou propor ação, será feita por sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os sorteados anteriormente;

c) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital.

São serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade ter sido bastante regulamentada ou de fácil verificação. Por exemplo, num curso de Windows com programa definido e condições de ensino objetivamente determinadas, é possível, com um fiscal ou gestor do contrato avaliar o cumprimento da obrigação. Do mesmo modo, numa reclamação trabalhista judicial para ser contestada, há razoável espaço de definição técnica, bastando que, no ato de seleção do credenciamento, sejam exigidos, por exemplo, dois anos de experiência em processos trabalhistas;

d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.

A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da lei.

Na Lei do MROSC, não existe uma fase de qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos, o que restou previsto foi a realização de chamamento público, tanto para a celebração do Termo de Fomento quanto do Termo de Colaboração. Logo, pode-se equiparar essa fase inicial de chamamento público mais a um procedimento de seleção do que de credenciamento, visto que, por meio do mencionado instituto, será aberto edital com previsão dos requisitos necessários para que as entidades possam participar do chamamento e, ao final, será realizado o ajuste com a entidade selecionada. O art. 28 da Lei do MROSC deixa claro que a intenção da Lei foi, justamente, de criação de uma etapa competitiva para a celebração dos ajustes nela previstos e não de credenciamento de entidades.

Dessarte, como primeiro requisito para a utilização do credenciamento, temos a “possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas”. Logo, existe a possibilidade de credenciamento de todos aqueles que satisfaçam as condições exigidas no edital. Essa possibilidade de participação de todo e qualquer interessado que cumpra os requisitos previstos no edital de credenciamento caracteriza, inclusive, a ausência de competição entre os participantes do procedimento licitatório, uma vez que todos que forem credenciados terão chance de ser contratados pela administração. Não é o caso das parcerias previstas na Lei do MROSC, haja vista que haverá, na etapa de chamamento público, a seleção de apenas uma entidade para a celebração das parcerias legalmente previstas.

O segundo requisito informa que “a definição da demanda por contratado não seja feita pela Administração”, o que, na Lei do MROSC, não vai ocorrer, já que a definição da demanda será feita pela Administração.

O terceiro requisito condiciona que “o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital”. Observa a possibilidade de atendimento deste requisito pela Lei.

O quarto e último requisitos são “que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.” A Lei do MROSC abriu essa possibilidade, facultando a previsão no edital do chamado valor de referência.

De acordo com o exposto acima pode-se considerar que na Lei do MROSC houve avanço no sentido de determinar a necessidade de chamamento público para a seleção da entidade que irá firmar parceria com o poder público.

## 4 INICIATIVAS LEGISLATIVAS E POSSÍVEIS AVANÇOS

### 4.1. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC

#### 4.1.1. Aspectos gerais

A necessidade de redefinir o papel do Estado, principalmente em decorrência da falência apresentada tanto pelo modelo de Estado Social quanto do liberal, fez com que o Estado assumisse mais uma função de regulação.

Sendo assim, a atividade de fomento aparece como uma forma de manifestação deste Estado que agora passa a assumir uma postura mais regulatória. Foi com esse objetivo que a Lei n. 13.019/2014<sup>102</sup> instituiu o termo de colaboração, termo de fomento e o acordo de cooperação, como instrumentos hábeis a serem celebrados com as chamadas Organizações da Sociedade Civil, para instigar a iniciativa privada a praticar atividades consideradas relevantes, pelo Estado e pela sociedade, , principalmente, para a área social.

Tendo como fonte exatamente toda a normatização para parcerias entre o setor público e o privado inaugurada pela Lei n. 9.637/1998, é que foi publicada a Lei 13.019/2014, inclusive pensando os instrumentos jurídicos que irão formalizar as parcerias como uma espécie de convênio.

Além disso, o artigo 5º do mesmo diploma normativo ressalva que o regime jurídico previsto na Lei está fundamentado na gestão pública democrática, na participação social, no fortalecimento da sociedade civil, na transparência na aplicação de recursos públicos, devendo observar os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia destinando-se a assegurar:

- 1) o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;
- 2) a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva;
- 3) a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável;

---

<sup>102</sup> 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.

- 4) o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas;
- 5) a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;
- 6) a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa;
- 7) a promoção e a defesa dos direitos humanos;
- 8) a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente;
- 9) a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;
- 10) a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

Também o art. 6º, no que se refere às diretrizes, dispôs que o regime jurídico da parceria criado pela Lei do MROSC busca:

- 1) a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público;
- 2) a priorização do controle de resultados;
- 3) o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação;
- 4) o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil;
- 5) o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade;
- 6) a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos;
- 7) a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;
- 8) a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos;
- 9) a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

O espírito da Lei do MROSC, tal como disposto no art. 6º, inciso I, da Lei, é exatamente promover o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à



organização da sociedade civil para a cooperação com o Poder Público. A Exposição de Motivos<sup>103</sup> retrata bem esse parâmetro:

Assim, é importante haver razoabilidade para que as OSCs não sejam transformadas em órgãos públicos ou a elas não sejam aplicadas regras e interpretações análogas aos dos órgãos públicos e entes federados, o que prejudica a execução das ações que desenvolvem e não respeita as especificidades que possuem.

Alguns problemas enfrentados na execução das parcerias foram gerados pelas analogias indevidas aplicadas nos últimos anos, e pelo excessivo controle nos processos, podendo estes ser solucionados se for aplicada outra visão com a implementação de uma política de resultados.

O que se observa das emendas apresentadas à MP n. 658 é que a avaliação que deverá ser feita neste momento, é do que se pode corrigir para que a Lei n. 13.019/2014 seja melhor implementada pela sociedade, dando guarida a uma política de resultados. Não há pretensão em manter o foco do controle no processo em si, devendo-se direcionar o foco para o resultado das ações que são executadas.

Com efeito, como o controle para esse tipo de avença deve ser pelo resultado alcançado as previsões acima descritas estão em perfeita sintonia com esse propósito.

Além disso, o art. 40 dispôs, expressamente, quanto aos objetos que as parcerias não estão autorizadas, tais como: 1) delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia; ou 2) atividades consideradas exclusivas de Estado.

Por outro lado, a conclusão a que se chega é que considerar como critério de escolha para as parcerias a serem firmadas única e exclusivamente o interesse público recíproco<sup>104</sup> resulta em avaliação subjetiva por parte do gestor, logo a necessidade maior é respeitar o critério de a atividade ser considerada ou não exclusiva de Estado.

