UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CAROLINE STAHL DE SOUZA LORENTE

Chamamento público para parcerias com organizações da sociedade civil

Ribeirão Preto
2017

CAROLINE STAHL DE SOUZA LORENTE

Chamamento público para parcerias com organizações da sociedade civil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão Original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira

Ribeirão Preto

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pela autora

Lorente, Caroline Stahl de Souza
L868c Chamamento Público para parcerias com organizações da sociedade civil / Caroline Stahl de Souza Lorente; orientador Raul Miguel Freitas de Oliveira. -- Ribeirão Preto, 2017.
179 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo,
2017.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2. TERCEIRO SETOR. 3. PROCESSO ADMINISTRATIVO. 4. CHAMAMENTO PÚBLICO. 5. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. I. Oliveira, Raul Miguel Freitas de, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: LORENTE, Caroline Stahl de Souza
Título: Chamamento público para parcerias com organizações da sociedade civil

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Lourival e Marilda, pela minha vida, pelo amor incondicional e por todos os ensinamentos, sem vocês ao meu lado definitivamente nada seria possível.

Ao meu esposo, Rodrigo, pelo apoio, amor e compreensão ao longo da elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Raul Miguel Freitas de Oliveira, pela oportunidade em desenvolver o presente trabalho com o acolhimento no programa de pós-graduação da USP e pela orientação segura e paciente.

Agradeço ainda aos Professores Doutores Gustavo Assed Ferreira e Thiago Marrara de Matos pelas importantes contribuições por ocasião do exame de qualificação neste mestrado.

Também agradeço à equipe de funcionários do Serviço de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, especialmente à Sra. Vania Cristina Vasconcellos Prudêncio, exemplar servidora pública, sempre pronta a ajudar.

Reconheço ainda o companheirismo dos meus colegas da Procuradoria do Município de Campinas, em especial dos Diretores do Departamento de Assessoria Jurídica ao longo desta jornada, Doutor Rodrigo Guersoni e Doutora Elizandra Maria Maluf Cabral, cuja compreensão foi elementar para a conclusão deste trabalho.

À minha família e amigos, pela paciência e pelo incentivo.

Ao meu amado esposo Rodrigo, por tudo que já construímos e o que ainda construiremos juntos.

RESUMO

Lorente, Caroline Stahl de Souza. **Chamamento Público para parcerias com organizações da sociedade civil.** 2017. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

O foco na relação entre Estado e sociedade tem influenciado a ação e a organização da Administração Pública. Verifica-se a criação de novas formas de atuação, inspiradas no postulado da democracia participativa, alterando profundamente a relação da Administração com seus agentes e com sua estrutura hierárquica, mas principalmente com seus administrados. Rompe-se o autoritarismo estatal, legitimando a participação da sociedade civil como instrumento de cidadania e, por conseguinte, da democracia. O Estado substitui a verticalidade pela horizontalidade em suas relações, não mais atuando em contraposição, mas em colaboração com a sociedade. Referido movimento decorre principalmente da consagração do *princípio da subsidiariedade*, da tendência do *consensualismo* e, por fim, da busca pelo *agir estatal em função dos resultados*. Com este plano de fundo, a presente dissertação vislumbra que uma das consequências da democracia participativa é o incremento do fomento estatal – de incentivo – às atividades privadas, em especial do terceiro setor. Em seguida, pontua a percepção de que a disponibilidade de recursos é escassa e de que não é possível ao Estado transferi-los a todos, alimentando a necessidade de construção de um procedimento administrativo prévio de escolha, cujas fases devem estar pautadas nos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade. Após breve histórico a respeito do fomento no Brasil, conclui pela necessidade de implantação de uma referência organizacional, não só pelo fato de à Administração Pública recair a responsabilidade de dispensar medidas legais de parcerias com a sociedade civil, como também porque a formação da relação jurídica de fomento demanda a construção de procedimentos de controle dessa atuação estatal. Ao constatar que a construção de um ambiente favorecedor da criação e do funcionamento de organizações da sociedade civil deve ser um desafio prioritário na agenda nacional, perpassando, necessariamente, pela criação de um ambiente regulatório favorável, que estimule práticas de governança e gestão, abrindo caminho para uma administração mais profissional dessas organizações e criando mecanismos de controle e transparência adequados, conclui que a implantação do novel processo de seleção denominado *chamamento público*, contido na Lei Federal n. 13.019/2014, após o estudo de todas as etapas que nele estão envolvidas, representa grande valia ao melhoramento da organização administrativa do Estado, consagrando maior participação e eficiências nas ações do Estado e, por conseguinte, ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Administração pública. Terceiro setor. Marco regulatório das organizações da sociedade civil. Processo administrativo. Chamamento público.

ABSTRACT

Lorente, Caroline Stahl de Souza. **Public call for partnerships with civil society organizations**. 2017. Dissertação de Mestrado -Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

The focus on the relationship between State and society has influenced the action and organization of Public Administration. The creation of new forms of action, inspired by the postulate of participatory democracy, has profoundly altered the relationship of the Public Administration with its agents and with its hierarchical structure, but mainly with its administered ones. State authoritarianism is broken, legitimizing the participation of civil society as an instrument of citizenship and, consequently, of Democracy. The State replaces verticality by horizontality structures in their relations, no longer counteracting the performance of society, but acting as a collaborator. This movement is mainly due to the *principle of subsidiarity*, from the tendency of *consensualism* and, finally, from the *state actions in the quest for results*. With this background, this dissertation envisions that one of the consequences of participatory democracy is the increase of public support to private activities, especially of third sector. It then notes the perception of limited availability of public resources and that it is not possible for the State to equally distribute these resources to all interested parties, fueling the need to build a prior administrative procedure of selection, guided by the principles of transparency, isonomy, efficiency and morality. After a brief account of fomenting in Brazil, the conclusion is that there is a need to implement an organizational reference, not only because the Public Administration has the responsibility of dispensing legal measures of partnerships with civil society, but also because the formation of the legal relationship requires the development of procedures to control this state actions. Noticing that the creation of an enabling environment must be a priority in a national agenda for the start-up and operation of civil society organizations, necessarily through the origination of a favorable regulatory environment that stimulates governance and management practices, opening the way for a more professional administration of these organizations and creating mechanisms of adequate control and transparency, concludes that the implementation of the novel selection process called *public call*, created by Federal Law 13.019/2014, after studying all the stages involved in it, represents a great value to the improvement of the administrative organization of the State, consecrating greater participation and efficiencies in the actions of the State and, consequently, the development of the Democratic State of Law.

Keywords: Public Administration. Third Sector. Selection process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

CMO – Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização

LOA – Lei Orçamentária Anual

MROSCO – Marco Regulátório das Organizações da Sociedade Civil

OS – Organização Social

OSC – Organização da Sociedade Civil

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA COMTEMPORANEA: DA CONSTRUÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA 15

1.1 As transformações do Estado e a organização administrativa contemporânea 16

1.2 A subsidiariedade, consensualidade e o agir estatal em função dos resultados na organização administrativa do Estado do século XXI 26

1.3 Do princípio da subsidiariedade 27

1.4 Da Administração Pública Consensual 29

1.5 Agir estatal em função de resultados 33

1.6 A democracia como fundamento da Administração Pública 38

2 ESTADO E TERCEIRO SETOR 43

2.1 Terceiro Setor 43

2.2 A atividade estatal de fomento 49

2.3 Da contratualização do fomento 53

2.4 Da construção de um modelo regulatório 56

2.4.1 Breve exposição acerca das principais medidas legais de parceria entre Estado e Terceiro Setor no Brasil 58

2.4.2 Da necessidade de um processo de seleção nos moldes do Estado Democrático de Direito 74

3 DA FASE INTERNA DO CHAMAMENTO PÚBLICO 77

3.1 Avaliação prévia 79

3.2 Do planejamento do chamamento público 80

3.2.1 Instauração do Processo Administrativo 81

3.2.2 Comissão de Seleção 82

3.2.3 Elaboração do Plano de Trabalho 86

3.2.4 Valor de referência 93

3.2.5 Programação Orçamentária 96

3.2.6 Ato Convocatório 99

3.2.7 Parecer Jurídico 104

3.2.8 Do Procedimento de Manifestação de Interesse Social 106

4 DA FASE EXTERNA DO CHAMAMENTO PÚBLICO 111

4.1 Divulgação do Ato Convocatório 112

4.2 Julgamento das Propostas 112
4.3 Habilitação 120
4.4 Parecer Técnico 132
4.5 Homologação 138
5 DA DISPENSA E DA INEXIGIBILIDADE DO CHAMAMENTO PÚBLICO 141
5.1 Acordo de Cooperação 142
5.2 Termos de colaboração ou fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais 143
5.3 Das hipóteses de dispensa de chamamento público 148
5.4 Das hipóteses de inexigibilidade de chamamento público 155
5.5 Do procedimento 160
CONCLUSÃO 163
REFERÊNCIAS 169

INTRODUÇÃO

Não há como ignorar as profundas discussões voltadas a mudanças na organização administrativa brasileira. Em virtude de diversos fatores, tais como crise fiscal e o aumento das demandas da sociedade, questões relacionadas ao papel do Estado e sua relação com sociedade vêm à tona.

Certamente há um processo de transformação em curso, no entanto não se pode apontar, pelo menos ainda não, um modelo específico de organização administrativa do Estado unificador de todas às respostas que se têm construído a esses questionamentos. É possível vislumbrar, porém, tendências que se amotinam em produções científicas do país.

Parte-se do pressuposto de que a *subsidiariedade*, a *consensualidade* e o *agir estatal em função de resultados* são as principais tendências na organização administrativa do Estado do presente século. Daí se verifica, em suma, que a atuação da Administração Pública, do século XIX para o século XXI, evoluiu de um modelo centrado na imperatividade dos atos unilaterais para um modelo que, sem desconsiderar a noção de autoridade, tem por referência o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização e a cooperação. Dessa forma, emergem novas formas de atuação, inspiradas no postulado da democracia participativa, que alteram a relação da Administração com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica e, sobretudo, com seus administrados, clamando cada vez mais por participação nas ações do Estado.

Com cada vez maior intensidade aparecem ideias inerentes à participação popular na atividade administrativa: institutos que vão desde as diversas formas ampliadas de manifestação do direito de petição do administrado, passando pela criação de conselhos consultivos ou deliberativos, as audiências e consultas públicas, até a delegação de competências tipicamente públicas para organizações da sociedade civil, que atuarão em colaboração com o Estado.

Fala-se até mesmo em participação como um novo princípio estrutural da Administração Pública hodierna[1], garantindo aos cidadãos processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública, como também a posição de colaborador do Poder Público, a fim de aumentar o grau de eficiência nas ações do Estado. A

[1] PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 163.

amplitude desse fenômeno dá causa ao surgimento de vários novos instrumentos que não apenas o clássico contrato administrativo, privilegiando justamente um regime de parceria entre Estado e sociedade civil.

Nesse quadro, aponta-se o surgimento e o fortalecimento de institutos de parcerias, pelos quais a sociedade civil e o Estado desempenham, em conjunto, atividades ou projetos de interesse público. Esse vínculo entre Administração e administrados se enquadra na *atividade administrativa de fomento* das ações da iniciativa privada. Trata-se de uma forma de o Poder Público estimular ações privadas realizadas no campo das atividades não exclusivas do Estado**.**

Com essa intensificação das relações entre Estado e sociedade civil, nota-se que, a cada dia, cada vez mais recursos são repassados às entidades sem finalidade lucrativa que desempenhem atividades coincidentes ao conteúdo programático de implantação de políticas públicas. O que se infere, pois, é a existência de parcela significativa dessas organizações recebendo algum tipo de recurso do Estado, seja sob a forma de transferências – subvenções sociais, auxílios ou contribuições –, seja sob outras formas, como parcerias ou mesmo isenções tributárias.

O contraponto a esse fenômeno é constatar que muitas dessas organizações são dependentes dos recursos públicos transferidos pelo Estado, o que demanda atenção à relação jurídica que se instaura entre as partes, como também, não se pode ignorar, o surgimento de notícias envolvendo irregularidades e corrupção nessas transferências, o que leva ao questionamento sobre como controlar esses repasses.

Constata-se, basicamente, que problemas podem surgir quando inexistem critérios isonômicos e impessoais de escolha das organizações receptoras dos recursos, como também quando ausente clareza quanto às ações a serem executadas. A visão de que transferências de recursos públicos se constituem como mera ajuda de custo, sem metas e objetivos como forma de estímulo ao desempenho, é porta para irregularidades.

Parte-se da hipótese de que há demanda pela implantação de uma referência organizacional não só pelo fato de à Administração Pública recair a responsabilidade de dispensar medidas *legais* de parcerias – compatíveis e previstas no ordenamento jurídico vigente –, como também porque a formação dessa relação jurídica demanda a construção de procedimentos de *controle* dessa atuação estatal.

Nessa discussão, apura-se que um dos aspectos mais debatidos no que tange ao controle dos mecanismos de fomento do terceiro setor é justamente o processo pelo qual o Poder Público escolhe a entidade beneficiada. A percepção de que a disponibilidade de

recursos é escassa e de que não é possível ao Estado transferi-los a todas as entidades interessadas alimenta a necessidade de construção de um procedimento administrativo prévio de escolha, cujas fases devem estar pautadas nos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência, da moralidade.

Outrossim, verifica-se que o procedimento prévio de seleção também pode representar o fortalecer do agir estatal em razão dos resultados, principalmente se consagrar o planejamento prévio como condicionante à formalização das parcerias. O ato de planejar está atrelado à própria ideia de administrar, não cabendo, portanto, qualquer tipo de improvisação na atividade administrativa: se o gestor de negócios privados lida diariamente com metas e resultados, quando mais o administrador público, que lida com interesses da coletividade, deve atuar com diligência, fixando procedimentos, padrões e metas, descrevendo o caminho a percorrer para dado objetivo, com indicadores que permitam aferir quanto se alcançou ou se foi alcançado. Dessa forma, caso o processo de seleção exija de ambos parceiros o descrever do caminhar, com parâmetros de controle detalhados conforme o desenho institucional da política pública, o princípio da eficiência estará garantido.

Nesse contexto, promulgou-se, no Brasil, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Lei Federal n. 13.019/2014), como uma nova etapa no fortalecimento da sociedade civil e no estreitamento de sua relação com o Estado.

O diploma inaugura novos instrumentos de parceria entre o Poder Público e organizações da sociedade civil: o *termo de colaboração*, o *termo de fomento* e o *acordo de cooperação*.

Pode-se lista como principais méritos da legislação a maior ênfase no planejamento, a elevação dos níveis de transparência e participação, a ampliação do acesso, maior autonomia das organizações da sociedade civil, a possibilidade de execução em rede do projeto, a autorização para o custeio de despesas institucionais e a simplificação e melhoria dos instrumentos de controle.

Contudo, a grande novidade encampada pela legislação, de suma importância ao desenvolvimento do presente trabalho, é a instituição de um procedimento administrativo prévio à formalização das parcerias, o qual se denominou de *chamamento público*.

Busca-se assim implantar maior segurança jurídica para as organizações da sociedade civil: além de contarem com uma única norma estruturante, aplicável às suas relações de parceria com os diversos órgãos e entidades da administração pública federal, distrital, estadual e municipal, referido diploma também visa garantir a democratização na busca por

recursos e a oportunidade a todas às organizações de apresentarem seus projetos ao Poder Público.

Nessa toada, a presente dissertação objetiva diagnosticar esse procedimento prévio de seleção, para a formalização de parcerias denominado *chamamento público.*

Ressalte-se que a proposta desta pesquisa não é o completo diagnóstico do tema, mas sim, dentre um rol amplo de dispositivos do direito vigente, identificar as principais mudanças, pontuar eventuais problemas e propor o aperfeiçoamento com vistas ao que se identificar.

Dessa feita, o que se pretende é proceder uma análise do texto legislativo e da produção jurídica acerca do tema, discorrendo sobre os problemas por ela elencados. Com esse objetivo, a referências aos artigos e livros sobre o assunto tem o condão de estruturar a dissertação e seu tema central de incremento da gestão pública democrática nas parcerias.

O trabalho está dividido em cinco partes, cada qual dedicada a construir a resposta ao objetivo proposto. Num primeiro momento, procura-se identificar as principais tendências na organização administrativa do Estado do presente século que levam à construção de instrumentos de participação na Administração Pública. Tudo isso se faz no primeiro capítulo.

O capítulo dois estrutura a noção de terceiro setor, apontando as linhas gerais de tratamento jurídico do país. No mesmo capítulo é explorada a noção da atividade de fomento do Estado, delimitando a necessidade de maior controle das transferências de recursos públicos ao terceiro setor, que levou à implantação de um modelo regulatório no país, pelo qual foi estabelecido um procedimento prévio de seleção de organizações da sociedade civil.

No terceiro e quarto capítulos é feito um diagnóstico do procedimento de seleção denominado *chamamento público*. Optou-se por separar, em dois capítulos diversos e subsequentes, as etapas interna e externa que compõem esse procedimento, a fim de melhor sistematizar o estudo.

Já o quinto capítulo tratará das hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade do chamamento público.

Ao final, apresentam-se a conclusão, que sintetiza as principais constatações feitas e proposições defendidas ao longo desta dissertação.

1 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA COMTEMPORANEA: DA CONSTRUÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

O momento é de transfiguração da Administração Pública[2]. Concepções até então consagradas do Direito Administrativo estão sendo reavaliadas e configurações jurídico-institucionais emergem a partir de novos paradigmas e metodologias, conduzindo a princípios e institutos novos ou *aparentemente* novos, já que, por vezes, surgem para designar antigas fórmulas que retomam força.

A verdade é que, atualmente, discorre-se intensamente em mudança, sendo fundamental o estudo do contexto em que se desenvolve essa compreensão e interpretação dos novos rumos propostas à estrutura normativa, à sociedade e ao próprio Estado.

Não há como negar que os institutos jurídicos estão intimamente vinculados às relações existentes entre Estado e sociedade no momento histórico em que se desenvolvem, revelando-se essencial o conhecimento do ponto de vista que guia a vida social e política de cada época para bem compreender seus conceitos jurídicos e suas legislações.

Como não poderia deixar de ser, a percepção de Administração Pública acaba também por refletir o desenrolar histórico da sociedade, com suas ideias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo predominantes em dado momento.

Assim, uma reforma na Administração Pública acontece quando a organização pública progressivamente muda suas práticas de gestão, de relacionamento e, principalmente, de retórica. Essas mudanças ocorrem em diferentes conjunturas espaciais e temporais, sob a guarida de determinados valores e objetivos.

Bem por isso, não se pode negar que qualquer discurso de mudança está permeado por uma conjuntura de ideias políticas, econômicas e sociais de um indivíduo ou mesmo de um determinado grupo de pessoas, tendo, portanto, forte cunho ideológico. Nesse toada, inclusive, cumpre transcrever conclusão de Di Pietro:

> (...) tem-se a impressão de mudança, fala-se em reforma do Estado, em reforma da Constituição, em reforma da Administração Pública.
> O que muda na realidade?
> Parece que o que muda principalmente é a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos

[2]. Conforme explica Di Pietro (2007, p.45) a expressão Administração Pública é empregada em dois sentidos: a) sentido subjetivo, formal ou orgânico: para designar as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos que exercem atividades administrativas; e b) sentido objetivo, material ou funcional: para indicar a própria função ou atividade administrativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45).

> de deliberação e consulta e pela colaboração entre o público e privado na realização de atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada[3]

A partir dessas premissas, o presente capítulo buscará compreender a evolução dos sentidos atribuídos à Administração Pública a partir da concepção do papel do Estado, para então discutir qual conjuntura de ideias sustenta a organização administrativa moderna.

1.1 As transformações do Estado e a organização administrativa contemporânea

Nas últimas décadas, a Administração Pública recebeu, ao redor do mundo, uma nova feição. Prova disso é que o significado da locução - *Administração Pública* - foi sendo alterado no decurso do século XX, principalmente quando analisadas sob o enfoque das atribuições que integram a chamada *função administrativa do Estado*.

As reações ao modelo do Estado Liberal, marcado pela consagração à liberdade e pela ausência de interferência na ordem social, resultaram no advento do chamado Estado de Bem-Estar, *Welfare State*, ou ainda, Estado Providência, que se consolida principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Por ele, não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, como afirmado no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, anunciava que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos", mas se atribui ao Estado a missão de buscá-la[4].

Assim, o Estado de Bem-Estar advém, basicamente, das forças econômicas que nortearam a reforma do capitalismo na primeira metade do século XX decorrente da crise econômica da época, período em que se consolida, na grande maioria dos países, a prática do intervencionismo estatal. Dessa forma, o Estado passa a intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos.

Nesse período, explica Di Pietro, "uma das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a preocupação com o bem comum, com o interesse público, em substituição ao individualismo imperante"[5].

Inegável que, a partir de então, a Administração Pública torna-se fundamental para a vida da coletividade, refletindo de um Estado mais atuante, ao menos em tese, que não se

---

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 02.
[4] Ibidem, p.09.
[5] Ibidem. p. 09.

limita à manutenção a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo, operando ampla intervenção no domínio econômico, não se limitando apenas a estimular e fiscalizar as ações da iniciativa privada, mas exercendo, diretamente, atividades econômicas.

Nesse ponto, comenta Hobsbawm:

> Os governos capitalistas estavam convencidos de que só o intervencionismo econômico podia impedir um retorno às catástrofes econômicas do entre guerras e evitar os perigos políticos de pessoas radicalizadas a ponto de preferirem o comunismo, como antes tinham preferido Hitler[6].

A ampliação e a concentração de atividades administrativas nas mãos do Estado, porém, acabaram por acarretar a hipertrofia do aparato estatal. O acréscimo de funções transformou o Estado em prestador de serviços, em empresário e em investidor.

Segundo Marcos Augusto Perez, o Estado de Bem-Estar atingiu seus objetivos (ou, ao menos, boa parte deles) nos chamados países do primeiro mundo, nas regiões mais industrializadas do planeta, mas reconhece que, ao redor do globo, também "resultou no que hoje muitas vezes costuma-se chamar de 'sobrecarga' da Administração Pública" Complementa que a Administração Pública assumiu, dessa forma, uma série de tarefas aparentemente contraditórias com o sistema econômico de acumulação do capital, mas, na verdade, absolutamente compatíveis com os objetivos deste, pois tanto visavam à constrição da espoliação das classes menos favorecidas, como visavam também, "salvaguardar os interesses gerais (e não singulares) do capital coletivamente considerado"[7].

Tamanho foi o crescimento da máquina administrativa que Maria Silvia Zanella Di Pietro aponta o fenômeno que denominou de "burocratização do mundo", como explica:

> (...) a forma de organização burocrática, concebida como a mais adequada para assegurar a especialização (por meio da organização de carreira), a hierarquização (que permite a atuação homogênea), a subordinação à lei e, como consequência, a impessoalidade, acabaram por produzir um desequilíbrio entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Executivo[8].

Não se pode perder de vista que, no primeiro momento do Estado Providência, o agir da Administração Pública estava fundamentado no chamado modelo burocrático ou modelo

---

[6] HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. 10.ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2008. p. 141-142.
[7] PEREZ, Marcos Augusto**. A administração pública democrática**. Belo Horizonte. Fórum, 2004, p. 41-42.
[8] Op. Cit. p. 12.

weberiano. Baseado na impessoalidade, no profissionalismo e na racionalidade, esse modelo fundamenta-se, em grande parte, nas formulações teóricas de Max Weber, tendo como referência o livro intitulado *Economia e Sociedade*, publicado em 1922.

Com efeito, partindo de uma visão que denominou de *sociológica*, Weber constatou que o capitalismo moderno necessitaria de uma Administração Pública organizada racionalmente, com um funcionalismo especializado e pautada em princípios e normas fixos, os quais constituiriam, segundo ele, um "direito previsível como o funcionamento de uma máquina" [9].

Por representar uma reação aos abusos do modelo patrimonialista, tem por premissa a desconfiança prévia dos administradores públicos, propondo um controle administrativo *a priori*, com rígidos processos para admissão de pessoal, para comprar e atender demandas em geral[10]. São princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo.

A noção de profissionalização é delineada por atribuir grande mérito ao funcionário, o qual ingressa no funcionalismo por meio de competição justa e sua ascensão profissional ocorre por critérios de experiência (antiguidade) e desempenho. Acolhe, ainda, a ideia *taylorista* de separações de funções e da divisão racional de tarefas[11]. Quanto à impessoalidade, a ideia central é a de que os cargos pertencem à organização e não à pessoa, evitando-se, assim, a apropriação individual do poder. Já o formalismo diz respeito à hierarquia administrativa e à formalização de processos decisórios, além de garantir a padronização e a continuidade do trabalho.[12]

Para Irene Patrícia Nohara, a propagação da racionalidade da burocracia gerou um movimento de submissão da Administração à legalidade, contribuindo para que a discricionariedade do administrador público se convertesse em um conceito jurídico, segundo o qual o gestor é "aplicador da lei", não podendo exceder seu campo de atuação além do que

---

[9] WEBER, Max**. Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Editora UNB: São Paulo, 2004. p. 520.

[10] BRASIL. Ministério de Administração e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado**. Brasília: Mare, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016. p. 15.

[11] *Taylorismo* é um sistema de organização do trabalho concebido pelo engenheiro norte-americano Frederick Winslow Taylor, com o qual se pretende alcançar o máximo de produção e rendimento com o mínimo de tempo e de esforço (NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 24).

[12] SALIONE, Beatriz Camasmie Curiati. **administração pública por resultados e os contratos de gestão com as organizações sociais:** o uso do balance scorecard como ferramenta de avaliação de desempenho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

dispõe os dispositivos legais[13].

Marcos Augusto Perez aponta que burocracia, eficiência e legitimidade é o trinômio que representa os pilares de sustentação da Administração Pública, sob a égide do "modelo weberiano". Indica que a burocracia, em tese, garantiria a autonomia da Administração em relação à sociedade, distanciando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão técnica e profissional dos serviços públicos. Assim, a atuação racional, previsível e segura da burocracia, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por um sistema de controles internos e externos, importaria necessariamente na eficiência das atividades desempenhadas pela Administração e, supostamente, em sua legitimidade, na medida em que a eficiência da atuação administrativa conduziria à adesão também racional dos administrados aos comandos e programas, frutos dessa atuação[14].

Todavia, o autor observa que, na prática, o modelo weberiano não se revelou perfeitamente apto a tornar a Administração Pública do Estado de Bem-Estar mais racional, mais eficiente ou mais legítima – não por falta de coerência teórica de seu autor –, mas porque foi um modelo pensado antes da crise capitalista de 1929, antes da Segunda Grande Guerra Mundial, antes, enfim, do acima descrito agigantamento da Administração Pública. Conclui, portanto, que são as profundas mudanças no papel da Administração Pública no decurso do século XX que motivam as deficiências do modelo weberiano[15].

Nessa mesma toada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que a forma burocrática de organização, aplicada indistintamente a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a ineficiência na prestação de serviços, ineficiência essa que foi agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira enfrentada em especial pelos países da América Latina[16].

Em verdade, a extrema racionalidade e o excesso de regulamentos surtem efeitos negativos, como a lentidão dos processos, o excesso de formalismo e a consequente redução da eficiência da Administração.

Não só: com a superação do liberalismo e a instauração do Estado Social, o indivíduo, que antes não queria a ação do Estado, passa a exigi-la. Dessa forma, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as relações entre Administração e administrados multiplicam-se e tornam-se muito mais complexas, exigindo a sociedade subvenções, financiamentos, escolas, saúde,

---

[13] Ob. Cit**.** p. 29-31.
[14] Op. Cit. p. 46.
[15] Ibidem. p. 47.
[16] Op. Cit. p. 13.

moradia, transporte e os mais variados interesses difusos e coletivos[17].

Não resta dúvida, portanto, de que há um descompasso entre o modelo burocrático de organização da Administração, construído mais ao atendimento das necessidades do Estado Liberal que aos anseios do Estado Providência.

Certamente, essa inadequação potencializou o surgimento de teorias que apregoam a "crise" do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo. Jean Rivero, por exemplo, aponta a crise do Direito administrativo, dizendo que muitas noções elaboradas no quadro do Estado liberal já não dão conta das formas tomadas pela atividade administrativa; segundo afirma, as novas tarefas que assume – planificação econômica, gestão de um setor industrial extenso, organização do território, urbanismo, animação cultural, proteção social, luta contra a poluição, procura de uma melhor 'qualidade de vida' – não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais[18].

Avivam-se, assim, debates a respeito de qual seria então o papel do Estado na sociedade contemporânea. Questiona-se o Direito Administrativo, pois se desvendam certas contradições entre seus dogmas básicos e a eficácia da atuação do Poder Público.

Nesse cenário, em razão de forte impulso decorrente da tendência neoliberal, que robusteceu os efeitos econômicos da globalização e as ideias de universalização do capitalismo, passou-se a ser defendida a ideia de superação do modelo de Estado providencialista e o retorno ao liberalismo do século XIX[19].

Para os defensores dessa tese, fala-se em "crise" face ao desatendimento do parâmetro eficientista imposto à Administração Pública pelo *Estado de Bem-Estar*. À luz de um enfoque chamado de *gerencial*, diz-se que o Direito Administrativo é considerado um conjunto de normas excessivamente rígido, que atrasa, incomoda ou impede constantemente as mudanças de rumo necessárias para uma atuação eficaz da Administração Pública. Para os teóricos dessa abordagem, geralmente ligados à ciência da administração, não é concebível qualquer eficiência administrativa sem o relativizar os constrangimentos que o Direito Administrativo impõe. Convida-se, portanto, a Administração a se inspirar no Direito Privado e em princípios de gestão em voga nas empresas privadas, pressupondo-se que haveria identidade entre os problemas das organizações públicas e privadas [20].

---

[17] Ibidem. p. 13.

[18] RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p 33-34.

[19] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento**:** uma abordagem necessária. **Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico**. n. 3, p. 02, ago/set/out 2005, Salvador.

[20] As principais críticas ao modelo de gestão burocrático foram formuladas por Merton, para quem as falhas desse modelo residem na desmotivação dos empregados, a resistência a mudanças, o abuso da antiguidade como

Pode-se apontar o governo de Margaret Thatcher, Primeira-Ministra do Reino Unido entre 1979 e 1990, como o principal expoente, no cenário global, de migração das técnicas gerenciais do setor privado ao setor público. Nada obstante, o modelo gerencial, embora consensual quando dirigido contra o modelo burocrático weberiano, não se mostra completamente coerente, tampouco apresenta um único padrão para todos os países, variando propostas, interesses antagônicos e valores em jogo.

No Brasil, encontra-se exemplo dessa abordagem teórica no bojo do chamado "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado" (PDRAE), divulgado pela Presidência da República, em 1995, onde se lê, por diversas vezes, que o Direito Administrativo constitui um verdadeiro "obstáculo" à eficiência da máquina administrativa e que a proposta de reforma administrativa levada a cabo pelo governo brasileiro tenderia a criar "uma administração pública gerencial".

Nesse ponto específico, cumpre-se breve abordagem histórica, para a devida contextualização do PDRAE e suas principais implicações na Administração Pública no Brasil.

A aprovação da Constituição de 1988 e o retorno dos valores democráticos criaram novas esperanças de um desenvolvimento econômico com justiça social. O propósito no médio prazo era consolidar a transição do Estado brasileiro, então ditatorial e intervencionista, rumo a um modelo de Estado Democrático de Direito.

Todavia, para além da conquista formal de uma "Constituição Cidadã", a redemocratização enfrentava um duro teste da viabilidade: implementar os ganhos sociais por ela assegurados como direitos fundamentais frente a um cenário de obstrução de crescimento econômico e inflação permanente.

Como poderia o Estado brasileiro, no início dos anos 1990, ter alguma perspectiva de investimento, se economicamente envolto em questões de instabilidade monetária e déficits públicos paralisadores, e se administrativamente abandonado seja a interesses clientelistas, seja a trâmites onerosos e excessivamente burocráticos?

Seguindo a tendência crítica global ao *Estado Social*, a Constituição de 1988, sob esse âmbito de exame, passou a ser rotulada como incentivadora da burocracia e da ineficiência, assim como começou a figurar como responsável pelo endividamento estatal.

---

critério de ascensão profissional e a separação entre o cidadão e o funcionalismo (MERTON, Robert K. Social theory and social structure: toward the codification of theory and research. Glencoe: Free Pres, 1948, *apud* SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da Administração Pública. **Revista Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369. mar./abr. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 353).

Conjuntamente a esse cenário, a agenda do Estado minimalista do *Consenso de Washington* consistente em reformas neoliberais centradas na desregulamentação dos mercados, na abertura comercial e financeira e na redução do papel do Estado, passou a ser adotada pelos governos latino-americanos, cedendo às pressões internacionais por medidas desestatizantes[21]. Certamente, o direito brasileiro não escapou a essas.