Nesse sentido, pretende a Lei do MROSC inovar a gestão pública, valorizar o trabalho realizado pelas Organizações da Sociedade Civil, trazer mais eficiência na implementação de projetos e transparência para a aplicação de recursos públicos, sendo esses alguns dos resultados que se pretende alcançar para as relações de parceria entre setor público e o privado.

---

<sup>103</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp%3Ft%3D158388%26tp%3D1>>. Acesso em: 10.08.2016.

<sup>104</sup> No sentido de que somente a entidade estatal tem vinculação com a efetivação do interesse público Gustavo Alexandre Magalhães:

Nos acordos entre entes públicos e privados, por outro lado, somente a entidade estatal está ontologicamente vinculada à efetivação do interesse público. É que embora as entidades particulares persigam, em várias situações, as finalidades de interesse da coletividade, não se pode perder de vista que suas finalidades institucionais são estabelecidas de acordo com a livre iniciativa e com a autonomia privada. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

As inovações nas exigências feitas pela Lei repousam na comprovação pela organização da sociedade civil de ter, no mínimo, três anos de existência, com cadastro ativo no CNPJ, experiência prévia na realização (com efetividade) no objeto da parceria e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades com metas estabelecidas.

A legislação aparenta querer afastar as entidades criadas artificialmente e sem experiência prática para a execução das atividades, haja vista o aumento, na última década, de criação de organizações não governamentais, cujo objeto social permite executar tarefas dos mais diferentes tipos, sem o mínimo de capacidade técnica ou operacional. Interessante notar a aproximação, nesse ponto em questão, com termos da Lei Nacional de Licitações, ao mencionar a capacidade técnica e operacional.

Outro desafio da norma será a criação do “valor de referência”, previsto no art. 27, § 5º, da Lei do MROSC, constante do edital de chamamento, e considerado como critério objetivo de julgamento pela comissão de seleção previamente designada para este fim, visto que os preços praticados não se acham no mercado de negócios.

#### *4.1.2. Conceitos*

A Lei n. 130.19/2014 criou dois novos modelos de parceria entre o Estado e as chamadas entidades do Terceiro Setor, quais sejam: o ‘Termo de Colaboração’ e o ‘Termo de Fomento’. As duas modalidades de parceria mencionadas foram criadas para substituir os convênios, que passarão a ser usados apenas em parcerias celebradas entre dois ou mais entes públicos.

A Lei supracitada trouxe previsão expressa em seu art. 2º daquilo que entende ser considerado como parceria. Assim, para os fins da norma referida:

**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; (grifo nosso)**

Nota-se, pela inteligência do artigo supramencionado, que a finalidade desse tipo de relação jurídica é a formação de parceria com vistas a fomentar as atividades que sejam consideradas de interesse público e recíproco.

Nesse sentido, como a finalidade dos instrumentos jurídicos presentes na Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, é a formação de parcerias, pode-se entender que, quando a citada norma, em seu art. 2º, inciso VIII, definiu “termo de fomento”, estava ela deixando a entender que essa era uma forma que o Estado encontrou para incentivar a iniciativa privada.

De fato, da leitura que se faz dos instrumentos definidos na Lei, pode-se chegar à conclusão de que ela dispõe sobre as condições de exercício das competências públicas. São eles:

**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;

[...]

**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;

**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; (grifo nosso)

Verifica-se que a intenção da Lei foi estabelecer que, nos instrumentos precitados, não existissem propriamente “duas” partes, uma vez que se trata de uma “avença” entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil.

À vista disso, estabeleceu o artigo 16 da Lei do MROSC, quanto ao termo de colaboração, dever ser adotado por parte da Administração Pública para consecução de planos de trabalho que sejam de sua iniciativa, com o intuito de celebrar parcerias com as organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Contudo, no parágrafo único do mesmo artigo, encontra-se disposição expressa no sentido de poderem os conselhos de políticas públicas, também, apresentar propostas à Administração Pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Já o termo de fomento (artigo 17 da Lei do MROSC) deve ser adotado pela Administração Pública para consecução de planos de trabalho que tenham sido propostos pelas organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros tendo como objetivo incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações.

Nada obstante, o termo de colaboração será adotado para a consecução de planos de trabalho cuja concepção seja da Administração Pública se tiver como objetivo executar projetos ou atividades parametrizadas pela Administração Pública federal.

Percebe-se, da leitura dos artigos supramencionados, que o escopo de sua criação foi a transferência voluntária de recursos para a execução de planos de trabalho em regime de cooperação com as organizações da sociedade civil, podendo ser apontado como diferença entre os dois instrumentos criados pela Lei o fato de, no Termo de Colaboração, a iniciativa da parceria ser da Administração Pública, enquanto no Termo de Fomento, a proposta da parceria é da entidade do Terceiro Setor.

Quanto ao Acordo de Cooperação, destaca-se que ele foi criado pela Lei como instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias entre a Administração Pública Federal e as Organizações da Sociedade Civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, não envolvendo a transferência de recursos financeiros. Pode o Acordo de Cooperação ser proposto tanto pela Administração Pública Federal quanto pela Organização da Sociedade Civil.

Importante sobrelevar, no que se refere ao Acordo de Cooperação, que ele era uma prática na Administração Pública, formalizado com base no art. 116 da Lei n. 8.666/1993. O nome do instrumento jurídico utilizado sem repasse de recursos era “Acordo de Cooperação Técnica”, nada obstante a regulamentação para o instrumento referido e a definição precisa não existiam efetivamente. A Lei do MROSC inaugurou um conceito para o Acordo de Cooperação e a forma como deve ser utilizado, o que, em termos de padronização para a Administração Pública, pode-se considerar bastante positivo.

No tipo de parceria idealizado pela Lei n. 13.019/2014, poderá o Poder Público auxiliar a entidade fazendo a cessão de bens móveis considerados irrecuperáveis, apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria de Receita

Federal do Brasil (art. 84-B), e transferindo recursos orçamentários. Quanto à cessão de servidores públicos, permitida no caso da utilização do contrato de gestão, a lei nada menciona.

De fato, os tipos de instrumentos concebidos pela Lei são instituídos pela Administração Pública com as Organizações da Sociedade Civil, restando configurado o desejo da Administração em realizar parceria com os entes privados que não possuam fins lucrativos.

Pode-se dizer que o desejo da Administração Pública em firmar parceria com os entes privados já restava claro com a edição da Emenda Constitucional n. 19, de 14 de junho de 1998, a qual introduziu o parágrafo 8º ao artigo 37 da Constituição da República,<sup>105</sup> para estabelecer uma espécie de contrato entre os administradores dos órgãos e entidades da administração direta e indireta e o Poder Público, dispondo que poderia ser ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos entes referidos. Nascia, assim, o contrato de gestão.

Nesse prumo, o artigo constitucional precitado dispôs, ainda, que o objeto do chamado contrato de gestão deveria trazer a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade e caberia à lei dispor sobre: 1) o prazo de duração do contrato; 2) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; e 3) a remuneração do pessoal.

Destarte, nota-se que o fim almejado com a inclusão da disposição constitucional acima citada foi exatamente deixar clara a vontade do Estado de conceder maior autonomia, seja ao órgão, seja à entidade da Administração indireta que viesse a celebrar com ele o contrato recém-criado. Além disso, a partir daí, observa-se que as parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas experimentaram um crescimento gradativo, culminando no regime jurídico criado pela Lei n. 13.019/2014.

---

<sup>105</sup>Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Importante notar que, quando as parcerias são celebradas com as organizações da sociedade civil, observar-se-á, no caso, uma restrição a sua autonomia, já que essas entidades são privadas e terão que se sujeitar às exigências estabelecidas no ajuste firmado, mas – como visto – esse fato não retira o caráter privado desse tipo de entidade.

Além disso, em troca da autonomia concedida é que o instrumento jurídico deve trazer em seu bojo as metas a serem alcançadas pela outra parte e o prazo em que ela deverá cumpri-las. Como forma de controlar se os fins a serem alcançados ao final da parceria estão sendo cumpridos, estabeleceu-se, assim, um controle baseado em resultados.

No que se refere ao controle a ser realizado nos instrumentos previstos na Lei n. 13.019/2014, o ciclo de avaliação envolve o fortalecimento da participação social por meio da divulgação das campanhas publicitárias e programações desenvolvidas pelas organizações da sociedade civil; a previsão de criação de um conselho (Conselho Nacional de Fomento e Colaboração) com representantes governamentais e das organizações da sociedade civil; a emissão de relatórios técnicos de monitoramento e avaliação das parcerias celebradas, os quais serão submetidos à Comissão de monitoramento e avaliação para homologação; auditorias, a serem realizadas pelos controles interno e externo; e a necessidade de prestação de contas.

Relativamente aos convênios, o Decreto 93.872/86 inseriu a possibilidade de sua celebração com as entidades privadas sem fins lucrativos. Após a publicação do regulamento mencionado, seguiu-se a publicação da Instrução Normativa STN/MF 01/97, que disciplinou a celebração dos convênios com outros órgãos da Administração Pública e entidades privadas, adotando o mesmo regime para ambas.

O Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007, assim os define:

**I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de**

**bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;**<sup>106</sup> (grifo nosso)

Para José dos Santos Carvalho Filho,<sup>107</sup> “consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas entidades e particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público”.

Em poucas palavras, “convênio” – pelo texto do Decreto n. 6.170/2007 – poderia ser definido como um instrumento resultante de um acordo de vontade entre entidades públicas ou entre um ente estatal e uma entidade privada sem fins lucrativos, com o intuito de realizar programa de governo em mútua colaboração. Como instrumento de cooperação entre os entes públicos, retira seu fundamento dos arts. 23 e 241 da Constituição da República.<sup>108</sup>

<sup>106</sup>Orientação Normativa N. 29, de 15 de abril de 2010: “A Administração Pública pode firmar termo de parceria ou convênio com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), observada, respectivamente, a regra do concurso de projetos ou do chamamento público. A opção pelo termo de parceria ou convênio deve ser motivada após a celebração do instrumento, não é possível alterar o respectivo regime jurídico, vinculando os partícipes.”

Orientação Normativa N. 31, de 15 de abril de 2010:

“A celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá haver a devida fundamentação.”

<sup>107</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 243.

<sup>108</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Para o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu artigo 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Importante destacar que a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), em seu art. 25, ao tratar da realização de transferências voluntárias por meio de convênios, faz alusão apenas aos entes públicos e no art. 26 quando dispôs sobre a transferência de recursos para o setor privado referiu-se a subvenções e auxílios.

Gustavo Alexandre Magalhães<sup>109</sup> considera que a presença, por si só, da Administração Pública em um dos polos do convênio com o particular atrai a incidência das prerrogativas que são típicas dos contratos administrativos, por isso o art. 116 da Lei geral de licitações deve ser interpretado no sentido de obrigar a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei n. 8.666, de 1993) nesse tipo de avença, o que não deve ser admitido com os convênios celebrados entre entes públicos, para que não ocorra afronta ao art. 19, inciso III, parte final, da CF.

Com a entrada em vigência da Lei do MROSC, passam a existir no Brasil as seguintes modalidades de parceria entre a Administração Pública (nos três níveis de governo: União, Estados e Municípios) e as organizações da sociedade civil: 1) Contratos de Gestão, celebrados com entidades qualificadas como Organizações Sociais, nos termos da Lei federal n. 9.637/1998; 2) Termos de Parceria, celebrados com entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), nos termos da Lei federal n. 9.790/1999; e 3) Termos de Colaboração, Termos Fomento e Acordo de Cooperação, celebrados com organizações da sociedade civil em geral, nos termos da nova Lei n. 13.019/2014.

---

<sup>109</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.



Na definição constante do Decreto n. 6.170/2007, o convênio tem como objetivo a execução de programa de governo, nesse sentido as entidades privadas seriam mandatárias da Administração para a execução de políticas públicas específicas, já no Termo de Fomento e Colaboração a intenção da Lei foi no sentido de que as entidades privadas possam ser consideradas entidades parceiras do Poder Público para alcançar o interesse público nas atividades fomentadas pelo Estado.

Tem-se como requisitos gerais a serem preenchidos pelas entidades para a celebração de parcerias de acordo com a Lei do MROSC:

- 1) Existência de no mínimo 3 anos, experiência prévia na realização do objeto da parceria e capacidade técnica operacional;
- 2) Instituição de normas de prestação de contas, Estatuto com objetivos de promoção de atividades de relevância pública, Conselho Fiscal, previsão de destinação do patrimônio a outra entidade similar em caso de dissolução e observância das Normas Brasileiras de Contabilidade e publicidade dos relatórios contábeis;
- 3) Documento de propriedade de imóvel caso este seja necessário à execução do projeto, certidões de regularidade fiscal e de existência jurídica (cópia de estatuto e alterações devidamente registrados), ata de eleição de diretoria e relação nominal dos dirigentes, documento que comprove o funcionamento da entidade no endereço informado no Cartão CNPJ;
- 4) A lei prevê a criação do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, a ser composto por entidades e representantes governamentais, para divulgar boas práticas, propor e apoiar ações voltadas ao fortalecimento das relações de colaboração e fomento;
- 5) Não delegação das funções de regulação, de fiscalização e do exercício do poder de polícia;
- 6) Não exercício de atividades exclusivas do Estado (a lei não especifica quais seriam essas atividades exclusivas além daquelas mencionadas acima);
- 7) Impossibilidade de prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado;
- 8) Não há permissão para contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado; e apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

Existe previsão expressa na Lei a necessidade de relação nominal e atualizada dos dirigentes e do regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiro, o qual deve ser aprovado pela Administração Pública celebrante.