Na América Latina, na segunda metade dos anos 1980, como uma resposta à crise econômica pela qual algumas nações deste subcontinente passavam por conta da política econômica desenvolvimentista, o ideário neoliberal foi disseminado pelos organismos financeiros internacionais (FMI, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento– BID). Isso ocorre num quadro de renegociação das dívidas externas destas nações que, como receituário, deveriam desregular mercados, abrir suas economias, implementar práticas não intervencionistas, bem como abdicar de todo o projeto de cunho nacionalista desenvolvimentista. Como referência à nova configuração de políticas públicas, o economista John Williamson elaborou diretrizes, apresentadas em reunião na cidade de Washington, no ano de 1989, onde foram traçados os caminhos que os países da América Latina deveriam trilhar, defendendo, em linhas gerais, a redução do papel do governo na economia para que se concentrasse na prestação de serviços públicos básicos e no provimento de estrutura para a atividade econômica. Com o declarado intuito de propagandear esse estudo, foi realizado na capital estadunidense um seminário, no qual foi apresentada uma lista de dez reformas necessárias, denominada, na oportunidade, de Consenso de Washington. O resultado desta análise foi o reconhecimento da "excelência" das reformas até então promovidas em países da América Latina (com exceção do Brasil e do Peru), ocasião em que foi referendada a recomendação da implantação das políticas neoliberais como uma condicionante à concessão de "cooperação" financeira externa, bilateral ou multilateral[22].

As propostas de John Williamson podem ser resumidas da seguinte maneira: na macroeconomia, rigoroso esforço fiscal por meio de reformas administrativas, previdenciárias e fiscais, além de corte nos gastos públicos; na microeconomia, desoneração fiscal do capital, flexibilizando o mercado de trabalho, reduzindo a carga social com trabalhadores e minorando salários de modo a permitir que esse "novo capital", livre e desonerado, aumentasse a

[21] Op. Cit. p. 71-73.
[22] NOVAES, André. Consenso de Washington: crise do estado desenvolvimentista e seus efeitos sociais – um balanço crítico. **Revista Ensaios**, v. 1, n. 1, p. 01-15. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2008. p. 06.

competitividade internacional; e na esfera estatal, o desmonte do modelo intervencionista[23].

Assim, segundo essa lógica e em consonância com correntes econômicas apregoadas por entidades internacionais, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) lançou as bases de um projeto de restruturação do aparato estatal.

Imputando à Carta Maior de 88 a responsabilidade por um "um retrocesso burocrático sem precedentes", ao PDRAE é atribuída a condição de "resposta à crise generalizada do Estado", como também, segundo o discurso político vigente, de "forma de defendê-lo como *res publica*", sob a seguinte fundamentação cujo trecho é destacado:

> As ações rumo a uma administração pública gerencial são, entretanto, paralisadas na transição democrática de 1985 que, embora representasse uma grande vitória democrática, teve como um de seus custos mais surpreendentes o loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos. Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo.
> A conjunção desses dois fatores leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados- membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta[24].

Assim, o PDRAE redefine o papel do Estado e questiona sua atuação direta no domínio econômico, propondo que deixe "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"[25].

Nesse contexto, o plano em voga cinde as atribuições do Estado em atividades exclusivas e outras não-exclusivas. A primeira é localizada na regulamentação, fiscalização, fomento, segurança pública e seguridade social básica, já as atividades não exclusivas são classificadas como aquelas ligadas à execução dos serviços não relacionados ao poder do Estado.

Quanto às atividades não exclusivas, propõe um programa de privatizações das

---

[23] BRITO, Gilton. **Gerencialismo como tendência: consenso de Washington, reforma do aparelho de estado e conselho nacional de justiça**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=47248f6127fcae1d>. Acesso em 28 Maio 2016. p. 04-05.
[24] Op. Cit. p. 20-21.
[25] Ibidem. p. 12.

empresas estatais, por meio do qual se transfere para o setor privado a tarefa da produção que, partindo do pressuposto que assim haveria maior eficiência. E, por meio do que denomina de *programa de publicização*, indica a transferência para o setor público não-estatal da produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, propondo um sistema de parceria entre Estado e sociedade para financiamento e controle.

Apoiando-se na ideia de *governança*, conceituando-a como a capacidade de governar do Estado, o PDRAE defende a alteração gradual "de uma administração pública burocrática rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento ao cidadão"[26].

Para o PDRAE, a diferença substancial entre o modelo de gestão burocrático e o gerencial reside na forma de controle, deixando-se de focar nos *processos* para se concentrar nos *resultados*. E acrescenta que, na administração pública gerencial, o plano volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle *a posteriori* dos resultados.

Segundo Jawdat Abul-El-Haj, a reforma reguladora do Estado modificou, estruturalmente, o seu papel institucional e sua lógica de intervenção, prevendo as seguintes modificações: primeiro, o Estado deveria se reservar estritamente à política social; segundo, os investimentos econômicos deveriam ser exclusivos do setor privado; terceiro, avaliava-se o monopólio estatal das utilidades públicas como danoso ao progresso econômico, uma vez que desestimulava investimentos, comprometendo a produtividade e a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos; quarto, a privatização do setor econômico público democratizaria a propriedade privada, e diminuiria as possibilidades de monopolização. Com essas modificações, segundo os idealizadores dessa reforma, o Estado garantiria um ganho fiscal permanente, com o aumento da arrecadação de impostos das empresas privatizadas e da ampliação da produção e de serviços prestados por investidores privados [27].

Para que houvesse a redefinição do papel do Estado no Brasil, mais que uma reforma, foi necessário um novo pacto constitucional e, por conseguinte, alterações no plano legal. Em razão disso, uma sucessão de Emendas Constitucionais, seguidas de leis regulamentadoras, alteraram o aparelho estatal. Citem-se como exemplos a Lei 8.987/95 que, ao disciplinar a

---

[26] Idem. Ibidem. p. 13.

[27] ABUL-EL-HAJ, Jawdat. Da era Vargas à FHC**:** transições políticas e reformas administrativas. **Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 1/2, p. 35-51, 2005. Disponível em: <http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v36n12/rcs_v36n12a3.pdf>. Acesso em: 29 maio 2016. p. 01. 16-17.

concessão de serviços públicos, extingue o monopólio estatal das utilidades públicas, delegando à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a prestação de um serviço público, mediante licitação pública na modalidade concorrência; a Emenda Constitucional nº 6, foi autorizado o investimento estrangeiro no setor elétrico brasileiro[28]; a Emenda Constitucional nº 8 que abriu caminho para a privatização do Sistema Telebrás, ao extinguir o monopólio estatal das telecomunicações com previsão expressa de um órgão regulador [29]; a Emenda Constitucional nº 9 que autorizou a contratação de empresas públicas e privadas para exploração, produção, refino, exportação, importação e transporte de petróleo, atividades antes reservados apenas à Petrobrás[30]; e a Emenda Constitucional n. 19, tendo por objetivo a reestruturação da Administração Pública, mas principalmente modificar o sistema de remuneração dos servidores públicos, procurando limitar os gastos com o "funcionalismo", além de incluir no rol de princípios da Administração Pública, contidos no artigo 37, o princípio da eficiência, demonstrando a aproximação com o discurso da "administração pública gerencial".

Ademais, seguiu-se a Lei 9.637/98 dispondo sobre as condições para enquadramento como entidades de organizações sociais, criando o Programa Nacional de Publicização, com extinção dos órgãos e entidades e a absorção das respectivas atividades por organizações sociais. Já a Lei 9.790/99 regulamentou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e disciplinou a elaboração do termo de parceria, iniciando, a partir desse momento, o papel de destaque do Terceiro Setor como um ator social de grande relevância.

---

[28] No período anterior à emenda em questão, basicamente todas as concessões do setor elétrico eram detidas por pessoa física brasileira ou pessoa jurídica controlada por pessoa(s) física(s) brasileira(s) ou pelo Governo Federal. A partir daí, a Lei n. 9.074/95 diferenciou as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, concentrando a atuação estatal na primeira e transferindo ao setor privado a transmissão e a distribuição, sendo criada, ainda, a Agência Nacional de Energia Elétrica. (BRASIL, **Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996**. Institui a agencia nacional de energia elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017).

[29] O fim do monopólio foi regulamentado, então, pela Lei 9.472/97, que eliminou a atuação estatal provedora de serviços, passando à condição de regulador da atividade econômica por meio da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). (BRASIL, **Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996**. Institui a agencia nacional de energia elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017).

[30] Com isso, a Lei 9.478/97, conhecida como "Lei do Petróleo", revogou expressamente a emblemática Lei 2.004/53, decorrente da Campanha "O Petróleo é Nosso" e um dos símbolos da Era Vargas que assegurava o monopólio da exploração, bem como a Lei 2.004/63, que estabelecia o monopólio da comercialização interna e externa, instituindo ainda a Agência Nacional de Petróleo (ANP). (BRASIL. **Lei nº 9.478 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopolito de petróleo. Institui o conselho nacional de política energética e a agencia nacional do petróleo e da outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm> Acesso em 10 jan 2017).

Assim, a reforma gerencial do Estado, tanto no Brasil como em outros países, apresenta-se como um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade. É proposta como uma modernização da Administração Pública clássica, assegurando às instituições públicas uma autonomia financeira e administrativa na prestação de serviços, caracteriza-se pelo protagonismo da flexibilidade, colocando a estabilidade como coadjuvante.

A necessidade de desburocratizar a Administração, com o intuito de agilizar a atuação estatal e torná-la eficiente, acarreta o "retorno do pêndulo"[31], pelo qual o Estado devolve aos particulares tarefas até então por ele desempenhadas.

1.2 A subsidiariedade, consensualidade e o agir estatal em função dos resultados na organização administrativa do Estado do século XXI

Embora a autorregulação pelas forças do mercado se apresente como um pilar da Reforma do Estado de meados dos anos 90, do século XX, no Brasil, seguindo tendência ao redor do globo iniciada nos anos 80, intentando circunscrever poderes estatais mínimos visando apenas a garantia da lei e da ordem pública, verifica-se tendência que afasta a hegemonia do culto extremado ao mercado, entendido como propulsor do desenvolvimento. Questiona-se, assim, o intransponível "primado do mercado" em busca de revalorizar o papel do Estado como agente incentivador e condutor do desenvolvimento econômico e social.

Vislumbradas as limitações das medidas desestatizantes, procura-se por novas formas de atuações estatais. Novamente se fala em "retorno do pêndulo", como expressa Oliveira[32]. "antes estacionado na contemplação das forças do mercado, passa o pêndulo a sinalizar para as forças do Estado, como sendo aquelas predestinadas a tomar e executar as decisões imprescindíveis para a evolução do país"

Identifica-se, assim, um processo de renovação que não aponta, pelo menos ainda não, a um modelo específico e unificador de todas as formas de organização administrativa do Estado nesse início de século. É possível vislumbrar, porém, *tendências*.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, principalmente com o escopo de

---

[31] TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada- O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo.** n. 202, p. 01-10, out. – dez., 1995.

[32] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento**:** uma abordagem necessária. **Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico**. n. 3, p. 1-29. ago/set/out 2005, Salvador.

contextualizar o cenário em que inserida a Lei nº 13.019/14, cumpre destacar *tendências*, não totalmente desvinculadas dos ideais gerenciais de busca pela maior eficiência na atuação da Administração Pública, que identificam a suposta "crise" do Direito Administrativo com a transição do superado paradigma weberiano de organização para um novo modelo organizacional, o qual se desenvolve em torno de um "feixe mínimo de atividades essenciais do Estado", pelo qual o Estado deixa de exercer algumas atividades e passa a exercer outras, mais concernentes com seu papel nesse espectro de mutações, com uma repartição de responsabilidades com a iniciativa privada, para a consecução de atividades em beneficio da coletividade. Aliando-se a essa ideia, passa-se a vislumbrar também em maior participação do cidadão na Administração Pública.

Pertinente, pois, identificar pontualmente algumas dessas *tendências*, trazendo à lume seu embasamento teórico. Aponta-se, assim, a subsidiariedade, a consensualidade e o controle de resultados como *tendências* na organização administrativa do Estado no século XXI, cabendo tecer breves comentários a respeito de cada uma delas.

1.3 Do princípio da subsidiariedade

A expressão Estado Pós-Social foi construída para designar esse ideário de redefinição do papel do Estado, concernente à aplicação do princípio da subsidiariedade[33].

Segundo Rafael Carvalho de Rezende Oliveira, o princípio da subsidiariedade, cunhado a partir da doutrina social da Igreja Católica, na Encíclica *Quadregesimo Anno*, do Papa Pio XI, em 1931, propugnando pela defesa da autonomia do indivíduo, dá ensejo ao chamado Estado Subsidiário, caracterizado pela ausência de intervenção direta quando a sociedade for capaz de atender aos interesses sociais[34].

Como princípio jurídico, o princípio da subsidiariedade está expresso em mais de um dispositivo no Tratado da União Europeia, principalmente com o escopo de preservação da soberania dos países-membros, tendo como destaque ao art. 5º, 3, que estabelece o seguinte:

> Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-

[33] Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a ideia de Estado Subsidiário, expressão utilizada por Juan Cassagne na sua obra *La Intervención Administrativa*, não trata de um novo modelo de Estado, mas de expressão para realçar a característica decorrente da aplicação do princípio da subsidiariedade (Op. Cit. p. 15).
[34] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p 336.

> Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União[35].

Assim, embora exista a natureza federativa de União, preserva-se a autonomia dos estados-membros pela aplicação do princípio da subsidiariedade.

Já no âmbito interno, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, isto é, os direitos fundamentais do homem não são apenas uma barreira para a atuação do Estado, mas constituem a razão de ser do Estado, cabendo a ele promover e estimular condições para que o indivíduo se desenvolva dentro da sociedade e, para tal desiderato, terá de criar condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais[36].

Na mesma toada, Leandro Marins de Souza aponta que o princípio da subsidiariedade expressa sua concepção de centralidade do indivíduo como elemento primário na origem do poder e das organizações sociais; é dado a ele, em primeiro lugar, a possibilidade de suprir suas próprias necessidades, bem como a ele é garantido o apoio das demais esferas sociais[37].

Assim, no Estado Subsidiário, há de um lado a ideia de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através de associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; por outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.[38].

Identifica-se, pois, um conteúdo dúplice no conceito de subsidiariedade: um *conteúdo positivo* e um *conteúdo negativo*. O *conteúdo positivo* estaria representado pela noção de apoio das organizações mais complexas na garantia da autonomia das organizações menos complexas. Já o *conteúdo negativo* tem por referência a limitação da atuação dos grupos mais complexos em situações em que grupos menos complexos consigam se autotutelar[39]. Em suma, as ações cujo exercício seja possível pelas esferas mais simples da sociedade não

---

[35] UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Jornal Oficial n. C 191 de 29 de julho de 1992. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em 20 mai 2017.

[36] Op. Cit. p. 35.

[37] DE SOUZA, Leandro Marins. **Parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor**: sistematização e regulação. Tese de doutorado, Universidade Estadual de São Paulo (USP). 2010. p. 35.

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit.. p. 16.

[39] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira: Associação Internacional de Direito e Economia, 1998, pp. 45-61. p. 57.

sofrerão a incidência das esferas mais complexas, exceto se para garantir sua autonomia.

O eixo do princípio da subsidiariedade reside, assim, na valorização dos direitos individuais, garantindo à iniciativa privada, no seu extrato social mais simples, autonomia de ação.

Há que se ressaltar, porém, que a subsidiariedade não implica em retorno ao Estado Liberal clássico, pois agora o Estado não abdica da intervenção da área econômica e social, sendo que a mudança primordial está justamente na técnica utilizada: intervenção deixa de ser direta e passa a ser indireta, notadamente pela regulação e pelo fomento público[40].

Percebe-se, assim, por essas noções iniciais da subsidiariedade, que a importância desse princípio é assumir o pluralismo social, com a valorização da sociedade civil, relacionando-se com democracia quando afasta a concepção tradicional de monopólio do Estado na promoção do interesse público, reconhecendo o centralismo do indivíduo no arranjo social e na solução primária de seus problemas, prevendo o fomento estatal em esferas sociais gradativamente mais complexas. Há, assim, a primazia dos indivíduos, da família, das associações e outros desenhos sociais, impactando sobremaneira a relação Estado-sociedade civil e consequentemente a definição do papel que assumirá o Estado perante a sociedade[41].

Daí que Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta as tendências decorrentes da subsidiariedade: a) privatizações; b) ampliação da atividade administrativa de fomento; c) crescimento das parcerias entre o setor público e o privado; d) desregulamentação; e) alteração no conceito de interesse público[42]. Essas noções estão presentes na configuração do Estado do século XXI e configuram o chamado Estado Subsidiário.

1.4 Da Administração Pública Consensual

Outro fenômeno presente na configuração da organização administrativa atual são as ideias em torno do papel do *consenso* na Administração Pública.

Complementando a ideia da subsidiariedade, pela qual os direitos fundamentais dos indivíduos se tornam a razão de ser do próprio Estado, que deverá promover, estimular e criar condições para que esses se desenvolvam livremente e igualmente na sociedade, as ideias em

[40] Alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que não se confunde Estado Subsidiário com o Estado Mínimo: neste, o Estado só exerce atividades essenciais, deixando tudo a mais para a iniciativa privada, dentro do ideário de liberdade individual; naquele, o Estado exerce atividades essenciais, típicas de Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição, além disso, caberá também ao Estado incentivar a iniciativa privada, pela atividade de fomento (Op. Cit. p.22).
[41] Ibidem. p. 36.
[42] Ibidem. p. 15-23.

torno do consenso ditam que a Administração Pública deverá valorizar a cooperação, a negociação e os acordos no desenvolvimento de suas atividades.

Nessa toada reside a mencionada superação da concepção liberal, fundada sob ideais burguesas de separação absoluta entre a sociedade e o Estado, que cede espaço ao ideário democrático de uma sociedade plural. Assim, a atuação administrativa por meio de atos impositivos ou unilaterais perde o prestígio para uma atuação dita consensual, voltada a acordos, atos complexos e contratos, procedendo em um traçado onde exista mais confiança que desconfiança entre as partes[43].

Por essa razão, Norberto Bobbio[44]. constrói que "o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império"

A partir desse pressuposto, aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade[45].

Com efeito, Gérard Timsit e Nicole Belloubert-Frier entendem que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na "cultura do diálogo". Segundo explicam, verifica-se tendência de o Estado não mais se contrapor à atuação da sociedade civil, mais sim favorecer seu trabalho, colocando-se em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade[46].

No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta um atraso juspolítico histórico da Administração Pública gerado por institutos que preservavam somente sua autoridade, a exemplo da imperatividades dos atos e do princípio da supremacia do interesse público. Sustenta que a consensualidade é uma alternativa preferível se comparada à imperatividade, "sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder

---

[43] Conforme explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "é certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas mas também é certo de que não é suficiente para que elas progridam livremente, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais. Por outro lado, a desconfiança, que leva à divergência, porque deriva do instinto de sobrevivência, é inata, ao passo que a confiança, que conduz à convergência, surge no plano da consciência e exige um nível de refinamento cultural na medida em que as instituições vão criando fatores comportamentais que atuem reduzindo as inibições e, ao revés, promovam a ativação de uma etologia do desenvolvimento". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais na ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. v. 231, jan.marc/2003, p. 129-156. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 15 maio 2017. P. 132).

[44] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

[45] OLIVEIRA, Gustavo Justino. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104. p. 303 – 322, jan./dez. 2009. p. 309.

[46] BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**, , n. 2, p. 299-324, Paris, avr. 1994. p. 303.

coercitivo” [47]. Assinala, ainda, que se inicia uma superação dessas ideias no final do século XX em virtude de duas principais razões: afirmação do constitucionalismo e advento de uma sociedade participativa.

Nas mesma toada, Caio Tácito também destaca o abandono do autoritarismo no âmbito da Administração contemporânea:

> O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.
> O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas[48].

A respeito do consensualismo, Odete Medauar ensina que a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração, que não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público. Aponta que a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se então para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. Volta-se à mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos[49].

Assim, na atualidade, verifica-se a tendência de a Administração Pública não mais se contrapor à atuação da sociedade civil. As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais seriam de tutela, pois a Administração dependeria da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e o constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passaria a utilizar a orientação, a persuasão, a ajuda.

Segundo Gustavo Justino de Oliveira, a *concertação administrativa* e a

---

[47] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
[48] TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p 1-6, 1997. p. 3.
[49] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

contratualização administrativa são as formas de expressão do agir administrativo do consensualismo[50].

Alude-se à *concertação administrativa* para designar um modo flexível de governar ou de administrar em que gestores públicos participam de debates com a sociedade, visando a formação de um consenso. É um fenômeno em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados[51].

Assim, *concertação* seria o esquema que consiste em decisões apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas.

Chega-se, dessa forma, à participação popular na Administração Pública. Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma weberiano; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções. Assim, emergem os institutos de participação popular na Administração pública como consagração da atuação mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado de Bem-Estar[52].

Imprescindível esclarecer que a adoção desse novo padrão de atuar não elimina a unilateralidade, a imperatividade e a coercibilidade das ações administrativas. Presencia-se, no cotidiano da Administração e face às disposições legais vigentes, que a ordem e a sanção continuam presentes e necessárias. Acontece que esses antigos instrumentos convivem com os novos, baseados na incitação, na persuasão, na transparência e na participação[53].

Além da *concertação*, a *contratualização administrativa* também retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca.

Gustavo Justino de Oliveira pontua o *contratualismo* confere novos usos à categoria jurídica *contrato* no setor público. E em decorrência da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da administração pública, o qual englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela

[50] Op. Cit. p. 314.
[51] Ibidem. p.314-315.
[52] PEREZ, Marcos Augusto. Ob Cit. p. 53.
[53] Ibidem. p. 54.

Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins [54]. Alude-se, pois, às ideias de *parcerias com a sociedade civil* [55] e de *acordo administrativos* [56], para se referir ao fenômeno da *contratualização*.

O que se verifica, pois, é que a consensualidade no agir estatal caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas, rompendo barreiras de distanciamento entre a sociedade e o Estado.

1.5 Agir estatal em função de resultados

No Brasil fortalece-se também a visão que reclama por um agir estatal em função de resultados, voltado a valorizar sistemas de controle da gestão e a otimizar sua atuação, concretizando, assim, os anseios da sociedade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que o tema da administração de resultados costumava circunscrever apenas ao plano ético – no qual o bom resultado das ações é exigido[57] -, tendo, mais recentemente, a atenção de *jusadministrativas*, a exemplo de Lucio Iannotta, Professor de Direito Administrativo da Escola Superior de Economia e Finanças da *Universidade La Sapienza* de Roma, apontando, especificamente, que a administração de resultado no Direito Administrativo tem por origem as especulações iniciadas na *new economy* anglosaxônica, entendida como "um modelo que põe as administrações como fatores potenciais do desenvolvimento econômico". E complementa que os elementos básicos do Direito Administrativo se encontram em perfeita coerência com as exigências atuais do mundo econômico, pois que um dos pressupostos comuns, fundamentais à teoria do desenvolvimento, às reformas administrativas empreendidas e ao Direito, é a certeza de bons resultados, notadamente em se sabendo que a implementação das decisões políticas demanda,

---

[54] Op. Cit. p. 315-316.

[55] Nessa toada, Jean-Pierre Gaudin faz alusão à parceria, por ele genericamente compreendida como "convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que se denominam associações da 'sociedade civil'. (GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat:** l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14).

[56] Gustavo Justino de Oliveira aponta a conciliação e a transação administrativa como espécies de acordos administrativos que despontam da Administração Pública Consensual (Op. Cit. p. 317).

[57] O professor diz também que coube a Max Weber equacionar adequadamente o dilema sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar sua conduta e ter-se-ia uma ética da intenção ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele esperados e ter-se-ia uma ética do resultado MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. p. 1-2.

cada vez mais, um altíssimo grau de competência e de especialização, daí a necessidade de se dispor sob nova forma essa missão pública de tutela jurídica dos interesses das pessoas, como destinatárias, que são, de seus esperados resultados, uma vez que o escopo da justiça no campo do Direito Administrativo não se pode apartar da realização dos direitos humanos fundamentais[58].

No Brasil, a chamada administração de resultados ganha força, como visto, na ampla reforma da gestão pública no Brasil, em meados da década de 1990, tendo por documento precursor o PDRAE, a implantação do que se denominou de "administração gerencial" propugnava que a diferença substancial entre o modelo de gestão burocrático e o modelo proposto residia principalmente na forma de controle, deixando-se de focar no controle *a priori* dos processos para se concentrar nos resultados.

Não se pode, entretanto, atribuir exclusivamente à reforma da década de 90 o fortalecimento das ideias que se voltam aos resultados, não podendo, igualmente, negar sua importância ao tema.

Rodrigo Pagani de Souza explica que, em nosso país, a visão da atuação administrativa em favor dos resultados tem encontrado crescente expressão ao redor de três grandes ideias: *eficiência, política pública* e *controle de resultados*. Dessas três grandes ideias, em suas interseções com o Direito, derivam múltiplas linhas de investigação, tendo em comum esta preocupação central com uma administração que proporcione resultados concretos à sociedade[59].

Especificamente em relação à *eficiência*, explica o professor, ganhou destaque ao ser acrescida ao *caput*, do art. 37, pela Emenda Constitucional n. 19/98, embora já aparecesse em alguns diplomas infraconstitucionais do direito administrativo. Contemporaneamente, não obstante a atribuição de muitos significados ao termo – tais como celeridade, simplicidade, racionalidade, produtividade, economicidade, efetividade e eficácia –, destaca-se o sentido de *atingir efetivamente o resultado*[60].

Esse é o sentido que parece se consolidar, salvo raras exceções[61]. Em verdade, pode-se

---

[58] Op. Cit. p.02.

[59] SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. *In*: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da administração pública**. Fórum, São Paulo, 2017, p. 39-61. p. 40.

[60] Ibdem. p.40.

[61] Tome-se por exemplo o posicionamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual o princípio da eficiência "é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram o texto". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 17. ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 111-112).

bipartir o conceito de *eficiência* em dois aspectos: a) o da racionalidade e da otimização no uso dos meios (eficiência como meio); b) o da satisfatoriedade do resultado (eficiência como resultado) [62]. Esses aspectos se fundem ao que se ao sentido que se atribui à administração de resultados.

Em relação ao primeiro aspecto, fala-se em "dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e, em última análise, do interesse público"[63].

Segue dessa ideia uma relação entre meios e fins (ou entre custos e benefícios).

Importante frisar que a relação do maior benefício pelo menor custo não se restringe apenas ao aspecto financeiro – embora muito importante –, mas diz respeito à qualidade obtida "à custa do menor ônus possível à liberdade do cidadão"[64]. É o posicionamento de Ego Bockmann Moreira, para quem "em um Estado Democrático de Direito não vale a regra do atingimento da eficácia a qualquer custo, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão"[65].

O segundo aspecto cuida da qualidade da ação administrativa a fim de obter resultados satisfatórios ou excelentes. Como afirma Modesto[66]:

> Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores (...), diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final.

Sob essa ótica da qualidade da ação administrativa, é cada vez mais comum o incentivo ao planejamento administrativo. Isso porque somente um plano pode especificar claramente os objetivos que se pretende alcançar, como também os meios para tais desideratos.

> Objetivos claramente definidos e designação dos meios para que sejam perseguidos são condições básicas, verdadeiramente essenciais, para a implantação de um

---

[62] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do serviço público**, Ano 51, n. 2, Abr - Jun 2000, pp. 105-120. Disponível em https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334. Acesso em 18 jul 2016.
[63] CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, p. 231.241. São Paulo: Atlas, out/dez 2001. p. 231.
[64] Op. Cit. p. 48.
[65] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 195.
[66] Op. Cit. p. 54.

> sistema de controle de resultados, isto é, de cotejo periódico entre resultados previstos com resultados efetivamente alcançados[67].

Dessa forma, o ato de planejar estaria atrelado à própria ideia de administrar, não cabendo, portanto, qualquer tipo de improvisação na atividade administrativa: se o gestor de negócios privados lida diariamente com metas e resultados, quando mais o administrador público, que lida com interesses da coletividade, deve atuar com diligência, fixando procedimentos, padrões e metas, descrevendo o caminho a percorrer para dado objetivo, com indicadores que permitam aferir quanto se alcançou ou se foi alcançado.

Desde 1967 o *planejamento* é consagrado como princípio da ação administrativa, como se pode aferir do inciso I, do art. 6º, do Decreto-Lei 200/1967. Compulsando o ordenamento jurídico, é possível também verificar o cuidado do legislador, ainda que pontual, de elencar mecanismos que valorizam o planejamento e permitam o controle da ação administrativa[68].

Nessa toada, o art. 116, da Lei n. 8.666/1993, ao dispor sobre convênios, exigiu a elaboração de um prévio *plano de trabalho*, que integrará o instrumento firmado entre os partícipes, contendo, dentre outras informações, "metas a serem atingidas". Igualmente, a Lei n. 13.019/2014 estabelece a necessidade de confecção do mesmo instrumento como condicionante à celebração de parcerias com a OSC.

Ainda a respeito da conceituação de eficiência como o *atingimento efetivo do resultado*, depreende-se que se acentua cada vez mais uma preocupação com o controle da gestão pública, razão pela qual se fala em *controle do resultado*[69].

O controle de resultados não implica na exclusão do controle de legalidade, mas sim um acréscimo a ele. A esse respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto comenta que, para além do controle de legalidade estrita, deve haver uma ampliação dos critérios de controle para abarcar o que denomina de "legalidade de resultado" ou "legalidade constitucional". Ao afirmar que "o princípio da legalidade implica a aplicação indefectível das normas que dão vida aos *bons resultados*", implicando também na "impossibilidade de aplicar normas que

---

[67] Op. Cit. p. 51.

[68] Para exemplificar alguns diplomas no Brasil em que há interseção com o planejamento, citem-se a Lei n. 9.472/1997 (Lei de Telecomunicações), a Lei n. 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico), a Lei n. 9.433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos), a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a Lei 12.305/2010 (Lei de Resíduos Sólidos), a Lei n. 12.587/2012 (Lei de Mobilidade Urbana) e a Lei n. 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

[69] A esse respeito, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública estabelece como diretriz do controle da Administração Pública, no inciso III, do art. 50, o predomínio do controle nos resultados. BRASIL. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. **Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_arq_leiorganica.pdf/view>. Acesso em 30 mai 2017.

deem vida a *maus resultados*", sugere que critérios como "quem deve, quando deve e como se deve responder pela efetiva execução da vontade estatal" devem compor os critérios de aferição da juridicização do resultado da administração. E conclui:

> Este, portanto, é o passo adiante que se fazia necessário o controle de resultados, um controle de legitimidade da ação político-administrativa que poderá dar um tão esperado basta aos gastos demagógicos dos governos, aos investimentos inúteis, às obras paralisadas, aos projetos mirabolantes, às benesses com recursos públicos, ao assistencialismo inconseqüente, que vicia e estimula a indolência, e a tantas outras formas de implantar falsas e enganosas políticas públicas, que malbaratam os insuficientes recursos a duras penas retirados impositivamente da sociedade [70].

Na mesma toada, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro explica que o sistema de controle interno da Administração Pública abrange necessariamente tanto o controle de legalidade quanto o de resultados, devendo a este ser dado destaque em prol da necessária eficiência na gestão da coisa pública[71].

Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a insuficiência do controle de meios na Administração Pública. Observa que o controle que incide sobre meios e processos corresponde a um controle formal, que pouco favorece a verificação de consequências ou efeitos. Conclui, assim, a imprescindibilidade de privilegiar um controle que incida sobre metas e resultados, que chama de controle material[72].

Embora cada vez mais robustecidas as ideias que abarcam o agir estatal em função dos resultados, o que se verifica hoje, no Brasil, é a carência de metodologias que indiquem o desempenho para fins de controle de resultados. Há muitas propostas, ainda incipientes, no sentido de buscar no setor privado metodologias indicativas do cumprimento de metas e aplicá-las ao setor público[73].

O que não se pode perder de vista é que a construção desses sistemas de controle não pode ser apartada do desenho institucional das políticas públicas que devem servir. É o que alerta Natasha Schimitt Caccia Salinas, para quem a decisão de instituir controles mais ou

---

[70] Op. Cit. p 05-06.

[71] CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistemas de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. **Interesse Público – IP,** Belo Horizonte, ano 10, n. 47, jan./fev. 2008.

[72] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, a. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em < http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>. Acesso em 28 jun 2017.

[73] É o que propõe Beatriz Casmamie Curiati Salione, ao sugerir adaptar a metodologia *Balanced Scorecard*, oriunda do setor privado, para o controle de cumprimento de metas nas parcerias da Administração Pública com organizações da sociedade civil. (SALIONE, Beatriz Casmamie Curiati. **Administração pública por resultados e os contratos de gestão com as organizações sociais**: o uso do *balanced scorecard* como ferramenta de avaliação de desempenho, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 193-194).

menos flexíveis depende em grande medida do tipo de política pública a ser implementada[74].

Por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui que, em curto prazo, desde logo, impende continuar a definir e a aperfeiçoar o que denomina de *parâmetros para a aferição objetiva da eficiência administrativa*, ressaltando que se trata de uma tarefa que parte de explícito fundamento constitucional. Aponta, ainda, que se deve buscar, a médio prazo, a abertura de controles nos mais variados processos administrativos e na *correlativa abertura da participação controladora da sociedade*; tudo para que um almejado futuro controle de qualidade de resultado na administração pública esteja cada vez mais próximo do presente.[75].

Verifica-se, assim, que um sistema de controle de resultados sem qualquer embasamento metodológico compromete seu desempenho, tornando-o até mesmo inutilizável. O atual desafio de definir parâmetros de controle mais detalhados conforme o desenho institucional de cada política pública, sendo importante a elaboração de disciplinamento regulamentador, como também a experimentação, a fim de concretizar o princípio da eficiência e implementar, de fato, resultados constitucionalmente legítimos.

1.6 A democracia como fundamento da Administração Pública

Das ideias acima apontadas como *tendências* na formação da organização da Administração Pública contemporânea, verifica-se um elo comum: o *indivíduo*.

Pelo *princípio da subsidiariedade*, os direitos fundamentais dos indivíduos se tornam a razão de ser do próprio Estado; pelo *consensualismo*, a Administração Pública deverá o diálogo com os indivíduos na consecução de suas atividades; e o *agir estatal em função dos resultados* busca otimizar o agir estatal para concretizar, em última instância, os interesses dos indivíduos.

Esse foco no indivíduo, entretanto, em nada se relaciona à visão do Estado Liberal que vislumbra os direitos do homem como uma barreira à atuação estatal. Conforme acima visto, os direitos dos indivíduos, ao constituírem a razão de ser do Estado, passam a ser a mola propulsora para que sejam promovidas e estimuladas condições para que as pessoas se desenvolvam livre e igualmente dentro da sociedade. Para tanto, necessário que seja estimulada a *participação* do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.

---

[74] SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. Modelos de controle das parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor e desenho institucional das políticas públicas. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte ano 7, n. 14, jul./dez. 2013. p. 928.
[75] Op. Cit. p. 10.

Nessa toada, Marcos Augusto Perez constata que a democracia, em seu grau de desenvolvimento mais atual, está preocupada com a realização do chamado *status activae cititatis*, ou seja, a democracia hodierna tem como finalidade a plena realização dos direitos políticos de interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade[76].

Segundo afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade; daí falar-se em sociedade pluralista, aquela em que os representantes dos vários setores, e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação.

Nessa ótica, Odete Medauar observa que, na atual reflexão científica, cultural e política sobre problemas da Administração, um dos fulcros da atenção situa-se nas relações entre Administração e administrados. Por essa razão, o foco de estudos tem se direcionado para o âmbito das relações Administração-administrado, que também se poderia considerar como item fundamental no tema da democracia administrativa[77].

Verifica-se, assim, na Administração Pública, a criação de novas formas de atuação, inspiradas no postulado da democracia participativa, que alteram a relação da Administração não só com os administrados, mas também com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica, clamando cada vez mais por participação nas ações do Estado.

Daí a expressão *Estado Democrático de Direito*, no qual se almeja participação popular no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública. Para Canotilho: [78]

> O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma "linha Maginot" entre "Estados que têm uma constituição" e "Estados que não têm uma constituição", isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do "direito" e do "poder" no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do "poder dos cidadãos".

O Estado Democrático de Direito surge, portanto, com ideias formais de participação dos indivíduos, pressupondo que quanto mais efetiva a participação social, maior legitimidade

---

[76] Op. Cit. p. 35.
[77] Op. Cit. p. 219-220.
[78] CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97-98.

se dá às ações do Estado e, consequentemente, mais próximo de se concretizar a igualdade dita material.

Das ideias de democracia direta, semidireta e representativa, chega-se à discussão da democracia participativa, como a nova faceta da configuração das ações do Estado. Assim, as concepções modernas consideram que não basta a participação do cidadão no processo eletivo dos representantes para que haja uma democracia, mas é preciso assegurar uma efetiva participação democrática que vai muito além da democracia direta[79].

Ao discorrer acerca da democracia participativa, Leandro Marins de Souza, com base nos ensinamentos de Feliciano Benvenuti, não se trata apenas da participação direta dos cidadãos nas instituições, mas, mais que isso, da participação direta no exercício das funções [80].

Por isso, Marcos Augusto Perez diz que a participação infiltra-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abre-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, devendo contar também com a colaboração dos cidadãos no exercício da fiscalização do Executivo. O Judiciário passa a contar com diversos instrumentos participativos tais como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, dentre outros. A Administração Pública, por seu turno, contará com o administrado para exercício de funções decisórias, consultivas ou de controle[81]. Logo, nenhum poder e nenhuma função estatal estariam imunes à participação popular.

Especificamente na Administração Pública, as ideias que permeiam a participação dão azo ao controle social pelo processo administrativo. Nessa linha, Carlos Ari Sundfeld aponta que na Administração, "decidir é fazer processos", ou seja, toda atividade decisória é conduzida por princípios e regras de ordem processual. Desse modo, garantias da ordem processualística, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, como também uma maior participação, seriam inerentes à validade da decisão administrativa.[82]

Ainda, verifica-se, com cada vez maior intensidade, ideias inerentes à participação popular na atividade administrativa: institutos que vão desde as diversas formas ampliadas de manifestação do direito de petição do administrado, passando pela criação de conselhos consultivos ou deliberativos, as audiências e consultas públicas, até a delegação de

---

[79] Por *democracia direta* entende-se a forma de organização na qual todos os cidadãos podem participar diretamente no processo de tomada de decisões.
[80] BENVENUTI, Feliciano. **Il nuovo citadino**: tra libertà garantita e libertà ativa. Venezia: Marsilio, 1994, p. 22. *apu*d Ob. Cit. p. 25.
[81] Op. Cit. p. 35.
[82] SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento no Brasil". In: Carlos Ari Sundfeld e Guilhermo Andrés Muñoz (coords.). **As leis de processo administrativo (lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98),** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-36

competências tipicamente públicas para organizações da sociedade civil, que atuarão em colaboração com o Estado.

Vislumbra-se, pois, que um Estado Democrático deve ser aquele que incentiva o surgimento de organizações da sociedade civil. Não é por mera coincidência que nos países considerados mais democráticos fervilham as associações cívicas, e é grande a preocupação do cidadão com o que é comum a todos, com a *res publica*. Só a participação intensa fortalece a Democracia, o rito do voto pode muita vez apenas travesti-la[83].

Assim, tendo por embasamento as premissas acima descritas sobre a organização administrativa moderna e o Estado Democrático de Direito, cumpre, nos próximos capítulos, perquirir de que forma ocorre a participação da sociedade civil organizada no Brasil atualmente, principalmente quando essa participação ocorre em parceria com Estado. Por meio da avaliação de textos legislativos, serão explorados os tipos de vínculos existentes e seus impactos na vida social.

[83] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 32-55.

2 ESTADO E TERCEIRO SETOR

2.1 Terceiro Setor

A despeito de alguns autores entenderam equivocada a expressão *terceiro setor*, não se pode negar sua escorreita aplicação, possuindo como vantagem adicional a aceitação no meio acadêmico e social [84].

Assim, o uso de expressão *terceiro setor*, no presente trabalho, reflete a tendência dos estudos científicos no Brasil, inclusive da área do Direito, a respeito do tema, como se pode aferir das próprias referências bibliográficas utilizadas neste capítulo. Para designar terceiro setor é comum também a utilização dos termos *organização não governamental*, *entidades filantrópicas* ou *beneficentes*, *entidades sem fins lucrativos* e o mais recente *organização da sociedade civil*, consolidado pelo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, implantado Lei n. 13.019/2014[85].

Com o advento desse diploma legal, podem alguns concluir que a expressão *terceiro setor*, no Brasil, será lentamente substituída por *organizações da sociedade civil*. Não será esse o entendimento do presente trabalho, para o qual os vocábulos *terceiro setor* e *OSC* serão ditos sinônimos, sendo utilizados para designar o mesmo segmento da sociedade. Entretanto, cabe consignar desde já que a Lei n. 13.019/2014 pode não ter promovido a substituição do termo *terceiro setor*, mas trouxe uma ampliação conceitual, conforme se pormenorizará abaixo.

Com o breve introito acerca da designação adotada neste escrito, cumpre adentrar o conceito de terceiro setor.

Terceiro setor é denominação recente, utilizada pela primeira vez, conforme indica Simone de Castro Tavares Coelho, na década de 1970, nos Estados Unidos (*third sector*)[86],

---

[84] CICONELLO, Alexandre. Conceito legal de interesse público no Terceiro Setor. In: SCAZI, Eduardo (org.). **Terceiro setor – Temas Polêmicos 1**. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 51.

[85] A terminologia Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil foi adotada antes mesmo da elaboração de qualquer projeto de lei a esse respeito, sendo o termo posteriormente escolhido para designar a lei em epígrafe. É o que se extrai do histórico contido no sítio eletrônico do Governo Federal, especificamente da plataforma "Participa Brasil", cujo trecho se destaca: "O movimento que trouxe a necessidade de um Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil (MROSC) como desafio e prioridade foi a 'Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil', que surgiu em 2010 com a articulação de diversas organizações, redes e movimentos sociais" (BRASIL. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil**. 2010. Disponível em: <http://www.participa.br/osc/paginas/historico>. Acesso em: 02 jun. 2017).

[86] Ainda que o presente trabalho não proponha uma pesquisa histórica sistematizada do surgimento do terceiro setor, mas apenas contextualizá-lo, é preciso apontar que as atividades contemporaneamente entendidas como das organizações do terceiro setor datam de séculos anteriores. Ocorre que, a partir dos anos de 1970, o terceiro

sendo que, a partir da década de 1980, passou a ser utilizada por pesquisadores Europeus, para se referir, de maneira genérica, às organizações da sociedade civil que não visam o lucro, mas sim a satisfação de um interesse social[87].

Assim, quando se fala em "terceiro setor" quer-se designar o conjunto de entidades que não integram o mercado ("primeiro setor") nem o Estado ("segundo setor"), mas uma terceira seara da vida em sociedade, na qual se realizam atividades de interesse público, sem ambição por ganhos ou interesses puramente particulares, como o faz os que atuam no mercado, e sem integrar os entes e órgãos do aparato estatal[88].

Como já estudado, há um movimento global que impulsionou o desenvolvimento desse segmento na sociedade, tanto pela ideia de respeito aos direitos individuais e pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através de associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal, como também pelo crescimento de reserva de espaços de institutos ligados à participação.

Para Gustavo Alexandre Magalhães, a percepção de que o Estado não consegue atender a todas as necessidades sociais impulsionou uma parcela da sociedade a desenvolver atividades voltadas à satisfação do interesse público, sem a exigência de qualquer contrapartida financeira. Alerta, porém, que essa parcela da sociedade civil organizada não perde, em momento algum, seu caráter privado, de modo que sua atuação continua a ser amparada pelos princípios da livre iniciativa e da autonomia privada, não obstante objetivarem a satisfação de anseios de interesse geral[89].

Em linhas gerais, sua atuação pressupõe a uma conjugação das finalidades do primeiro setor com a metodologia do segundo, associando, assim, as noções de *flexibilidade* e *eficiência* do mercado com as de *equidade* e *previsibilidade* do Poder Público[90], sem perder de vista sua autonomia em relação a eles. Nesse sentido, Simone de Castro Tavares Coelho conclui que o terceiro setor seria "uma alternativa para as desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante"[91].

O terceiro setor agrega uma pluralidade de instituições dotadas das mais variadas

---

setor é reconhecido como um segmento social com organização própria.

[87] COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: SENAC, 2000. p. 58.

[88] SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p. 8.

[89] MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios administrativos:** aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 51.

[90] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das Oscips**. São Paulo: Método, 2006. p. 47.

[91] Op. Cit. p. 58.

estruturas e objetivos, abarcando associações beneficentes e de assistência social, museus, centros de estudo e pesquisa, organizações voltadas à proteção de vulneráveis ou à defesa de direitos, dentre outros, tratando-se seguramente de um universo dos mais ricos e dinâmicos.

Essa dinamicidade pode embaraçar a identificação de uma instituição componente do terceiro setor, o que demanda o estudo das características que lhe atribuem participação nesse segmento.

Em geral, as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor dizem respeito àquelas previstas na Constituição da República, na qual há previsão de que particulares atuem em paralelo ao Estado no âmbito da saúde (arts. 197 e 198, III), da assistência social (art. 204, I), da educação (arts. 205 e 206), da cultura (art. 216, parágrafo único), do meio ambiente (art. 225), da criança e do adolescente (art. 227, parágrafo único), para mencionar as mais relevantes.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as entidades do terceiro setor, em regra, não desempenham serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público. Oferecem, assim, os chamados *serviços sociais não exclusivos do Estado*: quando prestados por este, sob o regime jurídico de direito público, são serviços públicos; quando prestados pelo particular, são atividades privadas de interesse público, que alguns denominam de *serviços públicos impróprio*[92].

Cumpre, nesse ponto, transcrever o alerta de Modesto[93], para o qual não podem: "ser nomeadas de *serviço público* atividades desempenhadas por particulares ou por pessoas de direito privado, ainda quando afetem interesses coletivos, se não forem reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Estado ou aos seus empregados".

Assim, teoricamente, não substituiriam a ação do Estado, ocorrendo, na realidade, um "alargamento das tarefas de proteção de interesse público"[94].

Marçal Justen Filho compreende que integram o terceiro setor os sujeitos e as organizações que se comprometem a realização de objetivos de interesse coletivo e proteção de valores supra-individuais, como uma verdadeira manifestação da sociedade em busca da consecução de direitos fundamentais, considerando a insuficiência do Estado[95].

Complementando esses conceitos, Fernando Borges Mânica pontua que o terceiro

---

[92] Op. Cit. p. 261.
[93] MODESTO, Paulo. Reforma administrativo e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 210, out/dez 1997, pp. 195-212. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47096/45807. Acesso em 19 jul 2016. p. 197.
[94] GONÇALVES, Pedro**. Entidades privadas com poder públicos: o exercício de poderes públicos de autoridades por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 162.
[95] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2013.p. 326.

setor se constitui de pessoas jurídicas de direito privado, em que o caráter voluntário e a finalidade não-lucrativa são essenciais, e que (a) desempenham atividades de defesa e/ou promoção de direitos humanos ou (b) prestem serviços de relevante interesse público[96].

Desses conceitos infere-se que as entidades componentes do terceiro setor possuem características comuns que as segmentam como um elemento da sociedade civil, quais sejam: pessoa jurídica com personalidade jurídica de direito privado, que exerce atividades voltadas a interesses coletivos e finalidade não lucrativa[97].

Em relação à primeira característica, é certo que apenas três tipos de pessoas jurídicas de direito privado podem reunir os elementos que as congreguem ao terceiro setor. De acordo com o art. 44, incisos I a VI, são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Considerando que os partidos políticos possuem características peculiares que o excluem o terceiro setor[98] e que as sociedades e as empresas individuais de responsabilidade limitada possuem finalidade lucrativa, conclui-se que, à luz do Código Civil, o terceiro setor é composto de *associações*, *fundações* e *organizações religiosas*.

Além dessas três formas de pessoas jurídicas, a Lei n. 13.019/2014 agregou mais uma modalidade ao conceito de terceiro setor no Brasil: as *sociedades cooperativas* previstas na Lei n. 9.867/1999 e as capacitadas para execução de atividades ou projetos de interesse público e de cunho social.

Porém, frise-se: essas modalidades de pessoas jurídicas só integrarão o terceiro setor quando buscarem o *interesse público*, valendo lembrar que não existe uma definição *a priori*, inquestionável sobre o conteúdo da expressão interesse público. Trata-se, na verdade, de conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fluído, extremamente carente de concretização pelo intérprete do Direito, a partir de critérios normativos adotados pela Constituição de cada país[99].

Nesse ponto, importante ressaltar que, no presente trabalho, considera-se como parte integrante do terceiro setor somente os entes que desenvolvem atividades de interesse público, não se pode colocar neste rol as entidades que buscam fins coletivos apenas para seus

---

[96] MANICA, Fernando Borges. **panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil:** do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP. 2006. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/panorama_historio_legislativo_do_terceiro_setor.pdf>. Acesso em: 24 abr 2017.
[97] Op. Cit. p. 61.
[98] Op. Cit. p. 15.
[99] Op. Cit. p. 80.

integrantes, isto é, interesses corporativistas e setoriais, hipótese em que estarão inseridas no segundo setor[100].

A reforçar a necessidade da finalidade pública para integrar o terceiro setor, importante consignar que, com o advento do MROSC, que institui regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as *organizações da sociedade civil*, solidifica a necessidade de dedicação a atividades ou a projetos de interesse público ou cunho social, principalmente quando expressamente consigna no inciso I, do art. 33, que a celebração das parcerias, as OSC deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam expressamente "objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social". Na mesma toada, o inciso I, do art. 2º, que conceitua OSC é expresso que, além das entidades sem finalidade lucrativa, só estarão abrangidos nesse conceito e, por conseguinte, poderão firmar parcerias com o Poder Público, as *sociedades cooperativas* e as *organizações religiosas* que se dediquem a atividades de interesse público e de cunho social[101].

Por último, a doutrina aponta como principal característica do terceiro setor a finalidade não lucrativa, que se resume a não distribuição do superávit obtido às pessoas físicas que dirigem ou compõem a entidade.

Essa característica específica foi relativizada pela Lei n. 13.019/2014, ao identificar a *sociedade cooperativa* – constituída como *cooperativa social* ou capacitada para execução de atividades ou projetos de interesse público ou social – como organização da sociedade civil que pode firmar parcerias com o Poder Público.

A *cooperativa social*, constituída na forma da Lei n. 9.867/1999, possui a finalidade de

---

[100]. É também a conclusão de Bruno Polonio RENZETTI (**Marco regulatório das organizações da sociedade civil à luz do Direito administrativo globa**l. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, n. 1, p. 94-111, 2017. p. 95). Na mesma esteira, o Tribunal de Contas da União exclui do conceito de Terceiro Setor "as entidades civis sem fins lucrativos de benefício mútuo, ou seja, aquelas que se dirigem apenas para seus associados, de natureza endógena, de interesses coletivos, mas não públicos" (Cf. TCU. Acórdão n. 1331, Plenário. Julgado em 09/07/2008).). Em sentido contrário, Rodrigo Pagani de SOUZA expõe que o terceiro setor é complexo e essa complexidade se manifesta pelo fato de suas organizações perseguirem interesses públicos e privados. Op. Cit. p. 15.

[101] De acordo com o conceito legal contido no inciso I, do art. 2º, constituem-se como organização da sociedade civil 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.

inserir as pessoas em desvantagens no mercado econômico[102], por meio do trabalho, mas, de certa forma, também mantém o viés econômico de uma cooperativa. Segundo a legislação que a criou, desenvolverá atividades de organização e gestão de serviços sociossanitários e educativos, como também o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços. Além dela, o diploma em voga também conceitua como OSC as *sociedades cooperativas comuns*, que distribui resultados aos cooperados, mas capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

De questionável constitucionalidade essa ampliação conceitual, que certamente contradiz a atuação desinteressada que se espera do terceiro setor. Certamente, considerando que as cooperativas produzem renda para seus cooperados, caberá aos entes regulamentar quais serão os limites para a Administração Pública firmar essas parcerias.

Assim, não obstante a questionável constitucionalidade, vislumbra-se a ampliação, atualmente, no Brasil, do conceito de terceiro setor, com a relativização da característica da impossibilidade de finalidade lucrativa[103].

Fala-se, ainda, em outra característica das entidades do terceiro setor: a adoção de regime jurídico híbrido, haja vista a incidência de normas de direito público[104]. Nessa toada, Souza aponta que as entidades do terceiro setor, por pertencerem à esfera privada, têm sua organização interna regida por normas de direito privado; por outro lado, por desempenharem atividades de interesse público, devem observar as normas de direitos público que regem essas atividades[105].

Por outro lado, Gustavo Alexandre Magalhães conclui que a alusão a um regime parcialmente derrogado por normas de direito público deve ser vista com restrição. Inicialmente, ressalva que as entidades do terceiro podem constituir relações entre si, hipótese em que se tratará de relação eminentemente privada. Em seguida, conclui que:

> (...) a incidência de normas de direito público ocorrerá somente nas situações em que haja celebração de convênios administrativos e incidirá exclusivamente sobre as relações jurídicas decorrente do convênio.

---

[102]. Nos termos do art. 3º, da Lei n. 9.867/1999, consideram-se pessoas em desvantagem os deficientes físicos e sensoriais; os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; os dependentes químicos; os egressos de prisões; os condenados a penas alternativas à detenção; os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

[103] Há que se pontuar que na hipótese de compra de bens ou contratação de serviços das cooperativas, independente da finalidade para a qual constituídas, o Poder Público deverá observar os ditames da Lei n. 8.666/1993.

[104] Op. Cit. p. 185-186.

[105] SOUZA, Rodrigo Pagani de. Ob. Cit. p. 16. É também o entendimento de Maria Silvia Zanella DI PIETRO (**Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 491).

> Quanto aos demais negócios jurídicos realizados pelas organizações não governamentais com outras entidades particulares, trata-se de atos de natureza privada, de modo que seria ilícita qualquer interferência estatal fora das hipóteses previstas em lei, Portanto, qualquer pretensão de controle da Administração Pública sobre as atividades privadas que não encontre amparo legal, constituirá grave ofensa ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CR/88).[106]

Do nosso estudo, infere-se que ambos os posicionamentos são compatíveis, demandando uma análise acerca da abrangência da submissão às normas de direito público: caso se refira estritamente à sujeição da entidade aos regramentos legais que regem sua atividade, certamente haverá um regime jurídico híbrido[107]. Todavia, quando se fala em controle estatal da organização interna da entidade e da relação jurídica com outras pessoas jurídicas, certamente só poderá se referir a um regime híbrido quando existir um vínculo com o Poder Público, sob pena de descaracterizar a flexibilidade e a autonomia que lhe são inerentes.

Baseando-se nesses enunciados, pode-se conceituar que, hoje, no Brasil, o terceiro setor é identificado como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, não estatais, sem fins lucrativos, voltadas à persecução de finalidade de interesse público, por cooperativas sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos e por sociedades cooperativas comuns, capacitadas para a execução de atividades ou projetos de interesse público e cunho social.

2.2 A atividade estatal de fomento

Ao estudar o princípio da subsidiariedade no capítulo anterior como uma das tendências na organização administrativa moderna, verificou-se que o *Estado Subsidiário* não é aquele que abdica da intervenção da área econômica e social, mas sim o que opta em não ser sempre o protagonista, o prestador direto, elegendo uma atuação por meio da regulação e do *fomento público*.

Assim, principalmente a partir da segunda metade do século XX, conjuntamente com as funções administrativas do Estado de polícia e de prestador de serviços públicos,

---

[106] Op. Cit. p. 65-66.

[107] Por exemplo, uma entidade cujos fins se destinam à assistência social deve observar toda normatização estatal para o exercício dessa atividade (CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervecion administrativa**. 2. ed. Buenos Aieres: Abeledo-Perrot, 1994, p. 24-26).

desenvolve-se a atividade de fomento[108]. No Brasil, aponta-se a Reforma do Estado dos anos 90, no século passado, como marco temporal de ganho de importância[109].

No momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade de fomento. Essa atividade, evidente, deverá obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa, demandando ao Direito a construção de um ambiente adequado para o desenvolvimento de tal mister.

A expressão *fomento* advém do verbo transitivo *fomentar*, do latim *fomentare* (dar calor, aquecer), no sentido de *incitar*, *estimular* ou *promover o progresso*. Indica, assim, *auxílio*, *proteção*, *ajuda*.

O fomento, como forma de atuação estatal, tem sido exercido como incentivo às atividades privadas, facilitando e orientando sua ação[110]. A finalidade não consiste na obtenção de benefícios econômicos diretos – ainda que possam ocorrer –, ou seja, não visa ampliar a receita pública.

Segundo o aclamado ensaio do autor espanhol Luis Jordana de Pozas a respeito do tema, o fomento objetiva "proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas prestadas por particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos"[111].

Dessa forma, é possível conceitua-lo como uma 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, sem o emprego imediato da coação, visando a promover o interesse público, a partir do desenvolvimento econômico e social.

Do conceito acima, a primeira característica que se extrai é que a atividade estatal de fomento pode envolver dessemelhantes técnicas ou medidas, a depender do objetivo visado.

---

[108] Cassagne expõe que a Administração Pública é gestora do objetivo que legitima o Estado, que é o alcance do bem comum. Para tanto, exerce tarefas tradicionais de prestação de serviços públicos, polícia e fomento. Nesse contexto, traz uma diferenciação interessante entre função pública e serviço público: enquanto a função pública diz respeito ao exercício das atividades de poder público que derivam da sua soberania, envolvendo funções administrativas (prestação de serviços públicos, a limitação de direitos privados, aplicação de sanções, e fomento), legislativa e judicial; o serviço público é uma atividade técnica e material. Op. Cit. 1994.

[109] Op. Cit. p. 43.

[110] Segundo Célia Cunha Mello, "a exata compreensão da administração fomentadora demanda, assim, que fiquem evidenciados seus caracteres fundamentais: a) trata-se de exercício de função administrativa; b) está voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto; c) há ausência de compulsoriedade; d) visa a satisfação indireta das necessidade públicas" (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 26).

[111] JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de uma teoria del fomento em el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Politicos**, n. 48, 1949, p. 41-54. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/sevlet/articulo?codigo=2127752>. Acesso em: 02 jun 2017. p. 46.

No já mencionado ensaio, Luis Jordana de Pozas classifica os meios de fomento em *honoríficos*, *econômicos* e *jurídicos*, classificação até hoje reproduzida e aprovada em vários trabalhos acadêmicos a respeito do tema[112].

Assim, seguindo essa mesma identificação, pode-se citar, dentre os meios *honoríficos* de fomento, a concessão de titulações, a exemplo da titularidade de utilidade pública; como meio *econômico*, as vantagens tributárias, como as imunidades e isenções; e como meio *jurídico*, as transferências de recursos, seja por lei, a exemplo da subvenção, auxílio e contribuição, ou pela celebração de ajustes, por meio de convênios, termos de fomento, contratos de gestão etc.

Obviamente, impossível estabelecer um rol taxativo de medidas de fomento, tendo em vista que uma das características dessa atividade é a maleabilidade de acordo com a conjuntura, sendo extremamente flexível quanto aos meios para atingimento dos objetivos. É o que observa Célia Cunha Mello para quem "a diversidade de formas que pode revestir a ação de fomento é tamanha, que é praticamente impossível estabelecer um catálogo completo das medidas de fomento[113].

A consequência da flexibilidade do fomento é notar que qualquer incentivo deve atenção aos motivos que o determinam: se visa fazer frente a um fator conjuntural, deve restar vigente apenas enquanto subsistentes às causas que o legitimam, sob pena de que outros setores ou atividades realmente demandantes de incentivos deixem de ser fomentados.

Outro ponto a ser frisado é que, no fomento, a satisfação dos interesses públicos é produzida de modo *indireto*, por meio da atuação da iniciativa privada. Por isso, fala-se que a atividade estatal de fomento atua sem o emprego direto da coação.

Nessa ótica, Beatriz Casmamie Curiati Salione explica que, no fomento, a ação do particular será apenas incentivada, não ocorrendo, em princípio, sanções pela não consecução dos objetivos. Assim, em regra, quem não se dispõe a adotar o comportamento pretendido não será sancionado, apenas deixará de usufruiu do benefício que teria, caso contrário fosse[114].

Esse caráter indireto é reforçado por Célia Cunha Mello, para quem a administração fomentadora é "um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivas atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade"[115].

---

[112] Op. Cit. p. 52.
[113] Op. Cit. p. 38.
[114] Op. Cit. p. 67.
[115] Op. Cit. p. 38.

Na mesma toada, Diogo Moreira Neto afirma que o fomento diferencia-se das outras funções administrativas por não tratar de uma imposição à sociedade; envolve, pois, a premiação pelo adimplemento, diferenciando-se das demais atividades administrativas, que possuem como característica a coação e a punição quando do inadimplemento[116].

Importante frisar que isso não faz da atividade de fomento uma pura e simples liberalidade, consistente em abrir mão de bens e valores com o objetivo de beneficiar um particular – ainda que, num primeiro plano, isso possa ocorrer –, mas sim de estimular uma ação, o que pode levar à necessidade de uma contrapartida daquele que é incitado. É o que expõe Rodrigo Pagani de Souza ao afirmar que, apesar da característica da não compulsoriedade, a atividade de fomento pode gerar, num segundo momento, obrigações jurídicas, ocasião em que se constituirá uma relação jurídica de fomento pela via de assentimento do agente[117].

Assim, inicialmente, a Administração se limitará a oferecer aos interessados incentivos, de modo a persuadir os particulares. Num segundo momento, porém, depois de formada a relação jurídica de fomento, compete à Administração exigir que o fomentado cumpra todos os requisitos ensejadores da concessão das vantagens que passou a perceber nessa condição, oportunidade em que a Administração dispõe de medidas executórias e deve recorrer aos instrumentos fiscalizadores, preventivos e repressores, utilizando, inclusive, medidas coercitivas, em nome do interesse público[118].

Sem dúvida alguma, sobre a Administração Pública recai a responsabilidade de dispensar medidas *legais* de fomento – ou seja, compatíveis com o ordenamento jurídico vigente –, como também se instalam obrigações de *controlar* a execução do fomento estatal. Ao mesmo tempo, assenta-se, principalmente com o advento da Lei n. 13.019/2014, que exigir contrapartidas do beneficiado, mormente as que dizem respeito a desempenho, pode servir como estímulo à sua eficiência, evitando que o agente fomentado se acomode em razão da percepção do benefício estatal; além disso, a imposição de contrapartidas tende a propiciar maior comprometimento da parte que recebe os recursos públicos, em razão de fazê-la incorrer em riscos econômicos. Daí nasce a relação jurídica entre a Administração fomentadora e administrado fomentado.

A partir dessa constatação, não surpreende o avanço que se deu no Direito Administrativo no que diz respeito ao controle da atividade administrativa de fomento ao

---

[116] MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 514.
[117] Op. Cit. p. 45.
[118] Op. Cit. p. 46.

terceiro setor[119], tanto no que diz respeito ao procedimento de escolha do fomentado, objeto principal do presente estudo, quanto no que toca à execução da atividade ou projeto e à prestação de contas posterior.

Por fim, outra característica fundamental para a identificação do fomento reside no fato de se prestar ao atendimento do interesse público, promovendo atividades para o desenvolvimento econômico e social, ou seja, busca sempre incentivar ou preservar iniciativas de particulares que satisfaçam um interesse coletivo. Caso a atividade de fomento rastreie outros fins que não o interesse geral, ilícita será a atuação estatal.

Questiona-se, pois, como identificar as atividades privadas de interesse coletivo para fins de fomento estatal. A esse respeito, Rodrigo Pagani de Souza afirma que, para fins de fomento do Estado, não precisam ser necessariamente serviços de sua alçada, dos quais deseja se desincumbir pela cooperação com particulares, podendo envolver atividades que tragam "alguma consequência positiva ou algum grau de coincidência com os objetivos de interesse público que ao Estado cumpre perseguir. É o que basta para que a atividade em questão torne-se uma séria candidata a medidas de fomento provenientes do Estado"[120].

Dessa forma, importante frisar, uma vez mais, assim como feito acima, que o estímulo estatal a entidades do terceiro setor não visa promover a substituição da ação do Estado, mas sim estimula-las a desenvolver atividades ou projetos de interesse coletivo, originando o já mencionado "alargamento das tarefas de proteção de interesse público".

2.3 Da contratualização do fomento

Como afirmado em passagem anterior, o consenso como tendência influencia fortemente os anos que sucederam a Reforma Administrativa de meados dos anos 90, representando, para a organização administrativa no país, a era das parcerias, dos contratos, da busca de cooperação.

Essa modelagem é fruto da superação do paradigma weberiano e da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções.

Fala-se ainda em um movimento global de reserva de espaços de institutos ligados à participação na Administração Pública. A acolhida desses institutos de participação popular decorre de um todo reciprocamente influenciável, resultando de um conjunto indivisível de

[119] SOUZA, Rodrigo Pagani. Op. Cit. p. 66.
[120] Op. Cit. p. 48.

forças sociais que produz efeitos tanto na órbita da organização política, econômica e administrativa como na ordem jurídica do Estado, principalmente como fruto do atual estágio do desenvolvimento da democracia.

Tem-se, assim, uma Administração Pública que não mais se contrapõe à atuação da sociedade civil, caminhando para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas, rompendo barreiras de distanciamento entre a sociedade e o Estado.

Daí é revelada uma das consequências do consenso na organização administrativa do Estado: o *contratualismo*. Essa denominação é utilizada para se referir justamente a esses novos modelos de colaboração, fala-se em nova serventia da categoria jurídica *contrato* no setor público, que passa a ser regido por um módulo mais consensual da Administração Pública.

Nesse contexto, fala-se em negociação no lugar do procedimento, em liberdade de formas no lugar da tipicidade e, por conseguinte, em práticas jurídicas mais flexíveis. Como observa Cassese, "não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento. A série ou sequência se adapta à necessidade do acordo. A liberdade das formas próprias do direito privado penetra o direito público"[121].