A participação popular, de forma facultativa, no planejamento das políticas públicas é reforçada com o procedimento de manifestação de interesse social, novo instrumento criado pela Lei, com a intenção de que entidades civis e cidadãos possam apresentar propostas ao Poder Público para que seja avaliado um futuro chamamento público para a celebração de parceria (art.19).

#### *4.1.3 Conteúdo*

A Lei n. 13.019/2014 dispôs, em seu art. 42, sobre as cláusulas essenciais, que deverão constar do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação, conforme o caso.

As primeiras referem-se à descrição do objeto pactuado, cláusula necessária em qualquer tipo de ajuste realizado com a administração pública, as obrigações das partes e, quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso. Apesar de a Lei ter disposto que o valor total e o cronograma de desembolso não devem constar como cláusulas essenciais em qualquer caso, não dá para retirar do texto da Lei as situações que resultariam na desnecessidade da previsão desse tipo de cláusulas nos instrumentos a serem firmados.

Também foi considerada como sendo cláusula essencial pela norma a necessidade de estabelecimento de contrapartida, quando for o caso, a qual, pelo disposto no §1º do art. 35 da Lei, não será exigida financeiramente como requisito para celebração de parceria, facultada sua exigência em bens e serviços, sendo obrigatório, nesse caso, que a expressão monetária seja obrigatoriamente identificada no termo de colaboração ou de fomento.

A necessidade de se estabelecer vigência para o ajuste, as hipóteses que permitam sua prorrogação, a obrigação de prestar contas dos recursos financeiros repassados com a definição de forma, metodologia e prazos, a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico de terceiros na fase de prestação de contas, igualmente, são consideradas cláusulas essenciais.

A Lei trouxe a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos nela previstos, como cláusula essencial, justamente para deixar claro que os recursos que não tenham sido utilizados no objeto da parceria devem ser obrigatoriamente restituídos, bem como a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública, também deverá constar como cláusula necessária.

Pela Lei, a administração pública poderá assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de sua paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade. Essa prerrogativa deve constar como cláusula essencial.

Caso exista obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica, deverá constar como cláusula essencial no ajuste.

Deverá ser concedido livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto, sendo essa previsão, da mesma forma, considerada cláusula essencial.

Foi facultado, pela Lei, aos partícipes rescindir 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, sendo a referida faculdade considerada como cláusula essencial pela norma.

Como cláusula essencial relacionada à responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil, deve constar que cabe à mencionada entidade o gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal, e o pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

Por fim, a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa,

com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública e o plano de trabalho, o qual será considerado parte integrante e indissociável, deverá constar, necessariamente, como anexo dos instrumentos previstos na Lei.

#### **4.2. Providências para Celebração e Formalização do Termo de Colaboração e de Fomento pela Administração Pública**

A lei enumera o passo a passo dos procedimentos necessários à formalização e celebração do Termo de Colaboração e de Fomento, em seu art. 35, a seguir transcritos:

- I - realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei;
- II - indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria;
- III - demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;
- IV - aprovação do plano de trabalho, a ser apresentado nos termos desta Lei;
- V - emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:
  - a) do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada;
  - b) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;
  - c) da viabilidade de sua execução, inclusive no que se refere aos valores estimados, que deverão ser compatíveis com os preços praticados no mercado;
  - d) da verificação do cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, e se esse é adequado e permite a sua efetiva fiscalização;
  - e) da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos;
  - f) da descrição de elementos mínimos de convicção e de meios de prova que serão aceitos pela administração pública na prestação de contas;
  - g) da designação do gestor da parceria;
  - h) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria;

- i) da aprovação do regulamento de compras e contratações apresentado pela organização da sociedade civil, demonstrando a compatibilidade entre a alternativa escolhida e a natureza e o valor do objeto da parceria, a natureza e o valor dos serviços, e as compras passíveis de contratação, conforme aprovado no plano de trabalho;
- j) emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria, com observância das normas desta Lei e da legislação específica.

Um ponto causador de dúvidas era a exigência de contrapartida quando o instrumento de convênio era utilizado, a qual passa a não ser exigida de forma obrigatória para a celebração da parceria, podendo ser facultada a contrapartida em bens e serviços economicamente mensuráveis, cuja expressão monetária será obrigatoriamente identificada no termo de colaboração ou de fomento.

Outra exigência para o administrador recai na fundamentação das ressalvas porventura emitidas no parecer jurídico da celebração da parceria, regularizando-as ou indicando os motivos pelos quais deixará de cumpri-las.

Quanto aos bens adquiridos com recursos provenientes da parceria, deverão ser gravados com cláusula de inalienabilidade e reversão à Administração em caso de extinção da entidade.

A exigência de publicidade e de ampla divulgação permeia as principais etapas do procedimento e dos instrumentos formalizadores dos ajustes, inclusive dos extratos relativos aos termos de ajustes.

Para alcançar a fase da assinatura tanto do Termo de Colaboração, quanto do Termo de Fomento existe um percurso a ser seguido, como demonstrado linhas acima, no qual suas etapas devem ser observadas dentro de um procedimento administrativo específico aberto para essa finalidade.

No artigo 33 da Lei n. 13.019/2014, encontram-se os requisitos específicos para que as entidades privadas, sem fins lucrativos, celebrem as parcerias previstas na referida Lei, sendo eles:

- I – comprovar que suas normas de organização interna, dispõem sobre:
  - I - objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;
  - III - que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV - escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade;

V - possuir:

- a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;
- b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;
- c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

Além disso, o art. 34 exige que, para a celebração das parcerias previstas na Lei, as organizações da sociedade civil apresentem:

II - certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa, de acordo com a legislação aplicável de cada ente federado;

III - certidão de existência jurídica expedida pelo cartório de registro civil ou cópia do estatuto registrado e de eventuais alterações ou, tratando-se de sociedade cooperativa, certidão simplificada emitida por junta comercial;

V - cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual;

VI - relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB de cada um deles;

VII - comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado;

### **4.3 Do Chamamento Público e da necessidade de licitar para a formalização das parcerias**

A Lei do MROSC, em seu art. 2º, inciso XII, definiu “chamamento público” como o procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nos termos acima dispostos, verifica-se que o instituto do chamamento público é uma forma de seleção prévia da entidade, que irá firmar os instrumentos jurídicos

previstos legalmente. Pode-se dizer que o instituto equipara-se à chamada pré-qualificação,<sup>110</sup> mas não há ligação com o credenciamento, visto que, como explanado, no chamamento público não existe a obrigatoriedade de contratação de todas as entidades credenciadas.