O que se deve frisar é que o contratualismo reflete o ânimo de busca por apoio dos particulares, sejam aqueles atuantes no mercado ou no terceiro setor, visando variados objetivos: melhorar a qualidade da prestação de serviços públicos, estimular ações de interesse público, ampliar infraestrutura econômica e social, reduzir custos de manutenção do aparato estatal e, em certos casos, até mesmo fugir da burocracia do regime jurídico administrativo. Por esses e outros motivos, brevemente estudados no capítulo anterior deste trabalho, propagam-se novas modalidades de acordos e ajustes na Administração Pública, que certamente ainda não atingiram seu ápice de expansão e aperfeiçoamento.

Essas novas modalidades contratuais tendem a se multiplicar no Direito Administrativo contemporâneo e isso em razão mesmo da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica, como um simples elenco exemplificativo o demonstra: *concessões de serviços públicos* e *de uso de bem público*, *permissão de serviços públicos*,

[121]CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Roma: Giuffrè, n. 3, 2001, p. 601-650. p. 648. (tradução nossa)

arrendamento portuário, *arrendamento operacional, franquia pública*, *gerenciamento privado de entidade pública, venda de bilheteria e contrato de risco* [122].

O consenso, todavia, pode ser adotado não apenas pela via contratual, pela qual as prestações das partes são recíprocas, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, fala-se hoje em acordos cujas prestações são integrativas, voltadas ao atendimento de interesses comuns, a exemplo dos *convênios, consórcios, termos de parcerias, contratos de gestão* e os atuais *termos de fomento e de colaboração*.

Em breve digressão, verifica-se que das concessões comuns em 1995, chegou-se às parcerias públicos-privadas em 2004. Das entidades de utilidade pública do passado caminhou-se às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais do final da década de 1990. Ao clássico instrumento de convênio, somaram-se novos ajustes de cooperação administrativa, incluindo o contrato de gestão e os termos de parceria. Chega-se então hoje à vigência da Lei n. 13.019/2014, constituindo-se como mais um instrumento de busca de consenso, por meio da construção de um modelo legal de parcerias sociais.[123]

Emergem, assim, novas modalidades de *parcerias* com a sociedade civil no contexto da contratualização da ação administrativa, instituindo um modelo de *administração compartilhada*[124].

Importante ainda é observar que, desse modelo consensual que se constrói, o interesse público deixa de ser monopólio estatal, estando afeto a multiplicidade de atores, o que exige a instituição de novos arranjos institucionais entre Estado e a sociedade civil. Esses novos arranjos "pressupõem o reconhecimento, pelo setor público, da importância do setor privado nas respostas às demandas sociais, chamando-o a participar e a assumir tarefas públicas sob o influxo da vertente colaborativa"[125].

Como conclui Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em ensaio sobre o consenso, todas as considerações a respeito do tema não estariam completas, se não invocassem, por

---

[122] MOREIRA NETO, Diogo. Op. Cit. p. 23.

[123] MARRARA, Thiago. **Parcerias sociais, termos de fomento e de colaboração: brevíssimos comentários à Lei 13.109 de 2014**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/parcerias-sociais-termos-de-fomento-e-de-colaboracao-brevissimos-comentarios-a-lei-13109-de-2014/14855>. Acesso em: 02 jun 2017.

[124] Segundo Gregório Arena, "este novo modelo foi denominado 'administração compartilhada' para indicar que cidadãos e administrações não se limitam a administrar juntos, mas o fazem aliando-se contra um adversário comum representando pela complexidades das sociedades modernas e compartilhando tanto o objetivo, que consiste na satisfação de um interesse geral, como os recursos que ambos os sujeitos da relação poder colocar em campo". ARENA, Gregorio. **Cittadini attivi**: um altro modo di pensare all'Italia. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 29). (tradução nossa).

[125] DE SOUZA, Leandro Martins. Op. Cit. p.198.

derradeiro, a atenção para a imensa importância da consensualidade no desenvolvimento do modo de atuação mais avançado de que dispõe o Estado: *o do fomento*. E complementa:

> Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.
>
> É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da sociedade e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais[126].

Verifica-se, pois, que a contratualização se desenvolve na medida em que a Administração Pública, em termos de interesse público cuja titularidade não é exclusiva, utiliza de ferramentas de fomento para alcançar o fim desejado. Por isso, pode-se afirmar que o *fomento* é o núcleo em torno do qual pairam os novos instrumentos da consensualidade na Administração Pública.

2.4 Da construção de um modelo regulatório

Gustavo Alexandre Magalhães aponta que, até o presente momento, o terceiro setor cruzou três estágios: o primeiro, que perdurou até o início da década de 1990, caracterizado pela maior independência das organizações do terceiro setor em relação ao Estado e ao meio empresarial; já no segundo estágio, o terceiro setor passa a ser fomentado pelo setor privado, com a expansão do número de empresas que passam a atuar no terceiro setor por intermédio de suas fundações; por fim, o terceiro e atual estágio tem por característica principal a atuação das organizações do terceiro setor por meio do subsídio estatal[127].

Especificamente no Brasil, segundo o Mapa das Organizações da Sociedade Civil[128], produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, existem hoje quase 400 mil organizações da sociedade civil organizada, desempenhando as mais diversas funções.

Embora essas organizações sejam autônomas e não possuam, a princípio, qualquer vínculo de dependência com o Estado, na medida em que buscam suas finalidades estatutárias, com base na liberdade de iniciativa e na autonomia privada, verifica-se, no ordenamento jurídico pátrio, o surgimento e fortalecimento de institutos de parcerias, na qual

---

[126] Op. Cit. p. 28.
[127] Op. Cit. p.86-96.
[128] BRASIL, **Mapa das organizações da sociedade civil**. Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/#>. Acesso em: 29 mai 2017.

sociedade civil e Estado desempenham, em conjunto, atividades ou projetos de interesse público. Esse vínculo entre Administração e administrados se enquadra, conforme acima estudado, na *atividade administrativa de fomento* das ações da iniciativa privada. Trata-se de uma forma de o Poder Público estimular ações privadas realizadas no campo das atividades não exclusivas do Estado**.**

A intensificação das relações entre Estado e sociedade civil parece, então, dominar o cenário, configurando um fenômeno irreversível[129]. Nesse contexto, o Estado passou a repassar cada vez mais recursos às entidades sem finalidade lucrativa que desempenhem atividades coincidentes ao conteúdo programático de implantação de políticas públicas.

Somente a União, no ano de 2016, por meio de transferências voluntárias, repassou R$3.334.558.409,02 (três bilhões, trezentos e trinta e quatro milhões, quinhentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e nove reais e dois centavos) a organizações da sociedade civil, sem contar valores decorrentes dos 13.324 (treze mil, trezentos e vinte e quatro) ajustes com elas firmados, também envolvendo transferências de recursos públicos.[130]

O que se infere é a existência de parcela significativa dessas organizações recebendo algum tipo de recurso do Estado, seja sob a forma de transferências – subvenções sociais, auxílios ou contribuições –, seja sob outras formas, como parcerias ou mesmo isenções tributárias.

O contraponto a esse fenômeno é constatar que muitas dessas organizações são dependentes dos recursos públicos transferidos pelo Estado, o que demanda atenção à relação jurídica que se instaura entre as partes, como também, não se pode ignorar, o surgimento de notícias envolvendo irregularidades e corrupção nessas transferências, o que leva ao questionamento sobre como controlar esses repasses.

Como constata Rodrigo Pagani de Souza, "parte-se da suspeita, noutras palavras, de que problemas no próprio direito que disciplina o controle dessas transferências contribuem, em certa medida, para o contexto de irregularidades crescentemente evidenciado"[131].

Constata-se, basicamente, que problemas podem surgir quando inexistem critérios isonômicos e impessoais de escolha das organizações receptoras dos recursos, como também quando ausente clareza quanto às ações a serem executadas. A visão de que transferências de

---

[129] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan-jun 2007, p. 13.

[130]**.** Valores deflacionados pelo IPCA do mês corrente. Os valores exibidos referem-se aos valores efetivamente pagos para as organizações. BRASIL, **Ministério do Esporte (2016), Ministério da Cultura (2016), Ministério da Ciência (2016), Ministério da Fazenda (2016), Ministério do Planejamento (2016)** Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/dados-indicadores.html>. Acesso em: 30 mai 2017.

[131] Op. Cit. p. 3.

recursos públicos se constituem como mera "ajuda de custo", sem metas e objetivos como forma de estímulo ao desempenho, é porta para irregularidades.

Não há como ignorar ainda que a transferência de tarefas públicas à iniciativa privada trouxe o desafio de apontar como aplicar regramentos de Direito Público aos particulares na condução de suas atividades. Com o fomento, aquilo que se construiu originariamente para o Estado passa a ser aplicado, de certa maneira, aos particulares que atuam em nome dele. Por isso, questiona Rodrigo de Souza Pagani: "Como, então, submeter o privado àquilo que originariamente cunhado para constranger o público?". Segundo afirma, esse é o grande desafio do Direito Público na atualidade[132].

Certamente a existência de uma sociedade civil organizada, atuante e autônoma em relação ao Estado é condição fundamental para o desenvolvimento sustentável do país e para a consolidação da democracia e do Estado de Direito entre nós. Dessa forma, a construção de um ambiente que favoreça a criação e funcionamento de organizações da sociedade civil deve ser um desafio prioritário na agenda nacional, perpassando, necessariamente, pela criação de um ambiente regulatório favorável, estimulando práticas de governança e gestão, abrindo caminho para uma administração mais profissional dessas organizações, criando mecanismos de controle e transparência adequados.

Inegável que a necessidade de implantação de uma referência organizacional surge não só pelo fato de à Administração Pública recair a responsabilidade de dispensar medidas *legais* de parcerias – compatíveis e previstas no ordenamento jurídico vigente –, como também porque, como já consignado, a formação dessa relação jurídica demanda a construção de procedimentos de *controle* dessa atuação estatal.

Tem havido progresso nos últimos anos, há de se reconhecer, em matéria de transparência do fomento estatal ao terceiro setor.

2.4.1 Breve exposição acerca das principais medidas legais de parceria entre Estado e Terceiro Setor no Brasil

a) Convênio

Originalmente, os convênios tinham por escopo operacionalizar o relacionamento entre entidades públicas. Pode-se dizer que os convênios "foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro para instrumentalizar a descentralização de programas governamentais para

[132] Op. Cit. p.53.

entidades públicas que já detivessem capacidade instalada para realizar as ações previstas no ajuste".[133]

É o que se depreende dos seguintes preceptivos contidos na Constituição de 1967:

> Art. 8º (…) § 1º - A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões;
> Art. 13 (…) § 3º - Para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios;
> Art. 16 (…) § 4º - Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais;
> Art. 19 (…) § 7º - Mediante convênio, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, delegar, uns aos outros, atribuições de administração tributária, e coordenar ou unificar serviços de fiscalização e arrecadação de tributos;
> Art. 27 - Sem prejuízo do disposto no art. 25, os Estados e Municípios, que celebrarem com a União convênios destinados a assegurar a coordenação dos respectivos programas de investimento e administração tributária, poderão participar de até dez por cento na arrecadação efetuada, nos respectivos territórios, proveniente dos impostos referidos no art. 22, n° IV e V, excluído o incidente sobre fumo e bebidas.

Da leitura dos dispositivos legais é possível verificar que os convênios eram normas de colaboração entre entes públicos, perspectiva que é reforçada pelas normas de descentralização administrativa contidas no Decreto-Lei nº 200/1967. Aliás, do §1º, artigo 10, de referido diploma, infere-se que os convênios eram instrumentos exclusivamente para efetivar a descentralização administrativa para as unidades federadas, sendo interessante notar que, ao tratar especificamente de descentralização para a órbita privada, o Decreto-Lei faz remissão aos instrumentos de *contratos* e *concessões*:

> 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.

Com a edição do Decreto Federal nº 93.872, de 1986, inaugurou-se a possibilidade de órgãos ou entidades da administração federal firmarem convênios, acordos ou ajustes com *organizações particulares* para a execução de serviços de interesse recíproco:

---

[133] SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. Op. Cit. p.83.

> Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.
> §1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou o ajuste constitui contrato.

Com o advento da Constituição de 1988, lança-se, novamente, celeuma acerca da possibilidade jurídica de a Administração Pública firmar convênios com o terceiro setor, isso porque não há previsão expressa a respeito, o que levou ao questionamento da recepção das normas então existentes.

O que se verifica é que, não obstante se restringir à saúde, o § 1º, do art. 199, foi indicado como um dos sustentáculos constitucionais da possibilidade de formalização de convênios entre o Poder Público e terceiro setor, ao indicar que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos[134].

Ainda, há entendimento de que o fundamento para a recepção da possibilidade jurídica de formalização de convênios consta do parágrafo único[135], do art. 23, cuja redação, embora expressamente faça remissão a ajustes colaborativos a serem firmados apenas entre entes estatais, deu abertura a quaisquer pessoas, sejam públicas ou privadas, de concretizarem objetivos comuns mediante convênio. É o que observou Helly Lopes Meirelles:

> (...) pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federativa ordinária (Decreto-lei 200/67), tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, para execução por seus agentes, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes[136].

No plano infraconstitucional, após o advento da Carta Maior, o dispositivo legal basilar dos convênios no Brasil é o art. 116, da Lei Federal n. 8.666/1993[137], com seus

---

[134] A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. BRASIL. **Constituição da República**. Art. 19

[135] (…) 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. BRASIL. **Constituição da República**. Art. 23

[136] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 378.

[137] 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

respectivos parágrafos, tornando-o o principal instrumento jurídico para formalização de parcerias.

Em relação ao convênio, há grande embate teórico a respeito da possibilidade de seu enquadramento na categoria *contrato administrativo*, sendo a distinção entre convênio e contrato comumente revisitada.

É clássica a afirmação de Hely Lopes Meirelles de que "convênio é acordo mas não é contrato"[138], baseando tal concepção na classificação de autores civilistas que distinguem contratos de acordos[139]. Nessa linha, Marçal Justen Filho explica que existem avenças de natureza cooperativa, que se propõem ao aproveitamento conjunto e simultâneo de bens e recursos humanos, voltando-se os partícipes à consecução de um objetivo comum, diferindo-se dos contratos de natureza "comutativa", em que os interesses das partes são contrapostos,

---

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. § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. § 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes: I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas; III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. § 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês. § 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste. . § 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos. BRASIL. **Lei n. 8.666/1993**.

[138] Op. Cit. p. 284.

[139]Como afirma Orlando Gomes, "no contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-lo, ajustando as respectivas declarações a uma vontade comum, ou, como esclarece Barbero, o contrato resulta da manifestação de duas partes com intentos recíprocos. No acordo, os sujeito têm o mesmo intento. Concorrem para a formação do negócio ex diversis motibus animi in anum consentium, pelo que constituem uma soma de vontades ligadas entre si. Por outras palavras, no acordo aos diversos móveis corresponde uma causa". (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21.ed. Forense: São Paulo, 2016. p. 284).

sendo que a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem de outra[140]. Para o autor, no que diz respeito a ajustes dessa espécie, a ferramenta pioneira no âmbito da Administração Pública seria o *convênio*.

Para outros, no entanto, a necessidade de consenso não retira do convênio o caráter contratual. Vale citar, a esse respeito, parecer de autoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca de um convênio celebrado entre a União e o Estado do Paraná, no qual se parte da premissa que o convênio é um contrato entre as partes de direito público, destaca a necessidade de compatibilização de interesses:

> O contrato, seja ele de direito privado, seja de direito público, é um composição consensual de interesses; uma pacífica harmonização de interesses; por isso, com muita propriedade, Clóvis Beviláqua observou que o contrato se substancia numa "transfusão de vontades". Na medida em que envolve um ponto de coincidência de interesses, os sujeitos se afinam em torno dele, fazendo-o pela livre conjunção de suas vontades, as quais, dessarte, se atrelam para obter a recíproca satisfação de suas aspirações[141].

A despeito desse debate, há uma observação deveras importante a respeito dos convênios, como bem observou Rodrigo Pagani de Souza, que á a pluralidade de regimes sob a denominação *convênio*, o que o torna espécie de "guarda-chuva"[142].

O termo é comumente utilizado para indicar uma complexidade de ajustes, que podem envolver transferências financeiras ou não, hipótese em que é denominado *termo de cooperação técnica*[143], como também pode envolver ajustes com encargos relativos a serviços públicos ou pode se constituir como mero instrumento de fomento de atividade privada de interesse público. Essa abertura a múltiplos regimes advém da própria redação do art. 116, ao dispor que: "Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, *acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres*".

Além disso, o convênio sempre abarcou ajustes entre entes públicos, sendo um instrumento muitas vezes voltado à descentralização – como se verifica do mencionado

---

[140] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. RT: São Paulo, 2014. p. 1224.

[141] _____. Interesse público primário e secundário: convênio entre União e Estado – dever de indenização. Parecer. 26 de setembro de 1983. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 75, Ano XVIII, p. 55-61, jul/set 1985. p. 56.

[142] Op.Cit. p. 298-304.

[143] "(...) O termo de cooperação técnica em muito se assemelha aos convênios, tendo como única diferença o repasse de recurso financeiro. Enquanto o convênio possibilita o repasse de recursos financeiros para a obtenção dos resultados acordados entre as partes, o termo de cooperação não prevê este tipo de repasse, mas somente a colaboração mútua para determinado fim" (Consultoria NDJ, Boletim de Licitações e Contratos, março/2009, p. 300).

Decreto Lei n. 200/1967 –, como também se prestou a instrumentalizar acordos entre entidades públicas e privadas.

Essa multiplicidade de regimes jurídicos do convênio foi se mostrando um instrumento pernicioso, alvo de severas críticas, na medida em que o ordenamento jurídico acabava por impor expectativas e exigências às entidades do terceiro setor incompatíveis com a flexibilidade, agilidade e liberdade criativa que dela se espera, acabando por minar os aspectos positivos do caráter privado da entidade. Rodrigo Pagani de Souza bem expressa a situação ao concluir que a legislação ocasionou a esperança de que "as entidades privadas sem fins lucrativos *mimetizem comportamentos de Estado*"[144].

Outro problema decorrente do regime jurídico dos convênios diz respeito ao dever de licitar. Embora natural que ajustes envolvendo entes governamentais não sejam precedidos de certame licitatório (por exemplo, um convênio entre União e um Estado), controversa essa inexigibilidade de licitação quando o ajuste envolve particulares em um dos polos da relação jurídica.

Frequentemente, sob o argumento de que convênio difere-se de contrato, pugnava-se pela inaplicabilidade do procedimento de escolha contido na Lei n. 8.666/1993 previamente à formalização desses ajustes. É o que explica Di Pietro:

> Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de know-how. Não se cogita de remuneração que admita competição.
> Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei n. 8.666; no *caput* é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a "estipulação de obrigações recíprocas" a que se refere o dispositivo.
> Há que se lembrar, contudo, que, não obstante a denominação de "convênio", ou "protocolo de intenções", ou "termo de compromisso", ou qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão seja qual for a denominação utilizada, inserida na parte final do parágrafo único do art. 2º.[145]

Nessa mesma toada, conveniente a transcrição de trechos de duas decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União:

---

[144] Op. Cit. p. 307.
[145] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p 310-314.

> Em se tratando de convênio, por razões de ordem lógica, seria inexigível o procedimento licitatório, não pelos motivos do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 (dispensa), mas pelo fato da inviabilidade de competição. Seria um caso de mútua colaboração ou da própria política de fomento, como ressaltado doutrinariamente pela administrativista[146].
> Para aquisição de medicamentos fabricados pelos Laboratórios Oficiais, bem como dos demais produtos por eles processados, a existência de interesses recíprocos entre as partes que podem ser alcançados em regime de mútua cooperação viabiliza a utilização de convênio, descartada a necessidade de licitação, porque não existe na Lei n. 8.666/93 qualquer dispositivo que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao convênio[147].

Dessa forma, expõe Marçal Justen Filho, para esses ajustes com essas características, a licitação não seria necessária, porque as partes não visam qualquer benefício pessoal. Logo, "a natureza não interessada e destituída de cunho egoístico conduz à possibilidade, teórica, de todos os possíveis interessados comprometerem seus esforços e recursos para a satisfação de necessidades administrativas"[148].

Ocorre que esse posicionamento acabou se mostrando insuficiente para garantir a igualdade entre todas as entidades do terceiro setor interessadas em firmas parcerias com o Poder Público. A despeito da natureza contratual ou cooperativa, começou-se a notar que o Estado não poderia minar a devida oportunidade de disputa dos interessados.

Outrossim, a histórica facilidade na celebração de parcerias com as organizações da sociedade civil, em comparação com as regras vigentes para a contratação de serviços junto a empresas, favoreceu o emprego de convênios ou termos de parceria para atender necessidades, legítimas ou não, da Administração Pública. Atividades que se assemelham a autênticos serviços de consultoria ou terceirização de mão de obra, por exemplo, puderam passar a ser desenvolvidas sob a égide de instrumentos de cooperação, esquivando-se das determinações da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Em verdade, concedeu-se ao agente público uma grande margem de discricionariedade na escolha das organizações aptas a receber recursos públicos, prerrogativa que abriu margem a favorecimentos e irregularidades diversas.

Não só. Embora usual defender que a inviabilidade de competição decorrente da reciprocidade de interesses afasta o regime licitatório, a pluralidade de entidades capacitadas a realizar o interesse público objeto do convênio leva à pluralidade de projetos para alcançar o

---

[146] - Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 10/2002, Processo 010.518/2001-4, DOU 27/02/2002. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p.287

[147] BRASIL, Tribunal de Contas da União, **Decisão n. 287/96, Processo 020.069/93-6, Relator Min. Iram Saraiva, DOU 17/06/1996**.

[148] Op. Cit. p. 1226.

fim almejado, o que exigiria da Administração Pública, por força do princípio da impessoalidade, isonomia, moralidade a publicidade, a realização de um procedimento de seleção do projeto mais adequado.

É, em certa medida, o entendimento de Medauar, que expõe a necessidade da abertura de procedimento licitatório, dizendo que:

> se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação, por vezes denominada de chamamento público ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limites[149].

Para lidar com esse cenário de incertezas e elucidar as regras incidentes, passou-se a caminhar em direção do aperfeiçoamento dos preceitos vigentes.

Em 2011, alterou-se o Decreto Federal n. 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências, estabelecendo, no art. 4º, que a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos deveria obrigatoriamente ser precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

Inaugurou-se, assim, a exigência de procedimento prévio de seleção das entidades para formalização de convênio – mesmo que apenas na esfera federal ainda –, pautada nos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência, da moralidade, já que até então não havia obrigatoriedade de qualquer procedimento prévio para a seleção da parceira privada candidata a se relacionar com o Poder Público.

Como toda regra possui exceção, o próprio decreto trouxe hipóteses excepcionais à regra do chamamento público nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

---

[149] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 284.

Ainda no âmbito federal, a Portaria Interministerial nº 507/2011 dedicou seu capítulo II para pormenorizar o procedimento do chamamento público, indicando como deveria ser confeccionado o edital e analisadas as propostas e projetos.

Destarte, por longo período, no plano da legislação infraconstitucional, não havia uma codificação ou mesmo um capítulo de lei dedicado inteiramente à figura dos convênios, seja ele firmados entre entes públicos ou entre entidades públicas e privadas.

Todavia, em 2014, o mandamento de transparência para a seleção da organização da sociedade civil que irá firmar parceria com o Poder Público foi robustecido com o advento da Lei n. 13.019/2014, de abrangência nacional. A partir de então, a legislação afastou expressamente a utilização do convênio para instrumentalizar parcerias entre Estado e o terceiro setor, indicando o *termo de colaboração* e o *termo de fomento* como as modalidades adequadas a tal desiderato, conforme se pormenorizará melhor abaixo.

Atualmente, o convênio é instrumento utilizado estritamente para formalizar ajustes entre entes federados (por exemplo, União e Município) e entre entes públicos com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que atuem de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, por expressa disposição no parágrafo único, do art. 84, desse diploma legal.

b) Contratos de Gestão e Termos de Parceria

Além dos novos instrumentos *termo de colaboração* e *termo de fomento*, o ordenamento jurídico prevê outros dois regimes jurídicos aplicáveis às parcerias entre o Poder Público e o terceiro setor. São eles: o *contrato de gestão* e o *termo de parceria*.

No decorrer da década de 1990, mesmo antes do advento do PDRAE, e início dos anos 2000, o processo de desestatização foi intenso no Brasil. Como já pontuado no capítulo anterior, criou-se um aparato legislativo com vistas a limitar a ação do Estado e reservar a produção de bens e serviços para a iniciativa privada.

Especificamente em relação ao terceiro setor, os reflexos práticos da Reforma ocorreram no campo dos serviços ditos não exclusivos do Estado. A novidade ficou por conta da criação das *organizações sociais*. Com a edição da Lei n. 9.637/1998, permitiu-se a qualificação de entidades do terceiro setor cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, *organizações sociais*[150]. O mesmo diploma legal estabelece que,

[150]. "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

por meio dos *contratos de gestão*, poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos, além de permitir a cessão de servidores públicos, com ônus para o próprio Poder Público. Os *contratos de gestão* constituem-se assim em importante instrumento de cooperação entre Poder Público e sociedade civil, representando, sem sombra de dúvida, ferramenta consensual[151].

Ao longo do tempo, porém, verificou-se a insuficiência do *contrato de gestão* na construção de um ambiente sólido para o terceiro setor no Brasil. No diploma legal em voga consta exigência de participação obrigatória de representantes do Poder Público no Conselho de Administração da entidade[152]. Referida disposição, não obstante mantenha a natureza privada das entidades qualificadas como organizações sociais, interfere sobremaneira na sua autonomia ao permitir a imiscuição do Poder Público em suas deliberações. Mais do que isso, a inserção de representantes do Poder Público no Conselho de Administração com a evidente função de controle das atividades acaba por afetar a composição social da entidade, atribuindo-lhe uma composição mista que acaba lhe dando um caráter de *entidade paraestatal*[153].

Um ponto muito criticado da legislação diz respeito à possibilidade de absorção de atividades antes desempenhadas por órgão público ou entidade estatal (inclusive com bens e servidores públicos), o que, na prática, faz com que o Estado, paulatinamente, deixe de prestar determinados serviços, limitando-se a incentivar a iniciativa privada, sem necessidade de observância ao regime de direito público a que se submete a Administração Pública. Essa disposição gerou inúmeras críticas de juristas, podendo-se citar Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem "são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei"[154].

O principal fator problemático, entretanto, essencial ao escorreito desenvolvimento do presente trabalho, reside no fato de que a lei atribui ao administrador discricionariedade no

---

tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei". BRASIL. **Lei Federal n. 9.637/1998**

[151] Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que a própria lei, em pelo menos um caso, prevê a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que estará exercendo atividade delegada pelo Poder Público. "Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço" Op. Cit. p. 279.

[152] 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) 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" BRASIL. **Lei Federal n. 9.637/1998**. "Art.

[153] DE SOUZA, Leandro Martins. Op. Cit. p. 206.

[154] Op.Cit. p. 280.

deferimento do pedido de qualificação da entidade, dando abertura a decisões sem amparo nos princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade[155].

Conforme afirma Rodrigo Pagani de Souza, "há vício de inconstitucionalidade nas disposições que preveem competência discricionária para a outorga de títulos que geram benefícios econômicos escassos (não disponíveis para todos os interessados)"[156].

Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para a necessidade um processo regular que se assegure igualdade a quaisquer interessados, observando que "a ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de 'graça', uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes, o que, de toda evidência, é incompatível com as concepções de Estado moderno"[157].

A crítica à discricionariedade para outorga da qualificação de OS, nitidamente, aplica-se à outorga de qualquer título, que possa atribuir qualquer benefício econômico que não esteja à disposição de todos os interessados.

Outro diploma legal deveras importante no que tange à parcerização do Estado e o terceiro setor é a Lei Federal n. 9.790/1999, que institui a qualificação de entidades como *organizações da sociedade civil de interesse público*[158] com as quais o Estado pode firmar *termos de parceria*, destinados à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas na lei.

---

[155] Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) II - 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. BRASIL. **Lei n. 9.637/1998**.

[156] Op. Cit. p. 270.

[157] Op.Cit. p. 232.

[158] "Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte". BRASIL. **Lei Federal n. 9.790/1999**.

Em relação à qualificação da entidade, houve importante avanço, na medida em que, por disposição legal, trata-se de ato vinculado[159]. Ou seja, cumpridos os requisitos legais, qualquer entidade pode obter a qualificação de OSCIP.

Outra novidade introduzida por esse diploma diz respeito à exigência de submissão das propostas de termos de parceria à manifestação prévia dos Conselhos de Políticas Públicas, porventura existentes, garantindo, assim, maior legitimidade à parceria a ser firmada, por intermédio da participação de representantes da sociedade civil.

Apesar do relativo avanço entre os dois diplomas, de certa forma, há certa sobreposição entre ambas qualificações de OS e OSCIP, na medida em que ambas servem ao mesmo desiderato: transferência de recursos públicos a entidades do terceiro setor[160]. Talvez a grande diferença entre ambas resida no fato de que a OS recebe ou pode receber delegação de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado.

Nota-se que, não obstante os contratos de gestão sejam dotadas de alguma relevância, o mesmo não ocorreu para os termos de parceria firmados com OSCIPs. Isso ocorre por conta da opção legislativa de concorrência do regime jurídico dos termos de parceria com o dos convênios, sendo este o instrumento que se mostrou mais utilizado pelo Poder Público[161].

Além das mencionadas críticas a respeito da discrionariedade na concessão da qualificação da OS, outro problema que se nota é a não exigência legal de preceder a formalização desses ajustes a procedimento administrativo prévio de escolha, incorrendo no mesmo déficit democrático identificado na formalização dos convênios.

As lacunas de um processo administrativo de seleção, legalmente previsto, garantidor do princípio da igualdade, como condição à formalização de contratos de gestão e termos de parceria, constitui-se, até os dias atuais, como alvo de discussões.

Não há como negar que a garantia de um processo administrativo universal de seleção de propostas, baseado em princípios da publicidade, igualdade e motivação, a fim de permitir a quaisquer entidades do terceiro setor, que assim desejam, apresentarem suas propostas ao

---

[159] "Art. 1º (...) § 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei". BRASIL. **Lei Federal n. 9.790/1999**.

[160] Op. Cit. p. 262.

[161] Como observou Natasha Schmitt Caccia Salinas, "o número de termos de parceria celebrados com a União, no entanto, é inexpressivo se comparado com o de convênios, razão pela qual os atos administrativos emanados do poder executivo assumem papel principal na presente análise, pois são eles que 'de fato' instrumentalizam a maior parte dos ajustes entre governo federal e terceiro setor no Brasil". (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação legislativa no Brasil**: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2008. p. 7).

Poder Público, para que desenvolvam atividades ou projetos de interesse público conjuntamente, representaria considerável avanço ao Estado Democrático, como também fortaleceria a sociedade civil.

Não à toa, o Tribunal de Contas da União sugeriu que os termos de parceria fossem firmados após procedimento de "concurso de projetos"[162]. Assim, em 2011, o Decreto Federal n. 3.100/1999 – regulamentador da Lei Federal n. 9.790/1999 – foi alterado, dispondo, em seu art. 23, que a escolha da OSCIP, para a celebração do termo de parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de *concursos de projetos* pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Pela mesma razão, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/1998, no bojo da ADI 1923/DF, assentando que a celebração de contrato de gestão não se submete à exigência de prévio procedimento licitatório, ante a sua natureza jurídica de convênio em sentido amplo. Contudo, não obstante o afastamento de procedimento licitatório, consignou que, caso existam particulares em idêntica situação, almejando a posição de parceiro do Poder Público, impõe-se ao Poder Público a condução de 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.[163]

Nota-se, pois, em relação a ambos os instrumentos de parceria, um caminhar à democratização, mas ainda incipiente. Há uma série de fatores que enfraquecem o regime jurídico dos contratos de gestão e dos termos de parceria[164]: a) necessidade de qualificação prévia das entidades[165]; b) ausência de previsão infraconstitucional acerca de um procedimento administrativo garantidor de princípios constitucionais aplicáveis em um Estado Democrático de Direito; c) a inexistência de regras mais incisivas acerca da necessidade de planejamento prévio; d) baixa efetividade de um controle pautado nos

---

[162] BRASIL. TCU. **Acórdão 1777/2005**, Plenário. Relator Ministro Marcos Vilaça, DOU 20/11/2005.

[163] BRASIL, STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em 08 jul. 2016.

[164] SOUZA, Rodrigo Pagani. Op. Cit. p. 502-503.

[165] Como explica Leandro Martins Souza, há muito se fala no Brasil da "crise do título de utilidade pública", isso porque tem se verificado que as titulações, muitas vezes, são concedidas sem objetividade. Vários juristas começaram a questionar se esses títulos realmente se prestavam ao atendimento do interesse público ou se representavam apenas mais uma barreira burocrática que incrementava os riscos de tráfico de influências. Também, questionavam a pouca ou quase nenhuma importância dada ao controle de resultados, tornando os órgãos responsáveis pela emissão desses títulos meros analistas de documentos formais em detrimento de avaliarem a relevância pública das ações. Não à toa, a Lei n. 13.019/2014, em seu art. 84-B, desvinculou a necessidade de certificação para que as entidades sejam fomentadas pelo Poder Público. DE SOUZA, Leandro Martins. Op. Cit. p. 216-217.

resultados; e) falta de adequada transparência de aplicação dos recursos públicos, inviabilizando controle social.

Embora o contrato de gestão e o termo de parceria sejam instrumentos ainda vigentes, as falhas identificadas em seu regime jurídico levaram a um aperfeiçoamento da legislação, culminando na elaboração do já mencionado Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

c) Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação

Em julho de 2014 foi promulgada a Lei 13.019/2014, que passou a ser conhecida como "Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil", trazendo novel tratamento ao terceiro setor no Brasil.

Com sua entrada em vigor em 23 de janeiro de 2016 na União, Estados e Distrito Federal, e em 1º de janeiro de 2017 nos Municípios, passa a ser estabelecido um novo regime jurídico das parcerias entre o Poder Público e as organizações por meio de novos instrumentos jurídicos: o *termo de fomento* e o *termo de colaboração*, no caso de parcerias que envolvam transferências de recursos financeiros, e o *acordo de cooperação*, no caso de parcerias sem transferência de recursos financeiros[166].

Para Rodrigo Xavier Leonardo, a Lei 13.019/2014 é uma lei geral que, apesar de ter diferenças em relação às legislações pretéritas do assunto "não as aniquila, a partir da configuração de um novo 'modelo' para pessoas jurídicas de direito privado que, ao desenvolver atividades de interesse público, se colocam em uma posição de convergência com a Administração Pública"[167].

---

[166] "De acordo com sua redação originária, a Lei n. 13.019 propunha-se a estabelecer o regime de "parcerias *voluntárias*", envolvendo ou não transferências de recursos, entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (doravante OSC), em regime de cooperação e para a consecução de atividades de interesse público. Ademais, instituía o termo de colaboração e o termo de fomento e trazia diretrizes da política de fomento, além de alterar a Lei de Improbidade e a Lei federal das OSCIP. Com as incontáveis alterações determinadas pela Lei n. 13.204/2015 antes mesmo do início da vigência da Lei n. 13.019, até a ementa desse diploma foi refeita. Extirpou-se o adjetivo "voluntárias", que não se justificava por sua redundância, e passou-se a falar somente de parcerias estatais com as OSC, sem qualquer destaque à questão dos recursos financeiros. A nova ementa ainda agregou, ao lado do termo de fomento e de colaboração, um novo instrumento contratual: os chamados "acordos de cooperação", reforçando seu caráter de lei contratual. As demais informações da ementa permaneceram: o objetivo do diploma ainda consiste em oferecer diretrizes da política de fomento e cooperação estatal com as OSC". MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Chamamento Público para as parcerias – Comentários à Lei n. 13.019/2014. **Revista Digital de Direito Administrativo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP).** v.3 , n. 2, p. 453-473, 2016. p. 455.

[167] LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2014. p. 264.

Há que se notar tratar, ao contrário das legislações da OS e da OSCIP, o caráter nacional do MROSC. Isso é facilmente compreendido de uma leitura dos preceptivos legais, a exemplo do art. 1º cujo teor preconiza que a lei "institui *normas gerais* para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil". Outro elemento a denotar o caráter nacional da Lei se encontra no art. 2º, que oferece definições basilares à compreensão das normas e dos institutos tratados no diploma. Ao longo do rol de definições, aponta-se a "administração pública" como União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, e suas subsidiárias. Verifica-se ainda do art. 33, V, 'a', que cuida de requisitos que uma OSC deve cumprir para celebrar parceria, a exigência de prazos mínimos de existência da parceira privada que variam de acordo com a esfera federativa em que se firma o contrato. Para parcerias com o Munícipio, é preciso que a OSC exista há pelo menos um ano; com os Estados, há no mínimo dois; e com a União, há ao menos três anos. Por fim, outro dispositivo que revela o caráter nacional da legislação é seu art. 88, incluído pela Lei n. 13.204/2015, dispondo a respeito do início de vigência a cada ente da Federação, concedendo um prazo diferenciado aos Municípios, tendo em vista, certamente, os reconhecidos entraves em sua gestão.

Outro aspecto relevante da legislação, como brevemente mencionado acima, é a não exigência de que as OSCs tenham títulos ou certificações específicas para que possam firmar parcerias. Dessa forma, os novos instrumentos jurídicos poderão ser celebrados com entidades, independentemente de que qualquer qualificação ou título de Utilidade Pública. Segundo o Manual "Entenda o MROSC", publicado pela Secretaria da Presidência da República, parte-se da ideia de que "quanto menos burocracia prévia e mais organizações participarem, melhor!"[168].

Outra novidade diz respeito aos novos instrumentos já mencionados.

A partir de agora, o termo de fomento e o termo de colaboração representam os instrumentos jurídicos contratuais por excelência em matéria de parceria social. A diferença entre ambos é relativamente simples: enquanto o termo de colaboração se destina à seleção de entidades da sociedade civil para participação em projetos propostos pela Administração Pública, o termo de fomento serve à escolha de entidades privadas para projetos que tenham

[168] BRASIL. **Secretaria de Governo da Presidência da República. Entenda o MROSC**: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016. p. 21. Disponível em: <http://portal.convenios.gov.br/images/docs/MROSC/Publicacoes_SG_PR/LIVRETO_MROSC_WEB.pdf>. Acesso em: 20 jun 2017.

sido idealizados pela própria sociedade civil. Nota-se, pois, o rótulo do instrumento varia apenas para indicar o sujeito responsável pela iniciativa da parceria[169].

Pela diferença estabelecida em relação à iniciativa de apresentação do projeto, pode-se dizer que o termo de colaboração deve se destinar à execução de políticas públicas nos casos em que a política pública em questão já possua parâmetros consolidados, com indicadores e formas de avaliação conhecidos. O termo de fomento, por sua vez, apoia e reconhece iniciativas das próprias organizações, tendo por finalidade atrair políticas públicas tecnologias sociais inovadoras, fomentar projetos e eventos nas mais diversas áreas e ampliar o alcance das ações já desenvolvidas pelas organizações[170].

Já quando a parceria não envolver transferência de recursos financeiros, o instrumento a ser utilizado será o acordo de cooperação.

Dentre os principais méritos da legislação criadora desses novos instrumentos de parceria, conta-se com a maior ênfase no planejamento, a elevação dos níveis de transparência e participação, a ampliação do acesso, as limitações à indevida utilização da cooperação com OSC's, a maior autonomia das OSC's nas várias etapas do projeto, a possibilidade de execução em rede do projeto, a autorização para o custeio de despesas institucionais e a simplificação e melhoria dos instrumentos de controle[171].

O planejamento prévio, conforme já suscitado no primeiro capítulo deste trabalho, constitui um pressuposto básico para o adequado desenvolvimento dos instrumentos de cooperação na Administração Pública, na medida em que um dos aspectos do princípio constitucional da eficiência diz respeito justamente à qualidade da ação administrativa a fim de obter resultados satisfatórios ou excelentes. Sob essa ótica, o MROSC prevê expressamente como uma de suas diretrizes *a priorização do controle de resultados* (art. 6º, II).

---

[169] BRASIL. **Lei n. 13.019/2014**. Art. 2º (...): 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;

[170] BRASIL. **Secretaria de Governo da Presidência da República. Entenda o MROSC**: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016. p. 21. Disponível em: <http://portal.convenios.gov.br/images/docs/MROSC/Publicacoes_SG_PR/LIVRETO_MROSC_WEB.pdf>. Acesso em: 20 jun 2017 p. 23.

[171] DORA, Denise Dourado; PANNUNZIO, Eduardo. **Em busca da ousadia:** comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo Grupo de Trabalho "Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil". Análise CPJA/DIREITO GV, São Paulo, n. 1, p. 932, jun.2013, Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Inclusive, no que tange à prestação de contas, conta do § 3º, do art. 64, que a prestação de contas deverá considerar a verdade real e os resultados alcançados, priorizando a análise do relatório de execução do objeto, elaborado pela organização da sociedade civil, contendo as atividades ou projetos desenvolvidos para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados, dispondo que eventual análise de execução financeira do termo de colaboração ou do termo de fomento, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas e sua vinculação com a execução do objeto, somente será objeto de análise na hipótese de descumprimento de metas e resultados estabelecidos no plano de trabalho. Nesse sentido, a substituição de controle de meios pelo de resultado, com ênfase no planejamento, é tida como uma boa iniciativa no âmbito dessa nova regulação do terceiro setor.

Contudo, a grande novidade encampada pela legislação, de suma importância ao desenvolvimento do presente trabalho, é a instituição de um procedimento administrativo prévio à formalização das parcerias, o qual se denominou de *chamamento público*.

A esse respeito, a lei é extremamente detalhista. Prevê critérios para definição do objeto do edital; princípios para condução do chamamento; a obrigatoriedade de uso do procedimento, salvo em hipóteses especiais de dispensa ou inexigibilidade; requisitos para habilitação das entidades interessadas; vedação de medidas discriminatórias durante o processo ou no edital; possibilidade de atuação em rede sob coordenação da entidade vencedora; critérios de julgamento; normas de composição da comissão de seleção, entre outras disposições.

Com isso, busca-se implantar maior segurança jurídica para as organizações da sociedade civil: além de contarem com uma única norma estruturante, aplicável às suas relações de parceria com os diversos órgãos e entidades da administração pública federal, distrital, estadual e municipal, referido diploma também exige um agir com mais planejamento e comprovação da capacidade técnica e operacional da OSC.

2.4.2 Da necessidade de um processo de seleção nos moldes do Estado Democrático de Direito

Conforme se verifica, um dos aspectos mais debatidos no que tange ao controle dos mecanismos de fomento do terceiro setor é justamente o processo pelo qual o Poder Público escolha a entidade beneficiada. A percepção de que a disponibilidade de recursos é escassa e de que não é possível ao Estado transferi-los a todas as entidades interessadas alimenta a

necessidade de construção de um procedimento administrativo prévio de escolha, cujas fases devem estar pautadas nos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência, da moralidade.

Além disso, a existência de um processo de seleção prévio consagra a mencionada ideia de que "decidir é fazer processos", demandando de toda atividade decisória na Administração Pública a observância a princípios e regras de ordem processual. Dessa forma, garantias da ordem processualística, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, como também uma maior participação, seriam inerentes à validade da decisão administrativa. Especificamente na organização administrativa, as ideias que permeiam a participação dão azo a um maior controle social por meio do processo administrativo.

Não só. O procedimento prévio de seleção também pode representar fortalecer o agir estatal em razão dos resultados, quando trouxer o planejamento prévio como condicionante à formalização das parcerias. Como visto, o ato de planejar está atrelado à própria ideia de administrar, não cabendo, portanto, qualquer tipo de improvisação na atividade administrativa: se o gestor de negócios privados lida diariamente com metas e resultados, quando mais o administrador público, que lida com interesses da coletividade, deve atuar com diligência, fixando procedimentos, padrões e metas, descrevendo o caminho a percorrer para dado objetivo, com indicadores que permitam aferir quanto se alcançou ou se foi alcançado. Dessa forma, caso o processo de seleção exija de ambos parceiros o descrever do caminhar, com parâmetros de controle detalhados conforme o desenho institucional da política pública, o princípio da eficiência estará garantido.

Partindo dessas premissas, certamente, a implantação do novel processo de seleção contido na Lei n. 13.019/2014 pode representar grande valia ao melhoramento da organização administrativa do Estado e, consequentemente, ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Para tais desideratos, esse procedimento deverá realmente efetivar a gestão pública democrática, valorizar as organizações da sociedade civil como parceiras do Estado na garantia e efetivação de direitos e constituir instrumento que garanta a efetivação de resultados constitucionalmente previstos.

Importante assim verificar, à luz de tudo o que desenvolvido no presente estudo, se houve de fato, na organização administrativa, a criação de nova forma de atuação, inspirada no postulado da democracia participativa, capaz de alterar a relação da Administração não só com os administrados, mas também com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica, consagrando maior participação e eficiência nas ações do Estado.

Há que se analisar se há, atualmente, no Brasil, no que tange às parcerias entre Estado

e terceiro setor, concreta democratização de oportunidades por recursos, a universalização da participação em atos da Administração e o incremento do controle social por meio do processo administrativo.

A partir das mudanças já expostas no regime jurídico de parcerias, a presente dissertação, nos próximos capítulos, buscará fazer um apanhado geral do novo procedimento, com base no que vem sendo discutido sobre os aspectos positivos da lei, bem como sobre algumas questões que representam um desafio. Cabe avaliar ainda alguns aspectos que não foram abordados pela lei, que são tidos como lacunas no dia-a-dia das OSC's.

Assim, cabe ao escorreito desenvolvimento do presente trabalho diagnosticar o procedimento instituído pela Lei. 13.019/2014 denominado *chamamento público*, apontando o panorama de mudanças por ele implantadas.

3 DA FASE INTERNA DO CHAMAMENTO PÚBLICO

Conforme visto nos capítulos anteriores, no que diz respeito à cooperação do Estado com a sociedade civil, a necessidade de implantação de uma referência organizacional surge não só pelo fato de à Administração Pública recair a responsabilidade de dispensar medidas legais de parcerias, como também porque a formação dessa relação jurídica demanda a construção de procedimentos que controlem essa atuação estatal.

Tendo em vista que a Administração, inserida como está em sociedade caracterizada pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, natural que o procedimento também aflore os mais diversos interesses antes da tomada de qualquer decisão, razão pela qual necessário que permita o confronto objetivo e a coexistência de interesses, propiciando o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa.

Ademais, inquestionável que expressões lapidadas pelo Direito Processual, como *procedimento* e *processo*, não são relevantes apenas para a atividade jurisdicional judicial. Prova disso é que dos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição da República, verifica-se que a atividade administrativa do Estado configura, por vezes, como uma atuação processual.

Como preconiza Marçal Justen Filho, obviamente, o processo não é simplesmente um conjunto de folhas que documentam e instruem a prática de atos administrativos. É sim relação jurídica, em que o procedimento se sujeita a regime jurídico especial, caracterizado pela subordinação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ensina que essa consagração desses princípios reflete, em verdade, uma ordenação que reduz a discricionariedade e assegura a racionalidade da decisão final, na medida em que, sempre que houver risco de sacrifício de direitos individuais, será obrigatória a observância do devidos processo legal[172].

Explica Carlos Ari Sundfeld que a leis de procedimento (ou processo) administrativo são consideradas instrumentos fundamentais ao Estado de Direito e da cidadania, na generalidade dos Estados democráticos[173].

Em verdade, conforme aponta Odete Medauar, na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo, propiciando o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; contribui, assim, para conferir maior grau de objetividade, contrapondo-se à visão

[172] Op. Cit. p. 683-684.
[173] SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit. p. 18.

estática da atividade administrativa, focaliza-se no dinamismo, com vistas ao "formar-se" do ato[174].

Nesse contexto de garantia de um ambiente democrático para tomada de decisões por meio do processo, implanta-se, no Brasil, um novo procedimento administrativo que se denominou de *chamamento público*.

O *chamamento público*, instituído pela Lei n. 13.019/2014, é um procedimento administrativo assemelhado a um procedimento licitatório. Por meio dele, a Administração Pública, com a publicação de um edital, dará a publicidade necessária à sociedade, divulgando o desejo de firmar parceria com uma organização da sociedade civil, definindo objetivamente os critérios de escolha do projeto, para ao final formalizar uma associação com o setor privado, por conduto do termo de fomento ou termo de colaboração[175].

A lei conceituou, no inciso XII, do artigo 2º, o que é *chamamento público*, assentando fortemente seu propósito de consolidação dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, determinando a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O chamamento deve adotar procedimento claro, objetivo e simplificado, para orientação dos interessados e maior facilidade de acesso às instâncias administrativas, conforme previsão do artigo 23, da Lei n. 13.019/2014[176].

Para a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, a partir de agora, privilegia-se a transparência e a isonomia no processo de seleção e acesso aos recursos públicos, pondo fim a uma das principais polêmicas referentes às parcerias, que era a forma de seleção. Segundo a entidade, anteriormente, na ausência de regras claras, muitos órgãos públicos firmavam os convênios diretamente com certas organizações, sem passar por um processo público de escolha. A partir de agora, os entes governamentais são obrigados a abrir processo de chamamento público, e as organizações e seus projetos têm que se inscrever para

---

[174] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. Cit. p. 224.

[175] Segundo Di Pietro, a Lei n. 13.019/14 não utilizou o vocábulo licitação para designar o procedimento de seleção da organização da sociedade civil, falou sim em chamamento público, que não deixa de ser uma modalidade de licitação. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 300).

[176] BRASIL. Lei n. 13.019/14. Art. 23. 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 nesta Lei.

serem selecionados[177].

Procura-se, assim, por meio desse instrumento, a profissionalização da execução das parcerias, com a garantia de que se buscarão organizações da sociedade civil com técnica e capacidade operacional para cumprir o objeto avençado de forma eficaz.

3.1 Avaliação prévia

Ao contrário da Lei de Licitações e Contratos, a legislação das parcerias com as organizações da sociedade civil não indica de forma sistematizada as fases do procedimento do chamamento público. Todavia, do texto legal, depreende-se um estágio antecedente, que pode ser denominado de *fase interna*, destinada ao planejamento e estudo da parceria a ser firmada, momento em que serão definidos seus objetivos, para, subsequentemente, compor o edital de chamamento público, e uma *fase externa*, que se inicia com a publicação do instrumento convocatório, findando com a formalização do termo de colaboração ou fomento.

Não se pode olvidar, porém, que existe um conjunto de providências preliminares que devem anteceder a decisão de promover um certame, antecedendo até mesmo a *fase interna*, constituindo-se como uma avaliação preliminar à instauração do processo administrativo.

Conforme orienta o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o gestor público, ao optar pela celebração de parcerias, na forma de termo de colaboração ou termo de fomento, deve estar convencido de que detém a capacidade operacional de instituir processos seletivos, de avaliar as propostas com o rigor técnico necessário, de fiscalizar a execução em tempo hábil e de modo eficaz e de apreciar a prestação de contas na forma e nos prazos determinados na legislação, além de ter ciência da necessidade de capacitar as pessoas envolvidas e de prover os recursos materiais e tecnológicos para assegurar a capacidade técnica e operacional[178]. É também o que se coligi dos artigos 7º e 8º, da legislação em comento.

Infere-se, pois, a preocupação do legislador com o *planejamento* do processo administrativo no qual se promoverá o chamamento público para a subsequente formalização de parceria, tanto no que atine à capacitação de pessoal, quanto ao provimento dos recursos materiais e tecnológicos necessários para assegurar a sua capacidade técnica e operacional

---

[177] Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG). **Entenda o PL 7.168/2014 de A a Z**. 2014. Disponível em: <http://www.ceaprs.org.br/wp-content/uploads/2014/08/entenda-o-mrosc-de-a-a-z1.pdf>. Acesso em 13 jul. 2016.

[178] SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor**. 2016. p. 127-128. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/repasses_publicos_terceiro_setor.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

para acompanhamento das parcerias, refletindo a mencionada tendência do agir estatal em função dos resultados.

Esse planejamento, porém, envolve etapas, iniciando-se com a avaliação preliminar do gestor público acerca da necessidade de instauração de um processo administrativo.

Com efeito, a primeira providência dessa fase preliminar à instauração do processo, sem dúvida alguma, consiste em identificar a necessidade a ser satisfeita, por meio da análise da situação fática presente. Verificada a necessidade, cabe considerar todas as alternativas possíveis para sua solução, compulsando as vantagens e desvantagens existentes entre elas. A terceira providência está direcionada a avaliar a viabilidade jurídica e financeira da solução considerada a melhor ao atendimento da demanda. Por fim, caberá ao gestor verificar se a execução direta, por seus próprios recursos, é a solução mais conveniente, caso contrário, caberá perquirir se cabível o atendimento por conduto de uma parceria com organizações da sociedade civil.

Uma vez desenvolvida a avaliação preliminar e tomada a decisão de que a demanda será atendida com a cooperação de entidades do terceiro setor, poderá instaurar-se a etapa interna propriamente dita.

3.2 Do planejamento do chamamento público

A etapa interna, que compõe ainda a fase de *planejamento* do chamamento público, é constituída por atos necessários à definição do ajuste a ser formalizado e à publicação do ato convocatório do chamamento público. É dita interna porque se desenvolve no âmbito exclusivo da Administração.

Inicia-se com a instauração do devido processo administrativo, sendo necessária a autuação, o protocolo e a numeração, a fim de garantir que todos os atos, etapas e intervenções estejam devidamente documentados, assegurando, assim, seriedade e confiabilidade do certame, como também uma construção histórica dos eventos. Aliás, importante que, a partir dessa etapa, todo e qualquer ato seja documentado por escrito, até mesmo quando conduzido verbalmente ou por qualquer outra conduta, deverá ocorrer sua documentação por escrito no processo.

Cabe pontuar que os gestores públicos devem ter em mente que o chamamento público não se constitui mera formalidade. Para que possam implementar ações, programas e políticas públicas conjuntamente com organizações da sociedade civil, deverão prever, anualmente, os valores que serão gastos por meio de parcerias, precisarão ainda estar preparados para

cumprirem os prazos previstos de análise da prestação de contas, evitando que os documentos se acumulem e, com isso, atrasem sua boa conclusão e, por fim, precisam saber que o regime jurídico da Lei n. 13.019/2014 tem por diretriz a *priorização do controle de resultados*, o que lhes demandará a avaliação da proposta com rigor técnico, como também um rígido monitoramento da parceria.

Por essa razão, o desenvolvimento regular dessa etapa interna é condição para o êxito das etapas posteriores. Todos os demais atos praticados pela Administração, no curso do chamamento público, são reflexo das decisões e atos perpetrados na fase interna. Por meio dela, identifica-se expressamente a necessidade e a parceria como melhor alternativa.

Conforme pontuam Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, a chamada *fase de planejamento* deve ser realizada tanto previamente ao chamamento público, quanto quando da dispensa ou inexigibilidade desse procedimento, destinando-se a debater a estratégia e o conteúdo da parceria, sua utilidade e seus impactos.[179] Ou seja, a decisão por dispensa ou inexigibilidade é posterior à etapa preparatória que deve ser a mesma em qualquer caso.

No presente trabalho, denominar-se-á de *fase interna* aquela que antecede a publicação do ato convocatório do chamamento público. Com efeito, dentre as inúmeras feições relevantes dessa estratégica etapa, há que se debater pelo menos sete: a) instauração do processo administrativo; b) indicação da comissão de seleção; c) elaboração do Plano de Trabalho que orientará a futura parceria; d) valor de referência; e) e programação orçamentária; f) elaboração do ato convocatório; g) parecer jurídico.

3.2.1 Instauração do Processo Administrativo

Como visto, o chamamento público tem início com a abertura do processo administrativo. Ou seja, o processo não se inicia com a publicação do ato convocatório, o qual tem o condão apenas de iniciar a *fase externa* do certame.

O fundamento para isso reside no fato de que vícios na *fase interna* invariavelmente podem interferir na *fase externa*. Se os atos praticados na etapa preliminar estiverem eivados por alguma ilegalidade insanável, certamente os atos posteriores serão invalidados. Daí deriva a ideia de que o processo administrativo de chamamento público inicia-se com a fase interna e não apenas quando publicado o ato convocatório.

---

[179] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p.457.

Como visto, em decorrência da necessidade de documentação de todos os atos praticados, a abertura do processo administrativo se inicia com autuação, protocolo e numeração, observada a normatização interna de cada ente para tal desiderato.

Usualmente, os processos são autuados – formação dos autos – iniciando-se com uma justificativa apresentada por determinado e específico setor da Administração. Essa justificativa, ou também conhecida por requisição, decorre do dever de motivação dos atos administrativos, cabendo ao administrador público apresentar a devida contextualização da necessidade pública, os dados e as informações sobre a política, o plano, o programa ou a ação em que se insira o objeto da parceria que se pretende firmar.

Com base nesses elementos, será possível formular o Plano de Trabalho ou os parâmetros para o a organização da sociedade civil apresente seu próprio plano, além de essencial para que seja indicado o valor de referência, para que se faça a devida programação orçamentária e, por fim, para que se elabore um adequado ato convocatório, no qual constem cláusulas e condições específicas da execução da política, do plano, do programa ou da ação em que se insere o ajuste pretendido, dispondo, inclusive, sobre a execução por público determinado, delimitação territorial, pontuação diferenciada, cotas, entre outros, ou mesmo fundamentar eventual decisão acerca da dispensa ou inexigibilidade do certame.

3.2.2 Comissão de Seleção

A *comissão de seleção* foi conceituada pela Lei n. 13.019/2014 como o "órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública" (art. 2º, X). Do conceito legal captam-se ângulos de relevo.

O primeiro ponto a se destacar é a determinação da legislação no sentido de que a comissão seja constituída por *ato próprio* (por exemplo, uma portaria assinada pelo Secretário ou Ministro da Pasta), a ser publicado em meio oficial de comunicação, que, pela praxe, dá-se pela imprensa oficial do ente, sendo mais do que razoável se admitir que venha a lume mediante fixação em lugares públicos, em se tratando de Municípios menores ou longínquos nos quais não circula diário oficial.

Outro aspecto a se abordar é que o preceptivo não foi claro sobre qual o momento para que se constitua a comissão de seleção. Durante a pesquisa, ao compulsar editais de

chamamentos realizados no Município de Campinas entre novembro e dezembro de 2016[180], pôde-se aferir que a comissão foi constituída já quando da fase externa do chamamento, pouco antes da análise das propostas, ou seja, entre a publicação do edital de chamamento e o prazo final de entrega das propostas ou data de análise das propostas[181].

Em princípio, do texto legal, pode-se presumir viável que seja dado início à fase externa do chamamento público sem que constituída a comissão de seleção. Entretanto, a validade da expedição de edital sem que se tenha divulgado os seus membros não significa que seja recomendável tal prática. O ideal é que seja constituída *antes* da publicação do edital. Explica-se: a comissão é responsável por receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao chamamento, incluindo a habilitação e a capacidade técnica e operacional das organizações da sociedade civil. Não só: a comissão possui competência de analisar impugnações e avaliar as propostas, demandando um profundo conhecimento do edital, razão pela qual razoável que seus membros tenham participado da elaboração do regramento do certame.

Ademais, necessário também que a comissão seja previamente formada como uma garantia às organizações da sociedade civil interessadas em participar do certame de apresentarem eventuais impugnações, cujo objeto sem sombra de dúvida pode pairar sobre o impedimento de um dos membros da comissão.

Não obstante a omissão da lei em relação a esse ponto específico, fazendo com que qualquer apontamento acerca do momento exato da indicação dos membros seja passível de indagação, inquestionável que a comissão deva estar constituída até a data prevista para a apresentação das propostas. Caso não esteja, haverá nulidade insanável do procedimento. Qualquer atitude da autoridade administrativa no sentido de nomear a comissão quando já definida a identidade de todos os participantes promoveria sério perigo de atentado aos princípios da impessoalidade e da isonomia, além de lesionar a moralidade administrativa.

Quanto ao impedimento para a participação da comissão de seleção, há regramento previsto no art. 27, § 2° da Lei n. 13.019/2014. Estarão impedidas de participar da comissão

---

[180] MUNICÍPIO DE CAMPINAS (SÃO PAULO). Prefeitura Municipal de Campinas. Editais de chamamento n. 04/2016, 05/2016, 24/2016 e 25/2016. Disponíveis em <http://www.campinas.sp.gov.br/>. Acesso em 29 mai 2017.

[181] Observando-se que, pelo regramento contido em alguns dos editais analisados, as organizações da sociedade civil poderiam protocolar suas propostas dentro de determinado período, fazendo com que as Secretarias gestoras recebessem protocolos administrativos, que seriam analisados ao longo do prazo, já noutros, estipulou-se uma data certa em que as entidades deveriam apresentar os envelopes com suas propostas. Pelo nosso entendimento, ambas os expedientes podem ser utilizados. A legalidade do regramento do edital, nesse aspecto, deve ser avaliada em cada caso, de acordo com o caráter competitivo e os critérios de avaliação a serem utilizados. Por exemplo, se o certame possuir um caráter competitivo, o ideal é que as propostas sejam entregues todas na mesma data e com publicidade entre todas as OSC's participantes.

de seleção as pessoas que tenham mantido relação jurídica, nos últimos cinco anos, com pelos menos uma das entidades participantes do chamamento público. Para Marrara e Cesário, embora benéfico à moralização das comissões, o dispositivo em questão é bastante tímido, pois se restringe a apontar uma situação de risco de quebra da impessoalidade. Ademais, ele não elucida com clareza o que venha a ser a tal "relação jurídica". Apesar da indeterminação, entende-se aqui que essa expressão abarca a situação do agente público tenha firmado relações contratuais com a OSC, que tenha para ela trabalhado ou prestado serviços, ou ainda, de alguma forma, foi dirigente ou associado[182].

Nesse sentido, inclusive, o Decreto Federal n. 8.726/2016, ao regulamentar a legislação em comento, determina que o membro da comissão deverá se declarar impedido de participar do processo de seleção quando verificar que tenha participado, nos últimos cinco anos, como associado, cooperado, dirigente, conselheiro ou empregado de qualquer organização da sociedade civil participante do chamamento público (art. 14, inciso I).

Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário alertam ainda que a norma do art. 27, § 2º da Lei n. 13.019 não afasta o dever de a Administração aplicar às parcerias outras hipóteses de controle da impessoalidade previstos na legislação, a exemplo da Lei de Processo Administrativo (LPA), que estipula situações de impedimento e suspeição, as quais, no entender dos autores, estendem-se obrigatoriamente aos chamamentos realizados pela Administração Pública federal e, por analogia, aos organizados por Estados e Municípios que não tenham leis de processo com regras próprias de impedimento e suspeição.[183]

Assim é que o decreto federal acima mencionado, no inciso II, do art. 14, estabelece que o integrante da comissão também deverá se declarar impedido quando sua atuação no processo de seleção configurar conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813/2013[184], confirmando a aplicabilidade de outras hipóteses de controle de impessoalidade previstas na legislação.

Outra particularidade a se destacar é que a lei não definiu o número de membros da comissão de seleção, exigindo apenas que um deles ocupe cargo efetivo ou emprego permanente na Administração Pública, ou seja, assegurada a presença de um empregado ou servidor efetivo, todos os outros poderão ser comissionados ou até mesmo temporários.

---

[182] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 457.
[183] Ob. Cit. p. 457.
[184] Consoante determina o art. 1º, da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre as situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses regulam-se pelo disposto nesta Lei.

Para Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, questionável a abertura dada pela lei à participação desses tipos de agente público, os quais, pela interpretação da redação legal, podem formar a maioria da comissão. O problema dessa possibilidade reside no fato de que tais agentes públicos ou estão sujeitos a maior influência política (caso dos comissionados) ou não passam por concurso público (caso dos temporários, contratados por processo seletivo e, em alguns casos, por mera análise de currículo ou sem qualquer seleção). Por tal razão, apontam como mais adequada a versão originária do inciso X, do art. 2º[185], segundo a qual pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros da comissão de seleção deveria ser de servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da entidade da Administração Pública realizadora do chamamento[186].

Uma peculiaridade trazida pelo decreto federal é que o § 2º, do art. 14, faculta ao órgão ou à entidade pública federal estabelecer uma ou mais comissões de seleção, observado o princípio da eficiência. Ou seja, da leitura da regulamentação vigente para a União, pode-se aferir a possibilidade de um único chamamento possuir mais de comissão. Há que se consignar a impropriedade legislativa, eis que inviável múltiplas comissões em um mesmo processo de seleção. Inquestionável a existência de contratempos e que a análise de inúmeras propostas, com seus inclusos planos de trabalho, possa ser intricada, porém a comissão certamente deve ser única.

Veja-se que a legislação não instituiu número mínimo de membros, como também não há número máximo. Compulsando os mencionados chamamentos públicos realizados no Município de Campinas, verificou-se que as Secretarias gestoras constituíram comissões com mais de dez membros, os quais se dividiram em grupos de três pessoas para análise das propostas. Mas, frise-se, a comissão era una, com partilhamento de poderes e responsabilidades igualmente entre seus membros.

A pluralidade de membros é recomendável, já que reduz eventuais arbitrariedades e juízos subjetivos, além de ampliar a publicização das decisões, já que quanto mais membros, menor o sigilo.

Por fim, ressalte-se que o parágrafo único, do art. 7º, da Lei n. 13.019/14, ao dispor que a participação em programas de preparo *não* se constitui como condição para o exercício da função de membro da comissão, acaba por desestimular a busca por qualificar servidores que assumam tal ofício.

---

[185] Alterada pela Lei nº 13.2014 de 2015.
[186] Op. cit. p. 457.

Para André Tito Motta Oliveira, a faculdade de participação nas capacitações se mostra nociva, na medida em que poderá, entre outros efeitos, desvalorizar os programas de capacitação e desestimular sua realização[187]. Alia-se a esse argumento o fato de a ausência de qualificação permitir a composição da comissão por servidores sem os devidos conhecimentos técnicos necessários a evitar erros procedimentais que possam, eventualmente, ocasionar a nulidade da contratação, gerando prejuízos temporais e financeiros à Administração Pública. Por tais razões, Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, a despeito da faculdade prevista na lei, concluem que a capacitação prévia do membro da comissão é medida que se impõe por força do princípio da eficiência administrativa[188].