Em sentido oposto para Gustavo Alexandre Magalhães<sup>111</sup>:

O instituto do ‘chamamento público’ previsto pelo art. 4º do Decreto nº 6.170/07 pode também ser interpretado como espécie de credenciamento, nos casos em que ficar comprovada a inviabilidade de competição. Seria possível, assim, valer-se do aludido processo público de divulgação aos interessados, nas hipóteses em que a Administração Pública tiver condições de absorver todas as entidades que tiverem interesse na contratação.

Pelo art. 23 da Lei do MROSC, verifica-se a preocupação da norma com o estabelecimento da transparência aos atos nela previstos, já que destaca que a Administração Pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista na Lei.

A intenção da norma com a realização do chamamento público é não apenas dar transparência ao processo de seleção da entidade que irá firmar a parceria com o Poder Público, mas também dar oportunidade de participação no procedimento de escolha da

---

<sup>110</sup> Na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

**Na Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC):**

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

<sup>111</sup> Op. Cit. Página 245.

entidade para todas aqueles que possuam os requisitos necessários para a realização do objeto da parceria de forma mais eficaz.

Pelo que dispõe o art. 24 da Lei do MROSC, verifica-se o conteúdo necessário para o edital de chamamento público:

- I - a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria
- III - o objeto da parceria;
- IV - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;
- V - as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;
- VI - o valor previsto para a realização do objeto;
- VIII - as condições para interposição de recurso administrativo;
- IX - a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria;
- X - de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.

Ainda no parágrafo 2º do artigo precitado, há disposição que diz ser 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:

- I - a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria;
- II - o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.

No artigo 26, encontra-se o comando normativo quanto à forma de divulgação do edital de chamamento público no sentido da necessidade de ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da Administração Pública na internet, com antecedência mínima de trinta dias.

Relativamente à forma de julgamento das propostas apresentadas pelas entidades, o art. 27 da Lei estabeleceu que o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento público constitui critério obrigatório de



juízo. A homologação do resultado do julgamento não gera direito para a organização da sociedade civil à celebração da parceria.

As hipóteses constantes do art. 29 ao 32 trazem as exceções ao chamamento público:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei. (grifo nosso)

Art. 30. A administração pública **poderá dispensar a realização do chamamento público:**

**I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;**

**II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;**

**III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;**

**VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. (grifo nosso)**

Nos termos do art. 31 da Lei do MROSC:

Art. 31. **Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica,** especialmente quando:

**I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;**

**II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3o do art. 12 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. (grifo nosso)**

A lei deixa claro, ainda, que a ausência de realização de chamamento público deve ser justificada pelo administrador público e, ainda, que – sob pena de nulidade do ato de

formalização de parceria prevista nesta Lei – o extrato da justificativa previsto no *caput* deverá ser publicado, na mesma data em que for efetivado, no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública.

Verifica-se, então, que o procedimento vem ao encontro da transparência e da impessoalidade, na medida em que os parâmetros de escolha das entidades civis deverão ser claros, objetivos e simplificados, com critérios e indicadores padronizados por meio de edital, com as especificações mínimas estabelecidas.

Assim como no pregão e na Lei de Licitações do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), o edital de chamamento público prevê a inversão de fases, julgando as propostas em primeiro lugar e, após, os documentos de habilitação dos concorrentes.

Reproduz, ainda, o procedimento da atual Lei de Licitações na situação de desqualificação ou inabilitação do primeiro proponente, convidando o segundo, nos termos ofertados pelo concorrente desqualificado.

As hipóteses de dispensa e de inexigibilidade do chamamento público são semelhantes às hipóteses previstas na Lei n. 8.666/1993, não inovando a Lei do MROSC neste particular. (arts. 30 e 31).

Por outro lado, Gustavo Alexandre Magalhães<sup>112</sup> considera que:

[...] Não se pode presumir de maneira absoluta que, em virtude de algumas entidades privadas atuarem sem finalidade lucrativa, estaria afastada de maneira automática a exigência constitucional de realização de licitação.

[...]

Ocorre que a majoração dos valores repassados pelo Estado às entidades do Terceiro Setor acarretou o proporcional aumento de interesse da iniciativa privada no que tange à constituição de novas associações e fundações. Deve-se observar, assim, que existem inúmeras entidades que são criadas com o único intuito de celebrar convênios com a Administração Pública, o que evidencia a necessidade de realização de licitação como requisito de validade da escolha da entidade beneficiada.

O argumento de que são criadas inúmeras entidades com o único intuito de celebrar convênios com a Administração Pública não resulta, necessariamente, na

---

<sup>112</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

obrigatoriedade de ser feita licitação. A necessidade de realização de licitação advém da existência de competição entre as potenciais entidades que possam vir a ser qualificadas.

Sobre o assunto, o voto do Ministro Ayres Brito na ADI n. 1923/DF teve como ponto de destaque exatamente o reconhecimento da constitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993. Ainda que as situações dispostas no art. 24 da Lei geral de licitações estejam relacionadas aos casos de licitação dispensável, poderia ser aplicado o mesmo raciocínio para os casos de inexigibilidade, tendo em vista que, nessa última situação, a licitação não tem como ser realizada, justamente por conta da inviabilidade de competição. Considerou o Ministro que é dispensável a realização de um procedimento licitatório para a celebração de contrato de gestão, pelo fato de, na verdade, esse tipo de contrato tratar-se de um convênio, no qual prevalecem interesses recíprocos.

O Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, afirmou que “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 [...] e educação [...], mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais”.

Além disso, destacou a não caracterização do contrato de gestão como “contrato” no sentido próprio do termo, pela inexistência de contraposição de interesses.