3.2.3 Elaboração do Plano de Trabalho

Para que seja celebrada uma parceria, imprescindível a elaboração e a aprovação de um Plano de Trabalho[189].

Conforme já pontuado no capítulo anterior, o Plano de Trabalho poderá ser elaborado pela própria Administração Pública, caso em que o ajuste resultante se denominará Termo de Colaboração, ou poderá ser proposto pelas OSC's, hipótese em que a parceria futura se chamará Termo de Fomento. Assim, a elaboração do Plano de Trabalho é etapa procedimental obrigatória quando o objetivo seja firmar Termo de Colaboração, que, em regra, é instrumento destinado à execução de políticas públicas que já possuam parâmetros de aferição do resultado consolidados, com indicadores e formas de avaliação já conhecidos do administrador. Nada impede, porém, que se construam indicadores para a execução de uma atividade ou um projeto inéditos.

Ressalte-se que o Plano de Trabalho não é novidade no ordenamento jurídico. Esse instrumento já estava previsto no § 1º, do art. 116, da Lei n. 8.666/1993 como requisito à celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, cujos elementos mínimos previstos são semelhantes aos contidos na Lei n. 13.019/14.

O Plano de Trabalho representa o instrumento essencial à projeção e ao efetivo

---

[187] OLIVEIRA, André Tito Motta. **Da atuação do terceiro setor por meio das parcerias com o estado e seu controle pelos tribunais de contas:** entre os lindes da transparência e da eficiência. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. p. 82.

[188] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p.458.

[189] BRASIL. Lei n. 13.019/2014. Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública: (...) IV - aprovação do plano de trabalho, a ser apresentado nos termos desta Lei;

controle da parceria, sendo nada mais que uma minuciosa descrição do caminho a se perseguir na concretização de um objetivo. É, pois, uma ferramenta, que deve possibilitar perceber a realidade e avaliar os caminhos, construindo um trâmite adequado para concretizar o objeto a que se destina. Trata-se de um processo de deliberação e organização de ações, antecipando os resultados esperados. Esta deliberação busca alcançar, da melhor forma possível, alguns objetivos pré-definidos.

Uma vez mais, pode-se aferir na legislação, pela exigência de elaboração e aprovação de um Plano de Trabalho para formalizar uma parceria, a influência dos conceitos da *administração pública por resultados*, focada no planejamento e no cumprimento de metas, passando a ter relevância o incremento da qualidade da atuação do Poder Público. Como observa Denise Dourado Dora e Eduardo Pannunzio, um ajuste celebrado sem esse cuidado torna-se um empreendimento temerário, de difícil monitoramento e avaliação, favorecendo desvios e irregularidades. Dificilmente se pode, por exemplo, proceder a um controle rigoroso sobre a cooperação, já na etapa de prestação de contas, se o instrumento que define as bases dessa relação foi celebrado sem maior zelo na identificação das metas e indicadores de resultado[190].

Para cumprir seu desiderato, diversos elementos deverão constar desse plano, cujo detalhamento se encontra no art. 22 da Lei n. 13.019/2014. Cumpre ressaltar que esse preceptivo foi alvo das modificações operadas pela Lei n. 13.204/2015 certamente objetivando uma menor rigidez dos requisitos de aprovação, como é possível se depreender dos diversos incisos revogados ou alterados.

Dentre os requisitos previstos na legislação, deverá constar do Plano de Trabalho a descrição da realidade que será objeto da parceria, com demonstração do nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas (inciso I, do artigo 22 da Lei). É preciso explicitar a pertinência dos objetivos da parceria, por meio do liame entre o contexto social e as atividades, projetos ou metas a serem realizados. Importante notar que, antes das alterações do MROSC promovidas pela Lei n. 13.2014/2015, era necessário um diagnóstico da realidade e não uma mera descrição.

Ainda sobre os elementos do Plano de Trabalho, os incisos II, II-A, III e IV[191], do

---

[190] Op. Cit. p. 14.

[191] BRASIL. Lei n. 13.019/2014. Art. 22 (...) II - descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados; II-A - previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria; III - forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas; IV - definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas.

dispositivo em comento, merecem comentários mais abrangentes e uma análise conjunta. Antes da alteração normativa de dezembro de 2015, era requisito do plano, pelo disposto no inciso I, a descrição pormenorizada de metas quantitativas e mensuráveis a serem atingidas e de atividades a serem executadas, devendo estar claro, preciso e detalhado o que se pretendia realizar e obter, bem como quais seriam os meios utilizados para tanto. Após a alteração, o inciso passou a requerer unicamente uma descrição de metas e de atividades ou de projetos a serem executados, não trazendo a necessidade de expressar detalhadamente e em números o que se pretende com a parceria.

Com a inserção do inciso II-A, aliado à descrição das metas, há necessidade também que o plano traga previsão de receitas e despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria. Ressalte-se que essa estimativa de receitas e despesas deve observar o *valor de referência*, a ser objeto de estudo em tópico próprio. Outrossim, a previsão de valores também deve levar em consideração as disposições dos arts. 45 e 46, que dispõem, respectivamente, a respeito das despesas que não poderão ser pagas com recursos públicos, bem como as despesas que poderão integrar o plano de trabalho.

Além disso, os incisos III e IV estipulam a necessidade de descrição da forma de execução das atividades ou dos projetos e a definição dos parâmetros a serem utilizados para aferição do cumprimento das metas. Nesse ponto, há que se frisar, conforme aventado no primeiro capítulo, a importância de uma metodologia de avaliação de desempenho a fim de concretizar efetivamente um sistema de controle de resultados.

Não obstante com as alterações do MROSC promovidas em 2015, que modificou a redação do inciso IV, deixando de exigir expressamente indicadores "qualitativos e quantitativos" para a aferição do cumprimento de metas, o administrador não se eximiu do dever de construir uma metodologia de avaliação de desempenho. Ao que parece, houve a opção legislativa de generalizar a previsão, a fim de que a Administração, à luz de sua capacidade técnica, construa indicadores, quantitativos ou qualitativos, conforme o desenho institucional de cada política pública. Contudo, ressalte-se que continua a obrigação legal de descrição de indicadores que permitam aferir o cumprimento das metas, sob pena de desbordar os parâmetros legais aplicáveis à espécie.

No que tange à forma de execução, essencial consignar que o plano, especificamente quando elaborado pela Administração Pública, deverá esclarecer se a concretização do objeto da parceria se dará mediante a execução de *atividade* ou de *projeto*, cujos conceitos constam, respectivamente, dos incisos III-A e III-B, do art. 2º:

> Art. 2º Para os fins dessa lei, considera-se:
>
> (...)
>
> III-A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil;
>
> III-B - projeto: conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil.

Esses conceitos são de suma importância, interferindo substancialmente na descrição das metas e na elaboração de um cronograma de desembolso. Em seguida, quando do estudo da programação orçamentária, serão realizados apontamentos pormenorizados a respeito das dessemelhanças de *atividade* e *projeto*.

Os incisos V a X do artigo 22, além de seu parágrafo único, foram revogados também no intuito de tornar menos rígidas as exigências do plano. O inciso V, por exemplo, pedia a indicação da mensuração dos custos para demonstrar se eram compatíveis com os preços praticados no mercado ou em outras parcerias. Já o parágrafo único, também suprimido, designava que cada ente federado estabeleceria, de acordo com a sua realidade, o valor máximo a ser repassado em parcela única para a execução da parceria conforme justificativa do administrador público no plano de trabalho.

Com efeito, conforme apontamento de Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, a redação originária do art. 22 em relação ao conteúdo do Plano de Trabalho continha claramente uma estratégia, aderente ao anseio da sociedade, de diminuir a corrupção, o desperdício e o desvio de recursos no âmbito do fomento estatal. Contudo, por pairarem dúvidas se realmente esse grau de detalhamento seria compatível com a competência do Congresso Nacional para editar normas gerais sobre contratações públicas e, em que medida, essas exigências originárias não afetariam e prejudicariam a necessária adaptação da política nacional à realidade extremamente heterogênea dos Estados e Municípios brasileiros, optou-se por caminhar, de forma evidente, com as alterações de 2015, a favor da maior flexibilização federativa, mas, ao mesmo tempo, parece ter enfraquecido um dos maiores objetivos da política, que é o de moralizar e controlar com mais efetividade as relações de fomento[192].

Para além desses aspectos, com as alterações de dezembro de 2015, o já mencionado

[192] Op. Cit., p. 460-461.

inciso III teve sua redação modificada para dispensar como requisito do plano de trabalho a indicação de prazo de execução das atividades e de cumprimento das metas. Não obstante a desnecessidade de estipulação de período de vigência no bojo do instrumento em foco, a lei determina como cláusula essencial do termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação "a vigência e as hipóteses de prorrogação" (inciso VI, do art. 42).

Ora, certamente o plano de trabalho é parte integrante do termo de colaboração, fomento ou acordo de cooperação, razão pela qual sua vigência está atrelada ao prazo estipulado para o ajuste. Ou seja, inviáveis planos de trabalho sem indicação do prazo ou com prazo de vigência indeterminado.

Ademais, não obstante referida modificação do preceptivo legal, defensável que o plano de trabalho continue a indicar o prazo de execução das atividades e de cumprimento de metas. Se assim não for, o plano estaria esvaziado da finalidade de interesse público que lhe é atribuída.

O plano de trabalho, como bem se verificou, é uma proposta, com descrição de metas. Inviável que a Administração Pública formalize uma parceria sem qualquer prazo estipulado para o atingimentos dos objetivos almejados. Além disso, se o plano de trabalho não estipular limites de tempo para cumprimento do objeto estará (e muito) prejudicada a fiscalização e monitoramento da parceria, como também prejudicado estará o julgamento das propostas, cujos prazos para cumprimento de metas é sem sombra de dúvidas uma das facetas do critério da adequação. Esse cenário certamente resultará em menor eficiência da parceria, o que desborda das diretrizes da *administração por resultados*.

Contribuindo com esse argumento, infere-se ainda, ao compulsar a legislação em voga, que os requisitos do plano de trabalho não são apenas os elencados no art. 22, havendo que existir uma compatibilidade do instrumento com os demais preceptivos legais. Assim, como já delineado, sem a convenção de prazo restará prejudicada a priorização do controle de resultados, prevista como diretriz da parceria no inciso II, do art. 6º, como também o disposto no §1º do art. 64, que permite à Administração Pública glosar os valores relacionados a metas e resultados descumpridos (se não houver prazo estipulado para cumprimento, como glosar valores?). Ademais, o art. 48 dispõe que as parcelas dos recursos serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo "cronograma de desembolso". Essa expressão certamente foi retirada do §1º do art. 116, da Lei n. 8.666/1993, que estipula como requisito do plano de trabalho dos convênios um "cronograma de desembolso". Ora, se a legislação estipula que o recebimento de recursos públicos deve seguir um cronograma, evidente que o prazo para execução e cumprimentos de metas para liberação de valores deve integrar o plano de

trabalho.

Outrossim, pelos apontamentos acima e da redação do art. 48, infere-se também a necessidade do plano de trabalho (ou da *proposta* de adesão ao plano de trabalho elaborado pela Administração Pública) conter um "cronograma de desembolso". Aliás, quando do estudo da fase externa do chamamento público, especificamente do *parecer técnico*, abordar-se-á que um dos tópicos de manifestação do órgão técnico é a verificação do "cronograma de desembolso" (art. 35, inciso V, alínea *d*), que nada mais é que um plano de liberação de recursos para execução do objeto.

Ainda a respeito do prazo, há outra curiosidade da legislação em comento: ao contrário da Lei n. 8.666/1993 que, nos incisos do art. 57, estipulou período máximo de vigência para os contratos, incluindo as prorrogações, a Lei n. 13.019/14 não traz qualquer regulamento a esse respeito. Ou seja, não obstante a determinação que haja cláusula nos ajustes estipulando a vigência e as hipóteses de prorrogação, inexiste regramento acerca de qual é o prazo máximo de vigência de uma parceria (e, por conseguinte, do plano de trabalho).

De fato, pela legislação, pode-se aferir que há permissivo legal para parcerias vigentes por 10, 20, 30 anos ou até mesmo indeterminadamente, bastando que o termo assinado pelas partes permitisse a possibilidade de prorrogação.

Há que se pontuar, porém, mais uma vez: o plano de trabalho, instrumento integrante da parceria, é mecanismo de controle de metas e resultados; o planejamento nele contido é essencial para a correta fiscalização da parceria. Por essa razão, coerente que o edital de chamamento público já estipule previamente o prazo máximo de vigência, incluindo as prorrogações. Aliás, indispensável também que de início se determine se será possível a prorrogação ou não.

Nesse sentido, inclusive, o Decreto Federal n. 8.726/2016, diante da omissão legislativa, estabeleceu, em seu art. 21, que a cláusula de vigência de que trata o inciso VI do art. 42 da Lei nº 13.019/2014, deverá estabelecer prazo correspondente ao tempo necessário para a execução integral do objeto da parceria, passível de prorrogação, desde que o período total de vigência não exceda cinco anos. Estipula, ainda, no parágrafo único, que, nos casos de celebração de termo de colaboração para execução de *atividade*, o prazo de que trata o *caput*, desde que tecnicamente justificado, poderá ser de até dez anos[193].

A reforçar a necessidade de referidas disposições no edital, importante pontuar que o chamamento é uma concorrência pública, cabendo à Administração Pública permitir que as

[193] Sobre o conceito legal de *atividade*, vide comentários abaixo sobre programação orçamentária.

OSC's possam elaborar suas propostas / seus planos de trabalho adequadamente, com pleno conhecimento do que se espera para essa parceria no futuro. Por essa razão que formalizar parcerias sem qualquer termo final de vigência se constituiria como burla à democratização e concorrência pelos repasses de verba pública.

Aliado a essa problemática, ressalte-se ainda a incompatibilidade da vigência indeterminada com normas orçamentárias. Conforme será explicitado abaixo, os gestores públicos, quando da formalização de uma parceria, devem seguir todo o trâmite orçamentário constitucional e legal, adequando o chamamento às metas do Plano Plurianual e Lei Orçamentária Anual. Por tal razão, mais uma vez, ressalte-se que manter uma parceria válida indeterminadamente, pode ocasionar um descompasso com todo o planejamento e busca por resultados na Administração.

Ainda nesse diapasão, o art. 57 da lei estabelece que o plano de trabalho poderá ser revisto para alteração de valores ou metas, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original. Mais uma vez, frise-se que a formalização de aditamento para alteração de prazo, principalmente no que tange à extensão de vigência, deve observar o prazo máximo estipulado no edital de chamamento, observando-se a isonomia e impessoalidade no acesso a recursos públicos, como também à vinculação do instrumento convocatório, princípios insculpidos no inciso XII, do art. 2º.

Outro aspecto do plano trabalho é que a Lei n. 13.019/2014, em seus art. 22 e 35, induz a conclusão de que não é instrumento necessário para firmar acordo de cooperação (instrumento de formalização de parcerias que não envolvam transferência de recursos públicos), mas tão somente para os termos de fomento e colaboração. Isso decorre do fato de a Lei n. 13.204/2015, que inseriu o acordo de cooperação como terceira espécie de parceria da Lei n. 13.019/2014, ter alterado a redação do caput do art. 22, o qual antes previa os requisitos do plano de trabalho "sem prejuízo da modalidade [de parceria] adotada". Com a alteração da redação, o art. 22, *caput*, da Lei n.13.019/2014, passou a se referir aos requisitos do plano de trabalho "de parcerias celebradas mediante termo de colaboração ou de termo de fomento", deixando de mencionar o acordo de cooperação. Igualmente, o art. 35 da Lei n. 13.019, que versa sobre providências da Administração Pública para a celebração de termo de colaboração e termo de fomento, aponta a necessidade de aprovação do plano de trabalho, não colocando essa exigência para os acordos de cooperação. No entanto, nos termos do art. 42, parágrafo único, o plano de trabalho será parte integrante e indissociável do termo de colaboração, do termo de fomento *e do acordo de cooperação*.

Esse dispositivo, portanto, gera uma contradição interna na Lei e suscita dúvidas sobre

a necessidade do plano no tocante ao acordo de cooperação. Contudo, conforme concluem Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, de uma interpretação teleológica, baseada nas funções desempenhadas pelo instrumento em questão, há que se concluir pela necessidade do plano como parte integrante das parcerias que não envolvam transferências de recursos públicos, *in verbis*:

> (...)
> Decerto, a contradição decorre de uma falha da lei que promoveu a alteração do diploma sem a devida revisão de todos os seus dispositivos legais. Na prática, porém, permanece a dúvida: existe ou não a necessidade do plano de trabalho para o acordo de colaboração? Apesar da confusão normativa, a interpretação teleológica baseada nas funções desempenhadas pelo instrumento em questão nos conduz a conclusão de sua imprescindibilidade ao funcionamento adequado das parcerias a despeito do tipo de ajuste escolhido pelo Estado. Em outras palavras, independentemente da confusão normativa, o plano de trabalho deve acompanhar todos os tipos contratuais, inclusive o acordo de cooperação[194].

3.2.4 Valor de referência

Conforme consta do art. 27, Lei n. 13.019/2014, o grau de adequação da proposta ao *valor de referência* constante do chamamento constitui critério obrigatório de julgamento. E complementa seu §5º que será obrigatoriamente justificada a seleção de proposta que não for a mais adequada a esse *valor de referência*.

Outrossim, conforme estudado alhures, um dos elementos necessários do plano de trabalho é a previsão de receitas e despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria. Ou seja, não haverá elaboração de plano ou formulação de proposta sem a estimativa de um *valor de referência* pela Administração Pública.

Uma vez mais, infere-se a preocupação da legislação com o *planejamento* nos repasses de recursos públicos. Cabe, assim, à Administração Pública, quando da etapa preliminar do chamamento público, elaborar estudos acerca dos custos da parceria, seja para fomento ou colaboração, seja para executar uma atividade ou um projeto, é preciso que seja indicada uma estimativa de valores, com custos compatíveis com as disponibilidades financeiras.

A indicação de um valor de referência é, antes de qualquer exigência legal, uma questão de lógica, porque se o Poder Público se propõe a realizar um procedimento de chamamento público, tem o dever de assegurar aos participantes que o que se busca está balizado em parâmetros e elementos que traduzem fielmente o objeto almejado. Caso

[194] Op. Cit. p. 460.

contrário, pode induzir as organizações da sociedade civil a erro, apresentando proposta baseada em realidade que em verdade não existe.

Pode-se fazer uma analogia com o projeto básico, peça indispensável para os procedimentos licitatórios: assim como ele, o valor de referência deve ser indicado com fulcro em elementos descritivos e, se o caso, que expressem a composição de todos os custos unitários, evitando-se, assim, intercorrências durante a vigência da parceria, como aditamentos ou modificações no plano de trabalho por falha de planejamento, ou até mesmo superfaturamentos.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabelece alguns critérios para o repasse de recursos públicos ao terceiro setor e, por conseguinte, à estipulação do valor de referência, dentre os quais se destacam: a) o valor do repasse só pode contemplar o custo efetivo para atendimento das demandas e cumprimento das metas; b) o Poder Público deve calcular o custo *per capita* do atendimento e repassar verbas de acordo com o volume previsto para atendimentos/realizações, cujos preços sejam compatíveis com os do mercado e/ou os fixados setorialmente; c) a entidade não pode ser 'sustentada' pelo Poder Público; d) o valor dos repasses presta-se, tão somente, a custear os serviços públicos por ela assumidos e realizados; e) na fase de planejamento do repasse, o Poder Público deve avaliar e efetivamente demonstrar, por meio de relatório circunstanciado no processo próprio, as vantagens econômicas da delegação das atividades às entidades[195].

Verifica-se que, para a Corte de Contas Paulista, a Administração deve comparar os custos e demais recursos que estão sendo previstos para desenvolver a atividade, com aqueles que utilizaria se as mesmas atividades fossem realizadas diretamente, por sua própria estrutura. Isto é, o que importa e valida a parceria é a comprovação de que, naquele momento e sob aquelas circunstâncias, obter o serviço de forma indireta é o que representa a maior vantagem para a Administração.

Certamente, as diretrizes propostas por esse tribunal são compatíveis com todo o arcabouço principiológico que rege a Administração Pública, como também com o regime jurídico instituído pela Lei n. 13.019/2014. Impossível conceber repasses simplesmente para o sustento de determinada organização da sociedade civil, sem critérios quantitativos e qualitativos que permitam a fiscalização do cumprimento do objeto, ou mesmo quando a formalização da parceria não se mostrar vantajosa para o Poder Público.

---

[195] Op. Cit. p. 40-41.

No que diz respeito a essa ideia de demonstração de vantagem, decerto não se trata de um conceito que abrange apenas o ideal do econômico. Trata-se, em verdade, da observância de um princípio que ainda aparece timidamente nos estudos de Direito Administrativo, que é o princípio da economicidade[196].

Segundo Clair de Oliveira, o princípio da economicidade vai além da comparação de preços com o mercado, envolvendo atos e comportamentos expressos como eficientes, *in verbis*:

> Refere-se à decisão da Administração Pública, por realizar uma parceria para esta ou aquela atividade, observando não apenas os valores envolvidos, mas também se aquela parceria é a que melhor resultado poderá trazer, se as ações a serem realizadas (e que compõem o valor) poderão efetivamente trazer os resultados esperados e, mais ainda, se a entidade tem condições de realizar essas atividades de otimizar os recursos públicos que forem repassados, evitando desperdício.[197]

Assim, ao estipular um valor referencial, não se pode perder de vista que o cumprimento do objeto não envolverá apenas aspectos econômicos. O controle de economicidade abrange também o planejamento prévio e a eficiência no atendimento da necessidade pública, com otimização dos custos e cumprimento efetivo de metas.

Não se pode perder de vista, entretanto, a despeito do entendimento exarado pela Corte de Contas Paulista para cálculo do valor de referência, os critérios elencados não podem ser exaustivamente aplicáveis a toda e qualquer parceria. Por exemplo, dificilmente a Administração Pública poderia calcular valores *per capita* para formalizar termo de fomento a um projeto apresentado pela OSC. Nesse caso, caberá ao Poder Público estipular valores referenciais no âmbito de sua gestão estratégica, conforme o desenho institucional da política pública e de acordo com sua disponibilidade financeira.

Também, para fins de cálculo, importante consignar que, quando se fala que os valores referenciais "somente poderão custear os serviços públicos por ela assumidos e realizados", cabe levar em consideração que o custo do serviço abrangerá todas as despesas elencadas no art. 46, da Lei n. 13.019/2014, que permite a utilização de recursos da parceria para o pagamento de pessoal, diárias, custos indiretos e aquisição de equipamentos e materiais. Essa

---

[196] Referido princípio está consagrado no art. 70, da Constituição da República, ao dispor acerca da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Veja-se: "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".

[197] OLIVEIRA, Clair de. **O marco do terceiro setor**: doutrina e prática. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p. 36.

disposição, inclusive, é uma das principais inovações da legislação em matéria de transparência. É o que observa Hadassah Laís de Sousa Santana e José Eduardo Sabo Paes:

> Importante observar a inserção em lei de dispositivo que permite pagamento de pessoal próprio da entidade é medida necessária e até indispensável em um marco regulatório que tem como pilares a transparência no uso dos recursos públicos e responsabilização pelos resultados na execução de projetos ou de atividade de interesse público ou de relevância social[198].

3.2.5 Programação Orçamentária

Na *fase interna*, ainda, deverá a Administração Pública verificar a existência de recursos orçamentários (na hipótese, obviamente, de a parceria envolver repasses de recursos). A menção expressa a recursos, como requisito necessário ao certame, ressai com clareza solar da Lei n. 13.019/2014, ao estabelecer como requisito obrigatório no edital do chamamento público a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria. Essa programação deve estar em consonância com o *valor de referência*, acima estudado. Essa regra decorre diretamente de disciplina constitucional.

Determina a Constituição da República em seu art. 167 que todas as despesas públicas devem estar previstas no orçamento do respectivo órgão, de modo que qualquer compromisso, para ser assumido pelo Poder Público, deve constar de uma previsão de receita. Assim, a previsão e a indicação de recursos orçamentários é condição indispensável para a instauração do chamamento público.

A indicação dessa dotação orçamentária, por si só, também se constitui em procedimento a ser observado pelo gestor. Caberá à Administração Pública, já quando da elaboração do Plano Plurianual, planejar quais serviços públicos serão desenvolvidos de forma indireta e consigná-los nos respectivos programas e ações governamentais. Ainda, a cada ano, deverá alocar na Lei Orçamentária Anual dotações suficientes para fazer frente à execução dos projetos e atividades a serem desenvolvidos no período.

Além disso, o administrador público deverá acautelar-se com o cumprimento das regras contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que

---

[198] SANTANA, Hadassah Laís de Sousa; PAES, José Eduardo Sabo. Novo regime jurídico de parcerias voluntárias entre a administração pública o terceiro setor com base na lei nº 13.019 de 2014. In: GARCIA, Marcos Leite. GORDILHO, Heron José de Santana. MUZZI, Carlos Victor (coord.). **Esfera pública, legitimidade e controle**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/gpm5ym5t1ia3zr8r.pdf>.Acesso em: 13 jul. 2017, p.80

trouxe ao ordenamento jurídico uma série de exigências relacionadas com planejamento, autorização e execução do gasto público. Entre os grandes objetivos desse diploma, estão a obtenção e preservação do equilíbrio das contas públicas.

Em primeiro lugar, veda-se a assunção de qualquer obrigação sem autorização orçamentária, equiparando-a a uma operação de crédito (art. 37, IV), ou seja, o efeito jurídico-financeiro da não indicação da dotação previamente ao chamamento público é o da ampliação do passivo do ente. Ainda, imprescindível que essa indicação seja adequada, ou seja, direcionada à satisfação da despesa a ser gerada.

Ainda, o art. 15, de referido diploma, determina presumirem-se não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou a assunção de obrigação sem a observância dos seus art. 16 e 17.

Particularmente, o art. 16[199] previu dois instrumentos de planejamento em seus incisos: a) a estimativa de impacto orçamentário-financeiro; e b) a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse ponto, importante observar que o Tribunal de Contas da União possui jurisprudência relativamente consolidada sobre interpretação a ser dada às exigências do art. 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que merece ser abordada no presente estudo. Para esta Corte, somente objetos capazes de gerar despesas com ações orçamentárias classificadas pela Lei Orçamentária Anual como *projetos* ensejam produção dos documentos de estudo constantes do art. 16 da LRF[200].

Quando do estudo do plano de trabalho, indicou-se brevemente que as parcerias regidas pela Lei n. 13.019/2014 podem abarcar a execução de *atividade* ou de *projeto*, cujos conceitos estão descritos nos incisos III-A e III-B, do art. 2º. Assim, à luz do entendimento do Tribunal de Contas da União, o Poder Público somente deverá instruir os autos do processo administrativo de chamamento público com os documentos elencados no art. 16, da LRF, quando se tratar de parceria para execução de um *projeto*.

---

[199] BRASIL. **Lei Complementar n. 101/2000**. Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[200] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU n. 1.680/2011.** Plenário. Data do julgamento 22/06/2011.

Com a finalidade de aprofundar a diferença entre *atividade* e *projeto*, cabível trazer à baila alguns conceitos pertinentes de Direito Financeiro e de Contabilidade Pública[201].

Periodicamente, o Governo planeja sua atividade financeira e a realização de políticas públicas por meio da elaboração das leis orçamentárias. Tem destaque, nesse sentido, o já mencionado Plano Plurianual, cuja finalidade é traçar diretrizes, objetivos e metas capazes de indicar prioridades para uma melhor gestão. Por meio dele, busca-se implementar políticas públicas, que deverão ser classificadas em *programas*, os quais nada mais são que rótulos, com nomes capazes de identificar o tema de dada política.

Já nos volumes que compõem Lei Orçamentária Anual que o governo define as prioridades contidas no Plano Plurianual e as metas que deverão ser atingidas no ano. Nela são indicadas diversas *ações* que contribuirão para cumprir objetivo de determinado *programa*. Assim, *ações* são instrumento de implementação de um *programa* de uma determinada política pública. Essas *ações*, ao seu turno, são classificadas em três tipos: *projeto*, *atividade* e *operação especial*[202].

As *ações* do tipo *projeto* implicam realização de despesas para alcançar o objetivo de um *programa*, envolvendo um conjunto de operações, que se realizam num período limitado de tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo. Esse, aliás, é o conceito contido do inciso III-B, do art. 2º.

As *ações* do tipo *atividade*, de outro lado, resultam em "operações que se realizam de modo contínuo ou permanente" (inciso III-A, do art. 2º). É dizer: são ações que implicam gastos permanentes, pois decorrem de uma necessidade que demanda uma prestação contínua.

Por fim, *operação especial* é um tipo de *ação* que não se enquadra nos conceitos acima, tampouco pode ser objeto de parceria. Por exclusão, implica dizer que se trata de despesa incapaz de gerar um produto ou gastos rotineiros de manutenção das ações do governo, a exemplo do pagamento de indenizações, de precatórios ou benefícios previdenciários.

---

[201] Os conceitos amealhados neste trecho da nossa pesquisa foram retirados de parecer jurídico exarado pela Advocacia Geral da União. (BRASIL. Advocacia Geral da União (2012). **Parecer n. 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU**. Processo n. 00407.004525/2012-93. Brasília: 25 Jun 2012. Disponível em: < file:///C:/Users/USER/Downloads/parecer_n-_01-2012-gt359-depconsu-pgf-agu.pdf>. Acesso em: 26, jan, 2017).

[202] Referida classificação está em consonância com a Portaria n. 42, do Ministério do Orçamento e Gestão, de 14 de abril de 1999, a qual, inclusive, dispõe, em seu art. 3º que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecerão, em atos próprios, suas estruturas de programas, códigos e identificação, "*respeitados os conceitos e determinações desta Portaria"*. (BRASIL. Ministério do Orçamento e Gestão (1999)**. Portaria n. 42/1999.** Disponível em: < http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/portaria42.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017).

Em suma, insta ressaltar que, para Tribunal de Contas da União, as exigências do art. 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, somente se aplicariam às despesas fundadas em ações do tipo *projeto*, pois somente essas teriam potencial para criar, expandir ou aperfeiçoar ação com consequente aumento de despesa. Na hipótese, porém, de promoção de *ações* do tipo *atividade*, caberá ao gestor a indicação nesse sentido nos autos e também a instrução do processo com ata assinada por autoridade competente em que dispensa a juntada da documentação constante do preceptivo mencionado.

De todo exposto, infere-se a complexidade da indicação da programação orçamentária que viabilizará a parceria, como também a indispensabilidade de instrução adequada do processo administrativo de chamamento público, com a devida indicação dos recursos orçamentários e a instrução com documentos e estudos previstos no art. 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, caso pertinentes.

3.2.6 Ato Convocatório

Quando do estudo do ato convocatório das licitações públicas, verifica-se constante remissão à expressão "o edital é a lei interna da licitação", cunhada por de Hely Lopes Meirelles[203]. Referido brocardo indica a vigência do *princípio da vinculação ao instrumento convocatório*, segundo o qual "estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento"[204]. Igualmente, a Lei n. 13.019/14, no bojo do inciso XII, do art. 2º, consagra para os chamamentos públicos destinados à seleção de organização da sociedade civil esse mesmo princípio.

Com efeito, antes da elaboração do edital, certamente a Administração está adstrita aos comandos do princípio da legalidade, contudo, nesse momento específico, reservou-se certa margem de discricionariedade em relação ao momento da realização do chamamento público, à escolha de seu objeto, da especificação das condições de execução e repasses de receitas públicas etc. Uma vez realizadas essas escolhas, com a publicação do edital, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então[205]. É o que se denomina de *princípio da vinculação ao instrumento convocatório*.

---

[203] Op. Cit. p. 300.
[204] Ibidem. p. 300.
[205] JUSTEN FILHO, Marçal. **comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Op. Cit. p. 84-85.

No que tange à elaboração do edital propriamente dita, como todo processo seletivo, a redação deve se pautar pela clareza, pela objetividade, pela simplicidade, impondo-se ao Estado o dever de prestar orientação aos interessados acerca de suas disposições.

O edital deverá ser elaborado em conformidade com o artigo 24, da Lei n. 13.019/2014, com ênfase nas seguintes especificações contidas em seu § 1º: a) programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria; b) objeto da parceria; c) as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; d) 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; e) o valor previsto para a realização do objeto; f) as condições de interposição de recurso administrativo; g) a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria; h) de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência e mobilidade reduzida e idosos.

Observe-se que referido preceptivo somente indica especificações mínimas do edital, não impedindo que o ente preveja outras que entender necessárias, sendo aconselhável que o seja o mais completo possível, inclusive por conta da mencionada *vinculação ao instrumento convocatório*.

É importante, conforme aponta Maria Silvia Zanella Di Pietro, que o edital estabeleça as regras de procedimento, os prazos, a possibilidade ou não de prorrogação, as hipóteses de rescisão, os documentos exigíveis para verificação dos requisitos para celebração do termo de colaboração ou fomento, os recursos cabíveis, dentre outras previsões que garantam a isonomia, a moralidade, a publicidade, a transparência e a eficiência do certame[206].

Uma peculiaridade dentre os requisitos mínimos exigidos para o edital de chamamento público é, de acordo com as características do objeto da parceria, a exigência de medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos, indicando que o Poder Público pode condicionar a celebração do ajuste à disponibilização e adaptação de espaços, equipamentos, transporte, comunicação e bens ou serviços compatíveis com as limitações físicas, sensoriais ou cognitivas, com observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015). Tal disposição legal assinala que os recursos públicos não podem construir barreiras e devem servir a todos de maneira inclusiva.

---

[206] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Op. Cit. p. 302.

Ainda em relação ao objeto, é preciso que a Administração Pública descreva-o de modo claro e minucioso. Descrições vagas, genéricas ou abstratas inviabilizam a elaboração das propostas, como também a fiscalização da parceria. Ademais, deve ficar notório se o ajuste é voltado para a execução de *atividade* ou *projeto* (art. 2º, III-A e III-B, da Lei nº 13.019/2014), o que já se pormenorizou acima. A esse respeito, pontue-se que o Decreto Federal nº 8.726/2016 estabelece que os termos de fomento somente podem ser voltados para execução de projetos (o §1º, do art. 2º), enquanto os termos de colaboração podem ser usados para atividades ou projetos (§2º do art. 2º).

Outro ponto a ser observado é que, em relação à seleção das propostas, cabe ao edital esclarecer, desde o início, se o chamamento público selecionará mais de uma proposta ou não. É o disposto do art. 8º, §1º, do Decreto Federal nº 8.726/2016.

Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário observam a existência de uma lacuna legislativa no que diz respeito ao exercício de direito de impugnação. Dizem que, enquanto a Lei de Licitações valorizou bastante esse direito, que se consubstancia em um canal pelo qual os licitantes acabam por "negociar" os termos da licitação com o Poder Público, inclusive podendo apontar falhas e ilegalidades que necessitam ser corrigidas para tornar o certame viável, a Lei nº 13.019/2014 é omissa em relação ao assunto. Tal lacuna, porém, segundo concluem, não pode representar a inviabilização do direito de impugnar atos convocatórios para firmar parcerias, *in verbis*:

> Em primeiro lugar, a impugnação expressa o direito fundamental de petição. Em segundo lugar, ela se justifica como instrumento de controle a luz da moralidade e da legalidade como princípios centrais da Administração Pública. Em terceiro lugar, ela representa um canal de democratização da Administração Pública. Por tudo isso, a lacuna da Lei n. 13.019 não obsta qualquer tipo de impugnação do ato convocatório e, na falta de norma e também de prazo legal para tanto, há que se empregar o prazo geral contido na lei de processo administrativo do ente que abre o chamamento. Assim, em se tratando de chamamento público federal, o prazo legal de impugnação será de cinco dias, impondo-se igual período para seu julgamento pela autoridade responsável[207].

Certeiras as observações acima transcritas. Evidente que o direito de impugnação ao edital deve constar do ato convocatório como uma ferramenta de controle social pelo cidadão, como também para resguardar os princípios da Administração Pública.

O §2º, do artigo 24, determina que se garanta a isonomia entre os interessados, estipulando que é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em

[207] Op. Cit. p. 462.

decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria. Tal preceptivo consagra a finalidade da lei de democratização de acesso aos recursos públicos, por meio da competitividade e escolha por critérios objetivos.

Por certo, analisando detidamente o preceptivo legal, interpretando-o *a contrario sensu*, são cabíveis medidas discriminatórias que guardem relação de pertinência e relevância para a execução do contrato, ressaltando que sempre tais medidas devem estar acompanhadas da devida justificativa. Aliás, o próprio legislador expressamente autorizou medidas discriminatórias no ato convocatório, a) para 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, e b) na hipótese de estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos.

Essas medidas discriminatórias de forma alguma constituem um rol exaustivo, mas exemplificativo. Inclusive, o §6º do art. 9º do Decreto nº 8.726/2016, estipula que o edital poderá incluir cláusulas e condições específicas da execução da política, do plano, do programa ou da ação em que se insere a parceria e poderá estabelecer execução por público determinado, delimitação territorial, pontuação diferenciada, cotas, entre outros, visando, especialmente, a redução nas desigualdades sociais e regionais; a promoção da igualdade de gênero, racial, de direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT ou de direitos das pessoas com deficiência; a promoção de direitos de indígenas, de quilombolas e de povos e comunidades tradicionais; ou a promoção de direitos de quaisquer populações em situação de vulnerabilidade social.

Ou seja, são autorizados critérios considerados pertinentes e relevantes a programas e políticas públicas setoriais, incluindo, por exemplo, o atendimento a grupos determinados com o objetivo de implementar ações afirmativas, bem como quando busquem fomentar a região e ou seus vínculos locais. Desta forma, poderão ser selecionadas propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida em unidade da federação ou em delimitado território, onde será executado o objeto da parceria.

Outro aspecto importante da Lei nº 13.019/2014 é que o ato convocatório não poderá exigir contrapartida financeira das organizações. Caso o órgão deseje, poderá solicitar uma contrapartida somente em bens e serviços. A contrapartida em bens e serviços, quando exigida, deverá ser mensurada em valores monetários equivalentes aos preços vigentes no mercado (§1º, do art. 35). Pontue-se que, mesmo com a indicação dos valores monetários

dessa contrapartida, não se poderá exigir das entidades parceiras o depósito do valor equivalente na conta bancária específica, sob pena de desnaturar a proibição de demanda de uma contrapartida financeira.

No que tange à definição do objeto da parceria, elemento mínimo a constar do edital, imprescindível a observância do art. 40, segundo o qual é vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

Em relação a esse preceptivo, Laura Mendes Amando de Barros, ao fazer referência ao Enunciado 261, consolidado no XI Congresso Brasileiro de Procuradores Municipais[208], consigna que a limitação por ele veiculada diz respeito às atividades exclusivas, não vedando a parceirização com vistas à consecução de interesses que representem atividades administrativas fim[209].

Em sua redação originária, alterada pela Lei n. 13.204/2015, as vedações em relação ao objeto eram muito mais abrangentes, abarcando a delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; a prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado; a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado; o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

Há que se reforçar, ademais, que o ato convocatório do chamamento público poderá estar acompanhado de um plano de trabalho confeccionado pela própria Administração Pública, caso em que o ajuste resultante se denominará termo de colaboração, ou o ato convocatório pode estabelecer parâmetros para que as organizações da sociedade civil elaborem seus respectivos planos de trabalho, os quais deverão integrar a proposta apresentada, hipótese em que a parceria futura se chamará Termo de Fomento.

Outro ponto a ser observar quando da elaboração do ato convocatório diz respeito à previsão da possibilidade de atuação em rede. Nos termos do art. 35-A, é permitida a atuação em rede, por duas ou mais OSC's, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração e observados os requisitos legais do

---

[208] Enunciado 261 – Lei n. 13.019/14 e atividade exclusiva de Estado: a interpretação da expressão "atividade exclusiva do Estado" prevista no art. 40, I, da Lei n. 13.019/14 não impede a parceria para execução de atividades fins da Administração.

[209] BARROS, Laura Mendes Amando de. A Lei Federal n. 13.019/2014 e o controle nas parcerias da Administração com Organizações da Sociedade Civil. In: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 279-297, p. 295.

preceptivo legal. Dessa forma, os editais de chamamento devem já prever a execução em rede e definir a forma pela qual a organização demonstrará capacidade de implementar o objeto do termo de fomento ou colaboração, devendo evitar a imposição de critérios que não sejam necessários para a execução do objeto. A rede seria, portanto, um valor a ser agregado à execução em parceria com a administração pública[210].

O rito procedimental do chamamento público consagra a tendência consolidada em diplomas recentes sobre certames públicos no sentido de que a etapa de julgamento seja realizada antes da etapa de habilitação. É o disposto no art. 28, cabendo à Administração Pública observar a ordem dessas etapas.

3.2.7 Parecer Jurídico

Ainda, ao contrário da Lei n. 8.666/1993 que, no parágrafo único do art. 38, exige o exame e a aprovação do edital de licitação pelo órgão que compõe a advocacia pública do ente, a Lei n. 13.019/14 não é totalmente clara a respeito do momento de emissão do parecer jurídico.

O único preceptivo que se dedica ao controle de legalidade do certame por um advogado público consta do inciso VI, do art. 35, pelo qual a celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerá da "emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria". Ou seja, a literalidade da lei pode levar à interpretação de que o parecer jurídico somente seria exarado após a etapa de julgamento, habilitação e homologação, na medida em que faz remissão ao parecer quando do momento da *celebração da parceria*. Diante disso, questiona-se se cabível a análise jurídica na etapa preliminar.

Não obstante a expressa proibição de aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93, constante do art. 84, da Lei n. 13.019/2014, a lógica procedimental administrativa leva à conclusão de que referida análise, na fase interna do procedimento, é fundamental.

A fiscalização pela advocacia pública não se configura como uma solenidade bastante em si. É sim ato de controle de legalidade da atividade administrativa, tendo por finalidade

---

[210]SANTOS, Verissimo Nascimento Ramos dos. A agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: uma análise da Lei nº 13.019/2014. In: XXV Encontro Nacional COMPEDI. POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. BORGES, Antonio de Moura (org.). **Transformações na ordem social e econômica e regulação**. Brasília/DF. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8t069971/1Zu0VRDp9Ih8cgFk.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

principal impedir que uma atuação defeituosa seja consumada. A manifestação do órgão jurídico irá desestimular a prática de atos irregulares, precipitados, fazendo com que os gestores atuem de forma a evitar práticas defeituosas. Desse modo, o parecer confirmará a presença dos requisitos de validade ou identificará sua ausência.

Cumpre consignar que a maioria dos problemas que podem ocorrer ao longo de um procedimento de chamamento público decorre da equivocada elaboração do ato convocatório. Eventuais falham no edital ocasionarão conflitos intermináveis, inclusive judicializados, exclusão de participantes idôneos, desclassificação de propostas adequadas à execução da parceria, dentre outras intercorrências. Justamente por isso, fundamental a manifestação prévia do órgão jurídico consultivo. A emissão de parecer jurídico na etapa preliminar do certame consagra não só a eficiência da atividade administrativa, como a probidade e a moralidade[211].

Nos moldes do § 2º, do art. 35, caso o parecer jurídico conclua pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas, deverá o administrador público sanar os aspectos ressalvados ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão.

Com efeito, há três conclusões possíveis ao parecer jurídico: a) pela possibilidade de celebração da parceria; b) pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas; c) pela impossibilidade da celebração a parceria.

Ressalte-se que, por seu caráter opinativo, ou seja, não vinculante, caberá à autoridade decidir observar ou não os apontamentos do órgão consultivo[212]. Por essa razão, não obstante a necessidade de análise do edital por advogado público, em consagração a princípios da Administração, há que se consignar que a ausência de parecer jurídico não tem o condão de acarretar a nulidade do procedimento, uma vez que inexiste regramento expresso a respeito na legislação e, mesmo que houvesse, a situação estaria restrita a uma falha formal. Contudo, a ausência de análise jurídica pode ensejar uma consequência: caso exista regramento interno do ente determinando a necessidade de análise e aprovação de editais por órgão jurídico,

---

[211] Na mesma toada, Clair de OLIVEIRA, ao pontuar que a Lei n. 13.019/14 não auxilia na identificação do momento do parecer jurídico, conclui que: "Entendemos que o legislador não pretender que o parecer jurídico fosse emitido no momento imediatamente anterior à própria celebração, pois nessa situação todos os atos já foram praticados, tais como: publicação do edital com todas as condições da relação (incluindo o plano de trabalho), recebimento e análise das propostas, ato identificando a entidade mais capacitada para os trabalhos. É nossa conclusão que o processo administrativo da parceria deverá conter parecer jurídico sobre o edital de chamamento, sua dispensa ou inexigibilidade e também sobre o edital de credenciamento, antes da sua publicação". Op. Cit. p. 163-164.

[212] Logicamente, a autoridade administrativa, ao inobservar o parecer jurídico, assumirá todas as consequências jurídicas que poderão advir dessa decisão, consignando que, o inciso VIII, do art. 10, da Lei Federal n. 8.429/1992, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário "frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente", redação alterada pela própria Lei 13.019/14.

configurar-se-á situação que enseja a responsabilidade funcional dos agentes que deixarem de observar referida formalidade.

Por fim, pontue-se que os critérios de julgamentos e os requisitos de habilitação das organizações da sociedade civil serão objeto de estudo no tópico seguinte.

3.2.8 Do Procedimento de Manifestação de Interesse Social

Ainda na fase interna, a Lei n. 13.019/2014 instituiu uma ferramenta ainda pouco utilizada na Administração Pública: o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS).

Consoante o disposto no artigo 18 da Lei n. 13.019/2014, o PMIS é o instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. Logo, a legislação previu a possibilidade da adoção de um instrumento que permite ao Poder Público absorver, se assim julgar conveniente e oportuno, as demandas e sugestões da sociedade.

A ideia não é nova. Conforme pontua Rafael Carvalho Rezende Oliveira, trata-se de instituto semelhante ao previsto para concessões comuns e especiais (parceria público-privada) de serviços públicos[213], cujo fundamento se encontra no art. 21, da Lei Federal n. 8.987/1995 (concessões comuns), e no art. 3º, caput, e § 1º, da Lei Federal n. 11.079/2004 (concessão especial), regulamentados pelo Decreto Federal n. 8.428/2015. Nessa hipótese, o Poder Público é provocado por particulares, mediante o oferecimento de projetos e estudos relacionados a uma concessão de serviço público. Se pertinentes, deverá ser dada ampla publicidade ao projeto ou estudo oferecido, ofertando, inclusive, a outros particulares a apresentarem também suas análises (o que, segundo o decreto, deverá ser feito por meio de um chamamento público). Com a seleção do projeto ou estudo, haverá a possibilidade de ressarcimento do particular pelo estudo ofertado, que deverá ser custeado pelo vencedor da licitação da concessão.

Com efeito, pela Lei Federal n. 13.019/2014 se instituiu mais uma hipótese pela qual se concede ao particular exteriorizar suas reivindicações, projetos e demandas. A lei não trata, porém, da possibilidade de reembolso por estudos apresentados, como o fez no caso das licitações para concessões comuns e especiais de serviços públicos, provavelmente porque as parcerias não possuem intuito lucrativo.

---

[213] Op. Cit. p. 352.

Para José dos Santos Carvalho Filho, tal instrumento pode ser caracterizado sob duas vertentes. Sob o *aspecto material*, representa a manifestação de vontade da sociedade civil expressa pela proposta apresentada à Administração. Retrata uma sugestão ao poder público para o desempenho de certa atividade de interesse público e despida de fins lucrativos. Sob o *aspecto formal*, o instrumento decorre da instauração de processo administrativo no qual estarão acostadas todas as peças pertinentes à sua finalidade, como a proposta da entidade ou do cidadão, a manifestação de órgãos administrativos e sua avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da parceria, a decisão final da Administração sobre a proposta e, enfim, todos os dados que tenham pertinência com o objetivo do instrumento[214].

Certamente, a necessidade de instauração do processo administrativo, com observância do rito previsto na legislação busca minimizar qualquer interesse unicamente privado na propositura. Para evitar afrontas à impessoalidade e à igualdade, a Lei n. 13.019/2014 estabeleceu, em seu art. 19, requisitos para a apresentação da proposta, exigindo: (a) a identificação do autor, (b) a informação sobre o interesse público em jogo e (c) o diagnóstico do cenário a ser alterado, aprimorado ou desenvolvido, incluindo-se ainda elementos ligados à viabilidade, aos custos, aos benefícios e aos prazos de execução.

Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário assinalam que o último requisito se desdobra em outros dois: um tem função contextual, pois trata do mapeamento da situação social que deverá ser alterada caso a parceria e a atividade de interesse público se concretizem; outro tem função operacional, já que cuida do conteúdo da ação a se desenvolver, suas características, seus prazos, seus custos e benefícios[215].

Esses elementos, como consigna Carvalho Filho, constituem os dados de *admissibilidade* da proposta, ou seja, a Administração só avaliará a sugestão oferecida se, antes de tudo, estiverem presentes os requisitos formais impostos na lei. Inclusive, o art. 77, do Decreto Federal n. 8.428/2015, ao elencar as etapas do procedimento para instauração do PMIS, consigna a necessidade de instrução do processo com "análise da admissibilidade da proposta".

Admitida a propositura, caberá à autoridade competente, que será aquela indicada no regulamento de cada ente, proferir decisão sobre a instauração ou não do PMIS. Essa decisão deve adentrar não apenas os requisitos formais da proposta, como também aspectos de conveniência e oportunidade. Ou seja, a decisão sobre a instauração do PMIS perpassa

---

[214] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O procedimento de manifestação de interesse social**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/16/o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-social/>. Acesso em: 28 fev 2017.

[215] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 458.

também por uma análise de mérito. É o que se depreende do art. 20, da Lei n. 13.019/2014, como também é o que dispõe o inciso II, do art. 77, do Decreto Federal n. 8.428/2015[216].

Instaurado o procedimento, deverá a Administração tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico, para oitiva da sociedade a respeito do tema, observando-se o regulamento de cada ente. Essa obrigação administrativa decorre do princípio da publicidade (art. 37, caput, CF), para o fim de permitir que a sociedade civil tome conhecimento do que foi sugerido e possa manifestar-se sobre a proposta.

Recomendável, ainda, a oitiva de conselhos setoriais de políticas públicas pertinentes, como também órgãos técnicos da Administração Pública que possam fornecer dados a respeito das ações propostas.

Decorrido prazo razoável para oitiva da sociedade, caberá à autoridade competente proferir decisão devidamente fundamentada a respeito da realização ou não de chamamento público para concretização dos objetivos do PMIS. Conforme estabelece o art. 21, o PMIS não implica necessariamente na execução do chamamento público, que ocorrerá de acordo com os interesses da administração.

Um ponto importante é que a realização do PMIS não dispensa a realização de chamamento público na hipótese em que a Administração decidir por firmar uma parceria. Ou seja, a apresentação de uma proposta por uma organização da sociedade civil, por conduto desse procedimento, não vincula o Poder Público a com ela firmar o ajuste (§ 1º do art. 21).

Outrossim, como preceitua José dos Santos Carvalho Filho, incide no procedimento o *regime de não competitividade estrita*, expresso no art. 21, § 2º, da lei, segundo o qual a proposição ou a participação no processo não impede a organização da sociedade civil de participar do chamamento público[217].

Importante anotar, ainda, que a lei abraçou também, no que diz respeito ao PMIS, o *regime da dispensabilidade*: o procedimento de manifestação de interesse social não se caracteriza como *conditio sine qua* no que tange à realização do chamamento público ou à celebração da parceria (§ 3º do art. 21). Em relação à dispensabilidade de instauração do PMIS, pertinente a transcrição dos apontamentos de Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário:

---

[216] Segundo Carvalho Filho, não há dúvida que a instauração do procedimento depende de *avaliação discricionária* da Administração, e isso significa que esta não tem a obrigação de deflagrar o processo, se não estiverem presentes os fatores de conveniência e oportunidade. Op. Cit.

[217] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit.

> Essa discricionariedade do Poder Público em relação à realização da contratação após o PMIS pode originar um desincentivo à participação das entidades nesse procedimento de elaboração cooperativa de propostas, tendo em vista que a participação nessa etapa de planejamento gera custos para os agentes sociais que, se não cobertos, desestimularão o diálogo. Entretanto, é compreensível a discricionariedade conferida pela Lei aos entes públicos pelo fato de que a contratação depende da movimentação de servidores, da disponibilidade de certos recursos financeiros e da comprovação da utilidade do contrato em um determinado momento histórico, político e social[218].

Por certo, compreensível a discricionariedade conferida pela legislação para o PMIS, já que se trata de um instrumento de convencimento e de apoio para a tomada de decisão. Torná-lo compulsório, principalmente se a política pública já se tiver inserido nos projetos do ente, poderia, em alguns casos, burocratizar o processo que antecede a parceria, o que não condiz com os vetores legais aplicáveis à espécie.

Do exposto, vê-se que a previsão do PMIS está em consonância com a gestão pública democrática, a participação social e o fortalecimento da sociedade civil, constituindo mecanismo capaz de possibilitar efetiva participação social na proposição ao poder público de projetos[219].

Para Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, o PMIS é um instrumento dialógico de uso facultativo por meio do qual as organizações, os movimentos sociais e os cidadãos poderão apresentar propostas de parcerias ao Poder Público, sendo que, numa primeira análise, ao prever a possibilidade de participação de toda a sociedade, inclusive dos cidadãos, pode ser um mecanismo interessante e eficaz para transformações sociais, permitindo à sociedade tomar a iniciativa de mover o Poder Público em favor da efetivação de projetos de fomento[220].

---

[218] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 459.

[219] QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, set./out. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=212817>. Acesso em 28 fev. 2017. p. 147.

[220] Op. Cit. p. 458.

4 DA FASE EXTERNA DO CHAMAMENTO PÚBLICO

Superada a fase interna (ou fase do planejamento) do chamamento público, adentra-se a *fase de seleção*, escopo central do chamamento público, cujo termo inicial se dá com a publicação do ato convocatório.

Na etapa externa realizam-se os atos destinados diretamente a selecionar aquele que oferecer a proposta mais adequada à necessidade pública que se deseja atender. Essa fase externa é composta de outras etapas. Segundo assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, depreendem-se, do texto legal, as seguintes etapas da fase externa: instrumento convocatório (edital), o julgamento e a classificação, a homologação e a habilitação[221]. De fato, são essas as etapas do certame que se revelam da leitura dos artigos 23 a 32, da Lei n. 13.019/2014.

Importante consignar que, não obstante o aparente consenso a respeito das etapas do certame, verifica-se que inexiste unanimidade na indicação da ordem dessas etapas. Por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em seu manual próprio direcionado aos gestores, consigna que a homologação é a última fase do procedimento de chamamento público, não somente sucedendo a etapa da habilitação, como também dos pareceres técnicos e jurídicos previstos nos incisos IV e V, do art. 35, necessários à formalização da parceria[222]. Disso se infere a importância da regulamentação própria de cada ente, que deverá esclarecer com nitidez o caminho a ser percorrido até a formalização da parceria.

Durante a fase externa, certamente existirão atos praticados internamente pela Administração Pública, a exemplo do julgamento das propostas, o recebimento de impugnações e recursos, deslocamento entre os órgãos do processo administrativo, dentre outras diligências. Ainda assim, esses atos integrarão a etapa externa, pois se destinam a produzir efeitos que não mais se restringem ao âmbito administrativo, atingindo também terceiros.

Quando do estudo da fase interna, foram apontadas as principais facetas que mereciam ser debatidas. Igualmente, dentre as inúmeras feições relevantes da fase externa, seis demandam discussão pormenorizada: a) divulgação do ato convocatório; b) julgamento das propostas; c) habilitação das organizações da sociedade civil; d) parecer técnico; e) homologação.

---

[221] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Op. Cit. p. 301.
[222] Op. Cit. p. 127-128.

4.1 Divulgação do Ato Convocatório

Imprescindível a publicização do instrumento convocatório do chamamento público. Aliás, na concepção da lei, a etapa externa do procedimento de chamada somente terá início com a divulgação do edital, cujo escopo é dar ciência a terceiros da existência de um chamamento público.

A divulgação do edital consagra o *princípio da publicidade,* insculpido no *caput*, do art. 37, da Constituição da República, como também no inciso XII, do art. 2º, da legislação em voga, que visam garantir a transparência da atuação estatal e o conhecimento público das propostas e modos de satisfação das demandas sociais. A publicidade decorre ainda da concepção democrática, que reconhece a vontade estatal como um processo de consenso a partir da participação aberta de todos integrantes da Nação[223].

Ainda que não conste expressamente do bojo da Lei n. 13.019/2014, essencial que, antes da publicação do ato convocatório, conste no processo administrativo autorização pela autoridade competente – indicada pela regulamentação interna do ente – para instauração da fase externa. Ou seja, indispensável que exista um ato administrativo interno, de natureza unilateral, que traduza uma avaliação da autoridade competente acerca da presença dos requisitos de legalidade e de conveniência ao prosseguimento do chamamento público, a fim de concretizar os princípios regentes da Administração Pública.

Autorizado o certame, conforme consta do art. 26, o ato convocatório deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial do órgão ou entidade[224], com antecedência mínima de trinta dias. Esse prazo mínimo, que deve mediar a publicação do edital e a data de entrega das propostas, destina-se a permitir que eventuais interessados avaliem a conveniência de sua participação no certame, obtenham as informações necessárias, apresentem impugnações, caso necessário, e elaborem suas propostas, observando-se que, na hipótese de republicação do edital, deverá renovar-se o prazo mínimo.

4.2 Julgamento das Propostas

---

[223] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. Cit. p. 89.

[224] Nesse ponto, importante observar que a Administração Pública Federal deve disponibilizar, sempre que possível, meios adicionais de divulgação dos editais de chamamento público, especialmente nos casos de parcerias que envolvam indígenas, quilombolas, povos e comunidades tradicionais e outros grupos sociais sujeitos a restrições de acesso à informação pelos meios tradicionais de comunicação (art. 10, parágrafo único, do Decreto Federal n. 8.726/2016).

Dispõe a legislação em comento que a chamada pública deve ser conduzida de modo objetivo (inciso XII, art. 2º), ou seja, devem-se estabelecer no ato convocatório regras impessoais e concretas de escolha das organizações, obrigando os julgadores a aterem-se a critérios de julgamento previamente fixados, delimitando a margem de valoração subjetiva.

Em termos amplos, a objetividade do julgamento significa imparcialidade mais finalidade: o julgamento objetivo exclui a parcialidade, que é a tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte, como também demanda a formulação de regramentos prévios de seleção à luz dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, não se admitindo que garantias e direitos sejam amesquinhados sob o pretexto de seleção da melhor proposta[225].

Em suma, a objetividade permite uma apreciação homogênea de todas as proposituras, efetivando, ainda, os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, probidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório, assim como exige o MROSC.

Nessa toada, o inciso V, do § 1º, do art. 24 determina como elemento obrigatório do edital a previsão de critérios pré-estabelecidos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no tocante à "metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos". Todavia, diferentemente do que se verifica na legislação a respeito de contratos operacionais (obras, serviços e compras) ou de contratos de concessão (tanto os comuns, quanto as parcerias público-privados), a Lei n. 13.019/2014 é sucinta em relação a quantos e quais critérios devem ser empregados no chamamento.

Em verdade, o legislador abriu caminho para que os Estados e os Municípios definam sua própria metodologia por lei ou, alternativamente, que decidam não estabelecer qualquer critério legal, deixando no campo da discricionariedade administrativa a elaboração do parâmetro de julgamento para cada caso – alternativa essa que confere margem de flexibilidade e criatividade para o administrador público[226].

A legislação limitou-se a estabelecer, em seu artigo 27, que, para o julgamento das propostas, deve-se ter por parâmetro *obrigatoriamente* 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. Dessa maneira, estabeleceram-se dois critérios de julgamento a constarem obrigatoriamente do ato convocatório: a) adequação da proposta aos objetivos específicos da parceria e b) adequação da proposta ao valor de referência, na hipótese da parceria envolver transferências de recursos públicos.

---

[225]JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. Cit. p.820.
[226] Op. Cit. p. 463.

É possível observar que, ao contrário da Lei n. 8.666/1993, que optou pelo preço como fator de maior relevância para seleção de qualquer proposta, reservando as licitações de melhor técnica e de técnica e preço para situações especialíssimas, a Lei n. 13.019/2014 consagrou a *técnica* como o fator de maior peso na composição da equação do julgamento das propostas.

Certamente, em decorrência da complexidade e natureza do objeto das parcerias com OSC's, a priorização da técnica no julgamento é compatível com o espírito da legislação: enquanto a escolha pelo menor preço é solução apropriada quando o interesse público pode ser atendido dentro de padrões mínimos de qualidade, a eleição da técnica é adequada quando o interesse público a ser satisfeito demanda a maior perfeição técnica possível.

Nesse ponto, Laís de Figueirêdo Lopes e Bruno de Souza Vichi apontam que o chamamento público deve ser diferente do procedimento licitatório comum, cuja busca se direciona à proposta economicamente mais vantajosa, e deve levar em consideração os aspectos peculiares que envolvem a complexidade de cada objeto, de cada política pública, de cada território onde sequer a operação por OSC. Por isso, concluem que no chamamento público não se busca o melhor preço e sim transformações socioambientais que são de relevância pública. Por isso também a importância, quando do julgamento, o reconhecimento da legitimidade e da história da organização[227].

Nessa mesma linha, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul pontua que, em razão da ausência de finalidade lucrativa por parte da entidade celebrante, o critério norteador obrigatório para a avaliação das propostas na Lei Federal n° 13.019/2014 é a sua adequação aos objetivos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e, quando for o caso, o valor de referência[228].

Assim, quanto ao primeiro critério obrigatório de julgamento (*adequação da proposta aos objetivos específicos da parceria*), obviamente, caberá à Administração Pública retirar-lhe o caráter genérico empregado na legislação, sendo recomendável, inclusive, seu desmembramento, para abarcar subcritérios que avaliarão a adequação da proposta aos objetivos específicos.

---

[227] LOPES, Laís de Figueirêdo; VICHI, Bruno de Souza. A lei nº. 13.019/14: conquistas, desafios e os impactos para a gestão pública estadual e municipal. *In*: **Congresso Consad de Gestão Pública**, 8, 2015, Anais Brasília. pp. 1- 54 Disponível em <http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1194/1/A%20LEI%20NO%2013.01914%20CONQUISTAS%2c%20DESAFIOS.pdf>. Acesso em 12 jul 2017

[228] BRASIL. TCE/RS. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil: um estudo acerca da Lei Federal nº 13.019/2014**. Porto Alegre: TCE/RS, 2015. Disponível em: < http://portal.mpc.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/marcoregulatorio_oscs.pdf>. Acesso em 13 jul 2017.

Nesse ponto, importante observar que um bom julgamento, à luz das diretrizes da Lei n. 13.019/2014, deverá estar respaldado em um ato convocatório a) que estabeleça parâmetros claros de formulação das propostas e b) que estabeleça critérios de julgamento e de pontuação relevantes e objetivos.

Conforme amealhado alhures, o ato convocatório do chamamento público poderá estar acompanhado de um plano de trabalho ou pode estabelecer parâmetros para que as organizações da sociedade civil elaborem seus próprios planos, a depender do ajuste a ser firmado. Em ambos os casos, caberá à Administração indicar parâmetros a serem seguidos, conforme consta do parágrafo único, do art. 23, especialmente quanto a) ao objeto da parceria; b) às metas a serem alcançadas; c) custos; e d) indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados. Assim, só haverá um bom julgamento da adequação da proposta, quando o edital previamente estabelecer essas diretrizes para elaboração das propostas.

Com a definição dos parâmetros para elaboração das propostas, caberá ao edital precisar, de modo exaustivo, o elenco de critérios para julgamento das propostas, com suas respectivas pontuações, sendo vedado à comissão inovar, avaliando as propostas segundo critérios não previstos.

Ressalte-se, ainda, que o julgamento não poderá ocorrer por critérios aleatórios, tampouco por preferências pessoais. Assim, necessário o estabelecimento de parâmetros bem definidos, estabelecidos, preferencialmente, à luz de postulados científicos, com atribuição de notas a diversos fatores, mitigando resquícios de subjetivismo e imprecisão no julgamento.

A seguir, importante transcrever critérios de julgamento da adequação da proposta aos objetivos específicos da parceria sugeridos por Clair de Oliveira, que poderão ser pontuados pelo ato convocatório:

> - *Qualificação técnica* com a apresentação de demonstrativo da experiência da entidade, e também com a identificação da equipe técnica responsável pelo desenvolvimento do projeto/atividade (currículo, trabalhos realizados etc.). Importante identificar como serão pontuadas a formação e experiência profissionais e a formação acadêmica.
> - *Conhecimento do problema* com a apresentação de documento que demonstre o grau de conhecimento sobre os principais aspectos envolvidos nos serviços a executar.
> a. Conhecimento geral a respeito da política pública local desenvolvida no que concerne ao objeto;
> b. Conhecimento geral a respeito das políticas públicas adotadas por outros entes federados e eventual identificação de casos de sucesso;
> c. Conhecimento das condições específicas do objeto a ser desenvolvido (população, região, dificuldades de abordagem etc.);
> d. Identificação do interesse da proponente pelo tema objeto de chamamento.
> - *Metodologia e organização* com a apresentação de documento que demonstre o método e a organização proposta pelo licitante para a execução dos serviços, e contenha:

> a. Apresentação do método de trabalho proposto (objeto, objetivos, etapas e produtos);
> b. Roteiro e fluxograma de atividades;
> c. Cronograma de alocação de membros da equipe técnica, segundo as atividades previstas;
> d. Organograma e atribuições[229].