Também, no que se refere à constitucionalidade da ausência de licitação do procedimento de qualificação, afirmou o Ministro Fux tratar-se, materialmente, de atividade de credenciamento,<sup>113</sup> como já mencionado, a ser conduzida com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei n. 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o

---

<sup>113</sup> Gustavo Alexandre Magalhães destaca que:

Essa tese, contudo, não deve prosperar, tendo em vista que representa certa confusão entre o momento de qualificação da entidade e o momento de formação do vínculo com o Estado (contrato de gestão).

De fato, não há viabilidade de competição quanto à possibilidade de qualificação das ONGs como organizações sociais, visto que o deferimento do pedido de uma instituição não exclui a possibilidade de qualificar outras.

[...]

Deve ficar claro, assim, que o credenciamento pressupõe que todo e qualquer particular interessado que preencha os requisitos objetivos possa contratar com a Administração Pública. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 272.

fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.<sup>114</sup>

Em outro sentido, Gustavo Alexandre Magalhães:

[...] não merece prosperar o entendimento da doutrina dominante no sentido de não ser necessária a realização de licitação previamente à celebração de convênios por se tratar de acordo que não tem natureza contratual.

Deve-se compreender que o convênio é uma espécie de contrato administrativo, haja vista se tratar de acordo de vontades celebrado no intuito de criar, modificar ou extinguir direitos. Não se pode olvidar, portanto, que a única peculiaridade do convênio, com relação ao gênero contrato administrativo, diz respeito à impossibilidade de o particular objetivar o lucro.

Dessa forma, uma vez aceita a premissa de que o convênio tem natureza contratual, deve-se observar o comando constitucional previsto no art. 37, XXI, o qual determina a realização prévia de licitação para a contratação de particularidades pelo Poder Público, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação ordinária.<sup>115</sup>

Todavia, não cabe o argumento do autor, visto que nada mais coerente que, caso se apresente uma entidade privada sem fins lucrativos, com o objeto específico da política pública que se quer implementar dentre as suas atribuições, o governo decida ser desnecessária a realização de seleção pública para esse tipo de contratação, que, na verdade se assemelha mais a uma parceria do que qualquer outra coisa.

Ante o exposto, a manifestação lançada nos votos supramencionados na ADI n. 1923/DF, principalmente o do Ministro Luiz Fux, inaugurou duas interpretações possíveis relacionadas à referida Lei, quais sejam: a) a não necessidade de procedimento licitatório<sup>116</sup> para a qualificação de uma entidade privada, sem fins lucrativos, como Organização Social assemelha-se a uma forma de credenciamento; e b) a natureza de convênio a ser dada ao contrato de gestão.

---

<sup>114</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 244.

<sup>115</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

<sup>116</sup>Relacionado ao assunto: Acórdão n. 1.331/2008 – Plenário – TCU – discorrendo sobre a não necessidade de licitação.

Por fim, o trecho da ementa da ADI n. 1923/DF transcrito a seguir retrata bem a questão da não necessidade de licitar para a celebração das parcerias previstas na Lei do MROSC:

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

#### **4.4. Liberação dos Recursos e meios para transferência de recursos ao setor privado**

A liberação dos recursos para as parcerias é adstrita ao cronograma de desembolso, todavia a Lei prevê situações de maior exigência e controle dos recursos a serem liberados, inclusive quanto ao acompanhamento periódico a ser realizado pela entidade em decorrência do seu poder de polícia ou de atuação do controle interno e externo.

Os repasses parcelados ficam condicionados à prestação de contas da parcela anterior, além da regularidade com a execução do plano de trabalho.

A norma ainda privilegia a transferência dos recursos por meio eletrônico, com ressalvas para algumas situações previstas na Lei.

Ademais, a Lei do MROSC, em seu art. 48, como forma de controlar a liberação dos recursos, dispõe que as parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, à exceção dos casos listados a seguir, nos quais as parcelas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades:

I - quando houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida;

II - quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento;

III - quando a organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.  
(grifo nosso)

Como já mencionado, a Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, dispõe, em seus arts. 25 e 26, sobre duas formas de transferência de recursos do orçamento da União para os entes da Federação ou para o setor privado.

No artigo 25, considerou que, para os efeitos da Lei complementar precitada, haverá transferência voluntária quando houver a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal, ou dos destinados ao Sistema Único de Saúde.

Portanto, a primeira conclusão a que se chega é de que transferência voluntária para a Lei Complementar n. 101/2000 é apenas aquela destinada a outro ente da Federação.

Nesse diapasão, o art. 26 da Lei Complementar n. 101/2000, tratando especificamente sobre a destinação de recursos para o setor privado, esclarece que a “destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou défcits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais”.

Ademais, o parágrafo 1º do mesmo artigo , na busca de dimensionar o âmbito de aplicação da disposição constante do *caput*, informa que toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, deve obediência ao que determinou o *caput*, exceto, no exercício de suas atribuições precípuas, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

Logo, outra conclusão possível é que, para ser feita transferência de recursos ao setor privado, necessário seria ter lei específica autorizando esse repasse.

Ocorre que, com a publicação do Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007, foi aberta a possibilidade de transferência de recursos do orçamento da União para as entidades privadas sem fins lucrativos de forma também voluntária, sem que houvesse lei específica autorizando, e esse instrumento foi denominado similarmente de convênio.

Mesmo não sendo possível que as disposições constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal pudessem sofrer alteração por meio de Decreto, fato é que os convênios, desde a edição do Decreto supramencionado, eram realizados entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos para repasse de recursos públicos sem que houvesse lei específica autorizando a referida transferência.

Com a Lei do MROSC, restou claro que, a partir dela, os convênios só podem ser formalizados entre o Poder Público e os entes federados.

Outros dois instrumentos utilizados para o repasse de recursos públicos também foram tratados no Decreto n. 6.170/2007, são eles:

II - **contrato de repasse** - instrumento administrativo, de interesse recíproco, por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União.

III - **termo de execução descentralizada** - instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no programa de trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática. (grifo nosso)

Em linhas gerais, a diferença entre os instrumentos previstos no referido regulamento é que, no convênio, há transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, tendo, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Já no caso de contrato de repasse, a transferência de recursos é feita por intermédio de instituição ou agente público federal, que irá atuar como mandatário da União, nos termos do que for definido no mandato.

Ainda, no caso do termo de execução descentralizada, a transferência de recursos é ajustada entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Importante ressaltar que a nomenclatura utilizada antes para o Termo de Execução Descentralizada era “Termo de Cooperação”.

Desse modo, como não houve alteração normativa processada na Portaria n. 507, de 24 de novembro de 2011, no que se refere ao instrumento denominado Termo de Cooperação, considera-se revogado todo o tratamento ofertado pela referida norma, já que o Decreto n. 6.170/2007 não recepcionou o mencionado instrumento jurídico e, por meio do Decreto n. 8.180, de 30 de dezembro de 2013, alterou a nomenclatura atribuída ao antigo Termo de Cooperação.

Por meio da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, como já abordado alhures, foi concebido o contrato de gestão<sup>117</sup> como outra forma de transferência de recursos.

Com a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999,<sup>118</sup> foi criado outro instrumento para poder efetivar a transferência de recursos do Poder Público para as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, qual seja: o Termo de Parceria.

De fato, a autorização para criação de instrumentos diferentes dos convênios está expressa no artigo 116 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, nos seguintes termos:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Verifica-se que a utilização das expressões “no que couber” e “outros instrumentos congêneres” nos levam às seguintes conclusões possíveis: 1) podem existir outros instrumentos utilizados para repassar recursos ou não; 2) de acordo com o objeto que constar do instrumento hábil, devem-se verificar as disposições que serão aplicadas

---

<sup>117</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

<sup>118</sup> Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.



ou não; e 3) para saber quais informações obrigatoriamente devem constar do instrumento a ser firmado, é importante saber se vai existir transferência de recursos ou não.

Quanto à despesa,<sup>119</sup> interessante destacar algumas vedações previstas na norma: 1) a taxa de administração, comumente prevista para este título ou de forma disfarçada nos ajustes e rechaçada nas análises dos ajustes e prestações de contas, é literalmente vedada; 2) as despesas realizadas antes ou depois da vigência da parceria não são permitidas, ressalvadas as últimas se autorizadas expressamente no ajuste; e 3) os recursos originários da parceria não poderão financiar construções ou ampliações de instalações físicas, exceto os equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto do ajuste.

Entretanto, são permitidas despesas, caso aprovadas no plano de trabalho, com remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho, inclusive da própria entidade, proporcional ao objeto da parceria, desde que mantenha compatibilidade com os preços de mercado e não superior ao teto do Poder Executivo.

Até o limite de 15% do total da parceria, os custos indiretos poderão ser apropriados proporcionalmente e desde que demonstrada a sua necessidade ao cumprimento do objeto.

Importantes dados retirados do Sistema de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria (Siconv) do Governo Federal foram apresentados no estudo realizado pela equipe da Secretaria-Geral da Presidência da República, responsável pelos trabalhos desenvolvidos na construção da agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC):

[...] entre setembro de 2008 e dezembro de 2012, foram realizadas 8.538 parcerias com transferências de recursos públicos ao setor privado sem fins lucrativos por meio de convênios, demonstrando que esse foi o instrumento utilizado em 89,32% do universo no período, de 9.559 transferências. Os convênios representaram ainda 82,47% do valor global dos repasses.

Nessa seara, importante explicar também que, no Brasil, são 290.692 associações e fundações privadas sem fins lucrativos conforme estudo intitulado “FASFIL - Fundações e Associações sem Fins Lucrativos”. Em relação a entidades com Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), desde a edição da nova Lei da Filantropia

---

<sup>119</sup> Art. 45. As despesas relacionadas à execução da parceria serão executadas nos termos dos incisos XIX e XX do art. 42, sendo vedado:

I - utilizar recursos para finalidade alheia ao objeto da parceria;

II - pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias;

– Lei 12.101/09, o certificado passou a ser outorgado pelas áreas finalísticas: ministérios da Saúde, Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Em consulta realizada junto aos órgãos, foram identificados, respectivamente, 1.253, 1.143 e 2.764, totalizando 5.160 certificados concedidos. Comparando os dados das organizações existentes com os referentes às titulações, percebe-se que apenas 7% das organizações possuem algum desses títulos no âmbito federal.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> Disponível em: <<http://www.participa.br/articles/public/0008/5672/artigo-sgpr.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

## CONCLUSÃO

As demandas sociais crescentes e a insuficiência do Estado para supri-las têm resultado na necessidade de o Estado repensar as formas de prestação de serviços públicos e a efetivação das políticas públicas, o que tem feito surgir cada vez mais parcerias entre as entidades privadas, sem fins lucrativos, e o Poder Público, como forma de implementar as políticas públicas crescentes.

Tendo em vista o fato de que muitas vezes o setor privado se apresenta mais eficaz para a realização de determinado programa de governo, já que, com a alteração dos paradigmas de Estado, observou-se o incremento nas responsabilidades sociais por parte do Estado, essas parcerias são cada dia mais desejadas pelo Poder Público, tendo como resultado a divisão, com o referido setor, da efetivação das políticas públicas necessárias.

Nesse diapasão, o eixo principal se volta para a prestação de serviços públicos por intermédio de agentes não estatais que irão atuar segundo normas menos rígidas e sujeitas a um controle estatal quanto aos resultados, com o foco voltado para a gestão por resultados, logo para a eficiência. Por conseguinte, o esforço é para a gestão compartilhada de serviços públicos entre o Poder Público e a comunidade.

Nessa lógica, a chamada publicização de espaços públicos passa a estar associada ao modelo de Estado gerencial, no qual o Estado deixa de tratar questões como saúde, educação e assistência pública como questões de administração exclusivamente estatal.

Portanto, o Estado passa a transferir essas responsabilidades às organizações da sociedade civil e as controla por meio de instrumentos jurídicos voltados para esse fim. O controle passa a ser de resultados. Surge, a partir daí, a ideia de eficiência, que resultará na necessidade de maior autonomia dos entes administrativos, especialmente em relação à hierarquia e ao controle procedimental dos seus atos. Imbuída desse espírito é que a Lei n. 13.019/2014 foi publicada, para introduzir um novo regime jurídico de parcerias entre o Poder Público e as chamadas Organizações da Sociedade Civil – OSC.

A Lei n. 13.019/2014 procurou padronizar o regime jurídico das parcerias voluntárias, por meio dos repasses realizados sob a forma de auxílios, subvenções,

contribuições,<sup>121</sup> convênios ou termos de parcerias, excluindo os casos especificados no art. 3º da Lei n. 13.019/2014.<sup>122</sup>

A lógica estabelecida pela Lei foi no sentido de que a parceria entre os órgãos ou entidades da Administração Pública e as OSCs envolvesse cinco fases principais: Planejamento e Gestão Administrativa, Seleção e Celebração, Execução, Monitoramento e Avaliação e Prestação de Contas.

---

<sup>121</sup>**Contribuições:** são transferências correntes para as para entidades sem fins lucrativos, em razão das suas atividades de caráter social, para as quais não se exige a contraprestação direta em bens e serviços. O seu valor pode ser aplicado em despesas correntes e de capital de atividades-meio e fim. No que respeita à aplicação em despesas de capital, este tipo de transferência dependerá de lei especial anterior à lei orçamentária a fim de que se possa concretizá-la (ver art. 12, §§ 2º e 6º - Lei n. 4.320/64);

**Subvenções:** destinam-se a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado. São transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como (ver art. 12, § 2º - Lei. 4320/64):

**Subvenções sociais:** as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa. É fundamental que, nos limites das possibilidades financeiras, a concessão de subvenções sociais visem sempre à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada, aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados (ver art. 12, § 3º, I e art. 16, par. único – Lei 4.320/64);

**Subvenções econômicas:** transferências destinadas à cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento das entidades federativas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como a cobrir diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros e pagamentos de bonificações a produtores de determinados gêneros alimentícios ou materiais (ver art. 12, § 3º, II e art. 18, par. único, letras a e b – Lei 4.320/64);

**Auxílios:** são transferências autorizadas na lei de orçamento para investimentos e/ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado sem fins lucrativos devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços. (ver. Art. 12, § 6º - Lei 4.320/64). Retirado do sítio: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Prof.%20Heraldo%20da%20Costa%20Reis/contabilidade/subven%C3%A7oes.pdf>. Consulta feita em 04.05.2016.

<sup>122</sup> Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos 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;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009;

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

- a) membros de Poder ou do Ministério Público;
- b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;
- c) pessoas jurídicas de direito público interno;
- d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

Com isso, resultou com a publicação da Lei do MROSC a exclusão definitiva da figura do convênio para estabelecer relações jurídicas entre o Estado e entidades privadas, reservando-o somente ao Primeiro Setor, ou seja, as relações entre entes governamentais.

Os destaques ou avanços, só o tempo dirá, a criação ou o aperfeiçoamento de instrumentos como chamamento público, transparência, controle e participação social serão importantes. A publicação da regulamentação da Lei pelo Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016, é o início do progresso necessário para que a Lei cumpra seu papel.

Deve-se hoje mais do que nunca, deve-se repensar o direito de modo que ele possa se adequar às necessidades sociais e econômicas.

Levando em consideração que o setor público tem se mostrado sobrecarregado desde o surgimento dos Estados liberal e social, o atual Estado democrático busca amenizar os efeitos ocasionados pelos mencionados paradigmas , utilizando-se das parcerias entre o setor público e o privado como uma forma de efetivação de políticas públicas, e as entidades privadas sem fins lucrativos também foram inseridas nesse modelo, passando a serem vistas como solução para implementação de políticas públicas em parceria com o Estado.

Importante notar que, para trazer legitimidade às parcerias firmadas pelo Estado com a iniciativa privada, torna-se importante a transparência na escolha da entidade, o que não resulta, necessariamente, na realização de procedimento licitatório , e a Lei n. 13.019/2014 buscou exatamente isso quando instituiu o chamamento público.

**REFERÊNCIAS**

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. São Paulo: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERZOINI, Ricardo. *A conquista do novo marco regulatório das organizações da sociedade civil*. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/columnistas/ricardoberzoini/214515/A-conquista-do-novo-Marco-Regulat%C3%B3rio-das-Organiza%C3%A7%C3%B5es-da-Sociedade-Civil.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2011. *Comunicado Ipea: transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos (1999-2010)*. <http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>. Acesso em: 5 jul. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Mauri J. V. *Reflexões sobre o marco regulatório de acesso a recursos públicos pelas organizações da sociedade civil brasileira*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/113019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/113019.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

DUVERGER, Maurice. *Sociologia da Política*. Tradução de Antônio Gonçalves. Coimbra: Almedina, 1983.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FERNANDES, Rubem César. O que é o Terceiro Setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). *Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Instituições, Fundações e Empresas (GIFE), 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FURTADO, Lucas. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAEF, Aldino. *Objetivos e características fundamentais do modelo das organizações sociais*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – Parcerias Estratégicas. Volume 20. Número 41. Dezembro de 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon. Terceiro Setor, políticas públicas e tributação. *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p., jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39450>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

LIMA NETO, Fernando. *Relação com o estado na visão das ONGs: uma sociologia das percepções*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2013. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo; ARAUJO JÚNIOR, Evânio Antônio de; SOUZA, Aline Gonçalves de; SANT'ANA, Diogo de. *As parcerias entre o estado e as organizações da sociedade civil no Brasil: a formação de uma agenda de mudança institucional e regulatória*. (2013). Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Silas Cardoso; SANT'ANA, Diogo de; HERNANDEZ, Maria Victória; ARAUJO JÚNIOR, Evânio Antônio de; SOUZA, Aline Gonçalves de; MACEDO, Ana Túlia de. *Fomento e colaboração: uma nova proposta de parceria entre Estado e organizações da sociedade civil*. Secretaria-Geral da Presidência da República, 2013. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

LOPEZ, Felix; LOPES, Laís de Figueirêdo; SOUTO, Baiena; SANT'ANA, Diogo de. *A interação entre OSCs e governo federal: colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2014. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

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

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial eletrônico*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

\_\_\_\_\_, Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 953, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31112>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Contrato de gestão e modernização da Administração Pública Brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 195232, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31119>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo*. vol. II. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias; (Coord.); CANEN, Dóris. (Coord. Adjunto). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996. Disponível em : <<http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIBEIRO, Vera Masagão. *A luta por um marco regulatório para as organizações da sociedade civil*. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do Terceiro Setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º setor: desenvolvimento social sustentado*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. Coleção Temas de Direito Administrativo. vol 7. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.



ROSSI, Lucilene. *Parcerias entre o Poder Público e a esfera privada como instrumentos de descentralização da ação estatal: diferentes perspectivas*. Artigo apresentado para o mestrado em Educação pelo Departamento de Educação do Instituto de Biociências da UNESP - Rio Claro.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. *Uma análise crítica dos modelos de parceria entre o Poder Público e entidades do Terceiro Setor*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), 2013. Disponível em: < <http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do estado*. 1999. Disponível em:< <http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>. Acesso em: 15 maio 2016.

SOUZA, Aline G. de; WAKS, Bianca dos Santos. Novo marco regulatório para ONGs. *Jornal Valor Econômico*, 2016. Disponível em: <http://www.participa.br/osc/paginas/artigos>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

VERONESE, Alexandre. *As unidades de pesquisa do MCT e a reforma do estado: organizações sociais – 1995-2002*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *Reforma do estado e organizações sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.