Ainda a respeito dos critérios de julgamento, importante reforçar os comentários acima quando do estudo da elaboração do ato convocatório, principalmente a respeito do disposto no § 2º, do art. 24, da lei em comento, pelo qual se veda admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo, em decorrência de qualquer circunstância impertinente, a reforçar a necessidade de atenuar o subjetivismo do julgamento.

O segundo critério a constar obrigatoriamente do edital diz respeito à adequação da proposta ao valor de referência, quando envolvidos repasses de recursos públicos.

Conforme já estudado, cabe à Administração Pública, quando da etapa preliminar do chamamento público, elaborar estudos acerca dos custos da parceria, seja para fomento ou colaboração, seja para executar uma atividade ou um projeto, é necessária a indicação de uma estimativa de valores, com custos compatíveis com as disponibilidades financeiras. A essa estimativa deu-se o nome de *valor de referência*.

Verificou-se também que a jurisprudência, com enfoque, nesse ponto específico, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, construiu parâmetros para a estipulação desse valor de referência, dentre os quais, no presente momento do estudo, destacam-se: a) o valor do repasse só pode contemplar o custo efetivo para atendimento das demandas e cumprimento das metas; b) o Poder Público deve calcular o custo *per capita* do atendimento e repassar verbas de acordo com o volume previsto para atendimentos/realizações, cujos preços sejam compatíveis com os do mercado e/ou os fixados setorialmente; c) a entidade não pode ser "sustentada" pelo Poder Público; d) o valor dos repasses presta-se, tão somente, a custear os serviços públicos por ela assumidos e realizados.

Com efeito, estipulado o valor referencial do certame, tem-se a definição da forma de apresentação dos valores das propostas, para fins de seleção, sendo recomendável que o critério de julgamento da adequação da proposta ao valor de referência seja pautado pelos próprios parâmetros pelos quais calculados a quantia indicada no ato convocatório.

---

[229] Op. Cit. p. 158-159.

Ademais, o critério da adequação ao valor referencial abrange a avaliação se nos quantitativos constantes da proposta foram elencadas somente despesas passíveis de serem pagas com recursos públicos, que são as descritas no art. 46 da lei em foco.

Assim, a organização da sociedade civil, em sua proposta ou plano de trabalho, poderá indicar na composição dos valores da proposta: a) a remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhista; b) estimativa de diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija; c) os custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria; d) a aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Interessante nota, em relação às despesas, que o MROSC supera o entendimento no sentido de que os recursos repassados por entes públicos não poderiam ser aplicados no pagamento de pessoal da organização. Na visão de Paula Raccanello Storto e Stella Camlot Reicher, neste aspecto, a legislação atendeu a reivindicação histórica da sociedade civil e dos trabalhadores do segmento, contribuindo para superar a situação de precarização das relações de trabalho nas OSC's que se propõem a atuar em conjunto com o Estado.[230]

Ainda, importante ressaltar, uma vez mais, que o julgamento da adequação da proposta ao quantitativo referencial não se restringe à compatibilidade de valores, tampouco a selecionar a proposta com o menor custo possível. Bem por isso, a legislação permite a seleção de proposta que não seja a mais adequada ao valor de referência, desde haja obrigatoriamente uma justificativa para tanto. É o disposto no art. 25, § 5º, de acordo com o qual "será obrigatoriamente justificada a seleção de proposta que não for a mais adequada ao valor de referência constante do chamamento público".

Para Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, o preceptivo legal autorizou o Estado a gastar mais ou menos que o previsto quando dos estudos realizados na etapa preliminar do chamamento, desde que haja motivos relevantes para tanto. Ao analisa-lo mais

[230] STORTO, Paula Raccanello; REICHER, Stella Camlot. Elementos do direito do terceiro setor e o marco regulatório das organizações da sociedade civil. **Pensamento e Realidade**, v. 29, n. 2, 2014.

detidamente, questionam se esse permissivo não acaba por distorcer o procedimento, mormente nas hipóteses em que a proposta escolhida superar o valor de referência, *in verbis*:

> (...) Tal preocupação afigura-se justificável, na medida em que a aceitação de uma proposta que não adere ao valor de referência (por ultrapassá-lo) significa, em última instância, que a Administração seleciona um parceiro que não respeita por completo os termos do edital em detrimento eventual de outras OSC que tenham observado exatamente as normas editalícias[231].

Certamente uma interpretação ampla e irrestrita do § 5º, do art. 25, pode levar ao prejuízo da competitividade do certame, justamente por permitir a seleção de proposta que deixou de cumprir um dos requisitos do edital – a adequação ao valor de referência -, como também da economicidade e sua exigência de otimização dos custos, podendo ensejar, em última instância, na malversação dos recursos públicos.

Outro aspecto relevante a se observar numa interpretação dilatada desse preceptivo legal é a impossibilidade de seleção de proposta sem a prévia disponibilidade orçamentária para fazer frente às despesas. Qualquer compreensão que permita a formalização de uma parceria sem a observância dos regramentos de ordem orçamentária e financeira desbordaria dos vetores legais aplicáveis à espécie.

Destarte, a única interpretação que se vislumbra possível ao dispositivo legal é a de que a Administração Pública, ao calcular o valor de referência, poderá estabelecer uma margem de variação. Assim, recomendável que seja indicado um valor máximo aceitável para execução da parceria, que esteja acobertado com prévia indicação de dotação orçamentária no processo administrativo. Qualquer interpretação diversa, que permita a seleção de proposta com dotação insuficiente à sua execução traria uma série de consequências, como a impossibilidade de promoverem-se as despesas, com todos os reflexos maléficos decorrentes[232].

Essa, inclusive, é a interpretação depreendida do Decreto Federal n. 8.726/2016, que no § 8º, do art. 9º, faz remissão a esse teto valorativo a ser indicado no ato convocatório,

---

[231] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 463.

[232] Para Clair de OLIVEIRA, há uma hipótese em que não há possibilidade alguma de aceitação da proposta: é o caso em que a administração percebe que seu valor de referência estava subestimado e em consequência opta por aceitar proposta com preço superior àquele que serviu de referência. Segundo a autora, "certamente a justificativa de que o poder público cometeu uma falha ao definir seu valor não poderá ser aceita, pois esse fato pode ter acarretado a desistência em participar do chamamento por parte de outras entidades, por considerarem o preço inexequível. Nessa hipótese deverá ser aberto novo edital de chamamento, dessa vez com preços exequíveis". (Op. Cit. p. 160).

dispondo que o órgão ou a entidade da administração pública federal deverá assegurar que o valor de referência ou o *teto indicado* no edital seja compatível com o objeto da parceria.

Com efeito, com as reflexões acima acerca dos critérios obrigatórios de julgamento das propostas do chamamento público, cumpre ressaltar que não se constituem em um rol exaustivo, mas sim parâmetros mínimos de julgamento a constar de todo ato convocatório. Nesse sentido, também, o § 4º, do art. 9º, do decreto mencionado, estabelece que poderão ser privilegiados critérios de julgamento como inovação e criatividade, conforme previsão no edital.

Ademais, como visto quando dos comentários acerca da elaboração do ato convocatório, são cabíveis medidas discriminatórias de seleção que guardem relação de pertinência e relevância para a execução do contrato, podendo tais medidas, a depender do caso concreto, compor um critério de julgamento de proposta.

Outro aspecto relevante acerca da etapa de seleção é que abrange a avaliação das propostas, a divulgação do resultado preliminar, o julgamento dos recursos e a homologação dos resultados, sendo que referida avaliação terá caráter eliminatório e classificatório. Ou seja, o julgamento culminará com o estabelecimento de uma ordem de classificação das propostas, de acordo com os critérios de julgamento estabelecidos no edital. As organizações da sociedade civil desclassificadas por não atenderem às condições do edital serão eliminadas, não figurando, obviamente, na ordem de classificação. Assim, na etapa em estudo, fala-se em *classificação* ou *desclassificação*.

Para os chamamentos públicos realizados no âmbito da União, o mencionado decreto regulamentador dispõe que será eliminada a organização da sociedade civil cuja proposta esteja em desacordo com os termos do edital ou que não contenha a descrição da realidade objeto da parceria e o nexo com a atividade ou o projeto proposto; as ações a serem executadas, as metas a serem atingidas e os indicadores que aferirão o cumprimento das metas; os prazos para a execução das ações e para o cumprimento das metas; e o valor global (§ 2º, do art. 16). Em verdade, referido mandamento infralegal acaba por estabelecer requisitos mínimos a constar das propostas.

Após a avaliação das propostas, cumpre ao órgão ou a entidade pública divulgar o resultado preliminar do processo de seleção, concedendo prazo para apresentação de recursos. Como já pontuado, a legislação deixou a cargo de cada ente a regulamentação a respeito do prazo e da autoridade competente para o julgamento, dispondo apenas acerca da necessidade de que o ato convocatório preveja o direito ao recurso (art. 24, § 1º, VIII) .

Superada a análise das propostas e julgamento de eventuais recursos, o órgão ou a entidade pública deverá divulgar o resultado da classificação das organizações da sociedade civil no processo de seleção em sua página oficial na internet (art. 27, § 4º). Note-se que não há necessidade de publicação na imprensa oficial, sendo apenas uma faculdade do ente público fazê-lo.

Há que se pontuar a impropriedade legislativa do § 4º ao determinar que a administração pública *homologará* e divulgará o resultado do julgamento. Ao nosso ver, parece errôneo proceder o ato de homologação nesta fase processual. A homologação, ato de competência exclusiva da autoridade superior, tem o propósito de colher sua concordância com todo o procedimento de chamamento público. Por essa razão, concordamos com a mencionada posição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, em seu manual próprio direcionado aos gestores, consigna que a homologação é a última fase do procedimento de chamamento público, não somente sucedendo a etapa da habilitação, como também dos pareceres técnicos e jurídicos previstos nos incisos IV e V, do art. 35, necessários à formalização da parceria.

Concluído o julgamento e ordenadas as propostas de acordo com a classificação, a Administração Pública procederá a verificação dos requisitos de habilitação previstos nos artigos 33, 34 e 39.

4.3 Habilitação

Na etapa de habilitação, a Administração Pública, por conduto da comissão de seleção, verificará se as organizações da sociedade civil preenchem os requisitos descritos no ato convocatório, os quais, por conseguinte, devem observar o disposto da legislação regente. Dessa forma, considera-se *habilitada* a organização que atender os requisitos de *capacidade jurídica*, *regularidade fiscal*, *capacidade técnica* e *idoneidade*.

Deve-se observar que na habilitação o foco principal é na organização da sociedade civil, enquanto na fase de julgamento a avaliação reside no aspecto formal e de conteúdo da proposta. Dessa maneira, na fase em voga, a entidade pode ser considerada *habilitada* ou *inabilitada*.

Não obstante a ausência de um maior detalhamento normativo na fixação das fases do chamamento público, ainda assim, é possível sustentar a existência de um rito que abarca a fase de planejamento, de abertura, de julgamento e, finalmente, de habilitação. Conquanto não se aponte a habilitação de modo explícito na lei, o art. 28, *caput* dispõe que “somente depois

de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a administração pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos previstos nos arts. 33 e 34". Esse preceptivo desempenha papel fundamental, uma vez que nele consta o reconhecimento de uma fase de habilitação que ocorre após a de julgamento.

Estabelecido o momento da habilitação à luz da legislação, cumpre analisar quais são seus requisitos e a abrangência da discricionariedade da Administração ao inseri-los no ato convocatório. Conforme consignado, o próprio art. 28 faz remissão expressa à necessidade de que as organizações da sociedade civil em competição observem as previsões dos art. 33 e 34 da Lei. Isso poderia levar o intérprete a crer que bastaria a observância dos requisitos contidos nesses dispositivos para a habilitação da organização classificada na fase de julgamento. Contudo, de uma leitura amplificada da Lei n. 13.019/2014, pode-se aferir que esses não são os únicos dispositivos que tratam de requisitos de habilitação. Além deles, é preciso considerar principalmente as vedações do art. 39 da lei.

Assim, cumpre ao presente estudo analisar detidamente e de forma sequencial os requisitos de habilitação constantes dos arts. 33, 34 e 39.

Nos termos dos incisos I, III e IV, do art. 33, para celebrar a parceria, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam expressamente: a) objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; b) que, em caso de dissolução da entidade, transfira-se o respectivo patrimônio líquido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta; c) escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade .

Importante pontuar que a legislação exige previsão expressa em *normas de organização interna*. No que tange aos dois primeiros requisitos, imprescindível que a previsão expressa conste do próprio Estatuto Social, uma vez que é o instrumento pelo qual se descreve o objetivo social e dispõe acerca da dissolução da entidade associativa. Já quanto à escrituração de acordo com os princípios de contabilidade e com as normas brasileiras de contabilidade, não é condicionante para a habilitação a existência de previsão no Estatuto Social, podendo constar de outro instrumento da organização interna. Inclusive, como forma

de consagração do *formalismo moderado*[233], vislumbra-se possível a aceitação de declaração subscrita por contador devidamente inscrito no Conselho Federal de Contabilidade.

Ainda, em relação a tais exigências, vislumbra-se que a própria legislação faz exceções, excluindo as organizações religiosas e as sociedades cooperativas da observância dos incisos I e III (art. 33, §§ 2º e 3º). Nesse ponto, especificamente em relação às organizações religiosas, para que essa exceção se torne compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, é preciso sempre interpretá-lo de acordo com a vedação contida no art. 19, inciso I da Constituição da República, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

Em seguida, o inciso V, do mesmo dispositivo, exige que a OSC possua: 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, celebre-se a parceria 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.

Tais exigências estão relacionadas a requisitos de *capacidade técnica*, isto é, ao conjunto de experiências prévias e às condições estruturais que deve deter para participar de uma parceria com o Poder Público. Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário consignam que a presença desses requisitos na legislação se mostra fundamental para evitar que entidades fantasmas, criadas da noite para o dia, sem qualquer experiência prévia ou patrimônio, celebre parcerias com o Estado em detrimento de OSC experientes e com atuação reconhecida, contribuindo para a moralização e a profissionalização do setor público não estatal[234].

Dos requisitos relacionados à *capacidade técnica*, é de se debater a razoabilidade da discriminação federativa realizada pelo art. 33 no tocante ao prazo mínimo de existência da

---

[233] Expressão adotada por Marcelo PALAVÉRI, propondo que, pelo *formalismo moderado*, seja evitada a rigidez excessiva, devendo-se buscar a finalidade da fase de habilitação. PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas**: comentários e notas às súmulas e jurisprudência do tribunal de contas do estado de São Paulo. Fórum: Belo Horizonte, 2009. p. 603.

[234]MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 465..

OSC, o qual perfaz um ano para relações com os Municípios, dois para relações com os Estados e três para relações com a União. Isso significa que os Municípios podem firmar parcerias com OSC mais recentes, mas a União não. Como a lei já exige o requisito de experiência anterior em todas as situações, não se vislumbra proporcional a discriminação em relação aos prazos de existência. Em outras palavras, não existe fundamento para essa diferença de regramento para cada ente da Federação realizada pelo art. 33. Mais adequado talvez seria a lei estabelecer um prazo mínimo de existência da OSC que valesse para os chamamentos realizados por todos os entes federativos, deixando-os eventualmente alargar esse prazo, a depender do objeto e da complexidade da parceria[235].

Em relação à comprovação de experiência prévia, com efetividade, contida alínea *b*, do inciso V, do art. 33, deve ser demonstrada, a princípio, com *atestados* fornecidos por pessoas jurídicos de direito público ou mesmo privado, ou outro meio igualmente idôneo e apto a tal desiderato, a exemplo de cópia de parecer com aprovação de constas referente a ajuste anterior.

Ainda a respeito da exigência de comprovação de experiência anterior, cumpre trazer à baila o que já construído em relação aos procedimentos regidos pela Lei n. 8.666/1993 pertinentes ao estudo.

Ao longo dos anos de vigência da Lei de Licitações e Contratos, doutrina e jurisprudência debruçaram-se acerca da comprovação da qualificação técnica, também chamada de capacidade técnico-operacional, prevista no inciso II, do art. 30, daquele diploma, e o que se pode concluir é uma tendência limitadora dessa condição. Em suma, argumenta-se que somente podem ser admitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações e como uma garantia do mínimo de segurança para a Administração de que o objeto será executado, especialmente em virtude da regra constitucional a respeito, segundo a qual somente se permite exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI)[236].

A título de exemplo, o Tribunal de Contas da União constantemente afirma que as exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo. Contudo, ressalva que tais exigências

---

[235] Ibidem. p. 465.

[236] BRASIL. **Constituição da República (1988**). Art. 37. (…) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

devem ser sempre devidamente motivadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência[237]. Não é outro o entendimento de Justen Filho, ao preconizar que "para fins de licitação, a experiência anterior apenas apresenta relevância jurídica quando funcionar como evidência de capacitação para executar um certo objeto no futuro"[238].

Retorna-se agora à exigência constante da alínea *b*, do inciso V, do art. 33, da Lei n. 13.019/14, ainda que não haja, no momento presente, entendimento jurisprudencial consolidado, tampouco referência acadêmica específica a respeito, não é desarrazoado concluir que, nos moldes do entendimento aplicado à Lei de Licitações e Contratos, não se trata de exigência ilimitada, devendo se coadunar com o objeto, de modo a demonstrar sua pertinência e prestabilidade.

Logicamente, ao contrário dos processos regidos pela Lei n. 8.666/1993, que se aplica a certame cujo objeto se destina a contratações das mais simples às mais complexas, as parcerias, em sua esmagadora maioria, envolvem objetos complexos, que se desdobram em parcelas de maior e menor relevância, razão pela qual se torna necessária uma atenção especial a essa exigência, para que seja garantida segurança ao Poder Público de que o objeto será executado com efetividade e, ao mesmo tempo, não se restrinja a competitividade.

Em primeiro lugar, não há pertinência em impor à OSC a comprovação de uma experiência de um objeto exatamente igual ao do objeto do chamamento público. Evidente que se preencher o requisito da habilitação por meio da execução de objeto similar, tanto é que o próprio preceptivo fala em experiência anterior na realização "do objeto da parceria ou de natureza semelhante". Daí porque é relevante que a Administração ressalte os aspectos mais relevantes do objeto licitado, para efeito de comprovação da experiência prévia[239].

Outrossim, há que se verificar que o dispositivo utiliza o vocábulo "com efetividade", indicando que se o interessado não apresentou desempenho adequado e satisfatório em parcerias anteriores, não preencherá então o requisito do ato convocatório. Assim, necessário que os *atestados* não se restrinjam a declarar a experiência prévia, anunciando também o bom êxito da execução. Ainda, em caso de dúvida ou omissão do documento, a efetividade poderá também ser apurada de ofício pela Administração, ressaltando que na hipótese de verificação do mau cumprimento, prejudicado estará o requisito do bom desempenho.

---

[237] BRASIL. TCU. **Processo nº TC 012.675/2009-0**, Acórdão 1.942/2009, Plenário, Relator Auditor André Luís de Carvalho, Data da Sessão 26/08/2009.
[238] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. Cit. p. 582.
[239] A Lei 8.666/1993 é expressa em disciplinar que a comprovação da capacidade técnica deve ocorrer exclusivamente em relação às parcelas de maior relevância (art. 30, §1º, inciso I), estipulando caber ao instrumento convocatório sua definição (§2º).

Outra discussão que se trava nos procedimentos regidos pela Lei n. 8.666/1993 e passível de paralelo com o dispositivo em comento é a respeito da possibilidade de exigência de determinado número de atestados para fins de comprovação do bom desempenho anterior. Para Marcelo Palavéri, nos certames licitatórios, deve-se repudiar exigências da espécie, como aliás o faz a maioria das decisões sobre o tema[240]. Nessa toada, qualquer item dessa natureza no edital de chamamento público também se mostraria inadequado, principalmente tendo em vista que a legislação não prevê limitação máxima ou mínima ao número de atestados, o que tornaria uma exigência factível de ferir a isonomia e a competitividade.

Outra problemática normativa digna de estudo diz respeito às instalações da OSC. Estabelece o art. 33, V, *c* que a organização deve possuir "instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas". No entanto, o §5º do mesmo artigo parece relativizar o mandamento ao dispor que, "para fins de atendimento do previsto na alínea c do inciso V, não será necessária a demonstração de capacidade instalada prévia".

Conforme assinalam Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, a redação é de causar perplexidade. De um lado, a lei exige as instalações e condições materiais para desenvolvimento da parceria, mas em seguida afirma que ela não precisa ser demonstrada previamente. Diante disso, sugerem a seguinte interpretação ao preceptivo:

> Para se afastar essa incongruência, há que se entender que, previamente, bastará à OSC comprovar tão somente a capacidade operacional para receber o projeto e que terá condições de adaptar ou expandir suas instalações para executar a parceria que eventualmente celebre. Referido dispositivo não pode ser entendido como uma autorização legal para afastar a exigência de que a OSC tenha condições operacionais de executar a parceria, pois essa interpretação permitir ao Estado contratar entidades sem qualquer estrutura. Essa interpretação violaria o princípio da moralidade administrativa e ainda poderia causar distorções na competição que deve se operar no chamamento, já que entidades sem qualquer estrutura estariam em vantagem indevida em relação às OSC que efetivamente investiram e prepararam suas instalações para viabilizar as parcerias[241].

De fato, referido dispositivo não pode, em nenhuma hipótese, afastar a exigência de comprovação de existência de instalações, condições materiais e capacidade técnica. Talvez, no momento processual da habilitação, seja o suficiente uma declaração firmada pelo responsável da entidade no sentido de que atende ao requisito da alínea *c*, inciso V, do art. 33, ou de que irá adaptar ou expandir suas instalações para o desenvolvimento das atividades ou

---

[240] Op. Cit. p. 608.
[241] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 463.

projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas. No entanto, há um momento processual em que imprescindível a verificação pela Administração Pública do atendimento dessas condições, que é quando da elaboração do *parecer técnico*, conforme será pormenorizado abaixo.

Além das exigências do art. 33, há condições de habilitação elencadas também no art. 34. De acordo com esse dispositivo, as OSC devem apresentar no chamamento a seguinte documentação: certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa, de acordo com a legislação aplicável de cada ente federado; 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; cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual; 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 e comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado.

Trata-se, pois, da comprovação dos requisitos de habilitação jurídica e fiscal. Ao fazer tais exigências, o art. 34 aproxima a fase de habilitação do chamamento à habilitação da licitação tradicional para contratos operacionais.

Analisando detidamente o inciso II, do art. 34, verifica-se uma redação sem muita tecnicidade, estipulando genericamente a apresentação de "certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa", quando, em verdade, essas certidões nada mais são que a comprovação de regularidade perante a Fazenda dos entes da Federação[242], logicamente sempre no que for pertinente à sede da OSC.

Dessa redação, ainda, infere-se outra impropriedade: a ausência de exigência expressa de comprovação de regularidade quanto aos débitos trabalhistas e perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Nesse ponto, importante revelar entendimento de Justen Filho, para o qual a exigência de comprovação da regularidade perante a Justiça do Trabalho configura verdadeiro desvio de finalidade, na medida em que não se visa proteger os interesses da Administração Pública, mas sim constranger o devedor trabalhista a liquidar suas obrigações[243].

---

[242] Até porque, atualmente, a União emite Certidão Negativa de Débitos unificada, incluindo os referentes às contribuições previdenciárias, demonstrando, uma vez mais, a impropriedade da redação, cabendo reforçar, ainda, nessa seara, o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição da República, que veda ao Poder Pública contratar pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social.

[243] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. Cit. p. 573.

Por outro lado, entende-se por mais adequado o entendimento de Marrara e Cesário, segundo o qual se afigura compatível com a Constituição que a entidade pública faça verificações sobre a regularidade das relações trabalhistas no intuito de evitar afronta ao princípio da moralidade administrativa e, mais uma vez, de impedir a competição injusta entre as OSC interessadas na parceria. Afinal, o descumprimento de direitos trabalhistas reduz os custos da OSC e a beneficia numa competição por projetos diante do Estado em relação a outras organizações[244], podendo-se abarcar nesse raciocínio a necessidade de comprovação de inexistência de débitos para com o FGTS. Ainda nessa toada, importante ressaltar o risco para o Poder Público em formalizar ajuste com contumaz inadimplente de direitos trabalhistas, na medida em pode existir responsabilização subsidiária quando comprovadas falhas na fiscalização da execução[245], razão pela qual se pondera adequada a apresentação das respectivas certidões negativas.

Ainda sobre o art. 34, cumpre mencionar a exclusão do inciso VIII, revogado integralmente pela Lei n. 13.204/2015. De acordo com o antigo dispositivo, como requisito de habilitação, a OSC deveria apresentar "regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiro, aprovado pela administração pública celebrante, em que se estabeleça, no mínimo, a observância dos princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo e a busca permanente de qualidade e durabilidade". Ou seja, pela redação originária da lei, depreende-se que a OSC não só deveria apresentar regulamentação própria de compras e contratações, como também caberia à Administração Pública analisar e aprovar esse regramento, como requisito de habilitação no certame. Ainda, o também revogado art. 43 confirmava que as contratações de bens e serviços pela OSC deveriam ocorrer de acordo com regulamento próprio, consignando em seu § 1º que o processamento poderia ser efetuado por sistema eletrônico disponibilizado pela administração pública, aberto ao público via internet, permitindo aos interessados formularem suas propostas.

A esse respeito, importante consignar que o regulamento próprio para compras e contratação de pessoal surgiu como meio para assegurar que a utilização dos recursos

---

[244] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 466.

[245] O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do Recurso Extraordinário n. 760.931/DF, decidindo que o Estado deverá ser responsabilizado por débitos trabalhistas quando comprovadas falhas na fiscalização. Não obstante referida decisão seja direcionada aos contratos operacionais, há que se ponderar a probabilidade de mesma tese ser aplicada pelo Poder Judiciário às parcerias firmadas à luz da Lei n. 13.019/14, pela verossimilhança nos aspectos operacionais em relação às contratações de pessoal.

públicos gerenciados por entidades do terceiro setor, no tocante a aquisições e contratações, resultassem no melhor custo/benefício, ou seja, que os recursos fossem utilizados da melhor forma possível, como também para garantir que o ato de aquisição e contratação fossem regidos pelos mesmos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, regentes dos gastos da Administração Pública.

Atualmente, a formulação desse tipo de regulamentação é de observância obrigatória, por imposição legal, para Organizações Sociais – OS, que firmam Contratos de Gestão (art. 4º, inciso VIII, e art. 17, da Lei Federal n. 9.637/1998), e para Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, que firmam Termos de Parceria (art. 14, da Lei Federal n. 9.790/1999).

As alterações de 2015, porém, dispensaram a exigência de regulamentação própria de compras e contratações por OSC's não só para a habilitação no certame, como não há menção de observância de procedimento próprio para comprar ou contratar em qualquer fase da parceria[246], o que leva à indagação acerca de como será controlada a utilização de recursos públicos.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, há que se pontuar a influência da mencionada diretriz da *priorização do controle de resultados*, pela qual se busca uma simplificação no controle da forma de aplicação de recursos, com o fito de tornar a prestação de contas a mais objetiva, clara e simples possível, de modo a evitar entraves meramente burocráticos, os quais, a depender da complexidade e multiplicidade de regramentos e sistemas, podem ser contraproducentes em termos de resultado.

A propósito, significativa a transcrição de trecho do parecer exarado pelo Deputado Federal Eduardo Barbosa (PSDB-MG), no processo de análise de Comissão Mista sobre a Medida Provisória n. 684/2015, posteriormente convertida na Lei n. 13.204/2015, *in verbis*:

> As organizações da sociedade civil se associam à administração pública, e é indispensável que mais uma vez se enfatize esse aspecto, para atingir as mesmas finalidades visadas pela administração pública. Um hospital das célebres santas casas não se incorpora ao sistema único de saúde para enriquecer empresários, mas para que o atendimento à população seja viabilizado.

[246] Consigne-se que as alterações promovidas pela Lei n. 13.204/2015 resultam da edição da Medida Provisória 684/2015, editada originalmente com a finalidade de extensão do prazo de *vacatio legis*. Conforme se infere da Exposição de Motivos, subscritas pelos Ministros Miguel Rosseto e Nelson Barbosa, dirigida à Presidência da República, "revelou-se insuficiente o prazo fixado, tendo em vista a necessidade de adequações estruturais complexas, tanto por parte da administração pública, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, quanto pelas organizações da sociedade civil" (BRASIL. **Lei nº 13.204/2015**. BRASIL. **Medida Provisória 684/2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20684-15.pdf>. Acesso em: 02 abr 2017). As demais modificações, portanto, decorreram de emendas parlamentares a referida Medida Provisória.

> São essas as premissas que levaram, na elaboração do projeto de lei de conversão ao cabo adotado, à adoção de uma flexibilidade, que inadequadamente não foi sequer cogitada pelo texto legal alterado.
> (...)
> De outra parte, os editais de chamamento, tal como se afirmou no tópico precedente, precisam incorporar o mesmo espírito que levou a se inserir na lei em exame o referido inciso II, do art. 6º, aqui reforçado pelo enunciado contido no *caput* do art. 23. É preciso que já na convocação de possíveis parceiros os procedimentos se vejam simplificados e a autonomia das entidades assegurada. [247]

Na mesma toada, o art. 64, da legislação em voga, assinala que a prestação de contas deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria concluir que *o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados*, como também, em seu § 3º, que a análise dessa prestação deverá considerar *a verdade real e os resultados alcançados*, indicando que não se espera um controle baseado somente na forma ou no método de execução.

A propósito, o decreto regulamentador no âmbito federal dispõe, em seu art. 36, que as compras e contratações de bens e serviços pela OSC com recursos transferidos pela administração pública federal *adotarão métodos usualmente utilizados pelo setor privado*, o que demonstra o protagonismo da flexibilidade e o espírito da legislação em vigência em assegurar certa autonomia financeira e administrativa no cumprimento do objeto.

Importante pontuar que os preceptivos legais acima não indicam que o controle de meio está completamente dispensado, mas que caberá ao ente público construir um regramento de prestação de contas *priorizando* o controle de resultado. É, inclusive, o que se verifica do § 4º, do já mencionado art. 64, ao dispor que a prestação de contas deverá observar regras específicas, que podem ser mais simples ou mais complexas, a depender do montante de recursos envolvidos.

Com efeito, de todo o exposto, conclui-se que a Lei n. 13.019/14, com as alterações promovidas pela Lei 13.2014/15, impôs um novo desafio: simplificar a prestação de contas, sem perder a transparência.

Em continuidade aos requisitos de habilitação, como dito alhures, embora o art. 28 tenha feito remissão apenas aos art. 33 e 34, não se pode ignorar que a existência de outros

---

[247] BRASIL. Câmara Federal. P**arecer n. 89/2015 – CN. Comissão Mista destinada a a analisar e emitir parecer sobre a Medida Provisória n. 685/2015.** Relator Deputado Federal Eduardo Barbosa (PSDB-MG). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405452&filename=PAR+89+MPV68415+%3D%3E+MPV+684/2015>. Acesso em: 02 abr 2017.

requisitos a serem observados pela OSC e consignados no ato convocatório no art. 39, localizado na seção denominada de “das vedações”.

Assim, o preceptivo elenca hipóteses impeditivas de celebração de qualquer modalidade de parceria com a OSC. São elas: não estar regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional (vale lembrar que essa autorização esta regida pelo Código Civil); estar omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada; ter como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; ter tido as contas rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos, exceto em casos especiais; ter sido punida com suspensão de participação em licitação ou chamamento público, impedimento de contratar com a administração ou com declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, bem como para participar de chamamento público; ter tido contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; ter entre seus dirigentes pessoa, a) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos, b) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação, c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992.

Como se pode aferir, nem todas as hipóteses são passíveis de comprovação mediante a entrega de certidões. Por exemplo, especificamente o inciso IV, ao impedir formalização com OSC cujas contas foram rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos. Por certo, inviável seria obter e conferir certidões de todos os entes que integram o conceito de “administração pública” no Brasil (só de Municípios seriam mais de cinco mil). Nesse caso, razoável que o edital exija uma declaração, assinada pelo representante legal da OSC, no sentido de que não incide nessa hipótese impeditiva de celebração de parceria.

Por óbvio, a exigência de certidões deve se pautar por critérios de razoabilidade: não se pode exigir certidões de Tribunais e Conselhos de Contas de todo o país, mas razoável que se exija certidão comprobatória de inexistência de condenação da Corte de contas da unidade da Federação em que sediada a OSC.

Fora das hipóteses elencadas, que certamente buscam moralizar as relações entre o Poder Público e as OSC, o art. 39, § 2º estabelece que, em qualquer situação, persistirá o impedimento para celebrar parceria enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente. Nesse ponto especificamente, o § 4º, incluído pela afamada Lei n. 13.204/15, acabou por flexibilizar esse impedimento, ao permitir que seja formalizada parceria com OSC cujos débitos tenham sido objeto de parcelamento, acabando por criar uma situação um tanto quanto peculiar: OSC, cuja prestação de contas de parceria anterior tenha sido rejeitada, poderá firmar parceria com o Poder Público, caso formalizado parcelamento dos seus débitos.

Ainda a respeito dos requisitos de habilitação, não se pode perder de vista que a Lei n. 13.019/14 não impõe qualquer espécie de título, certificação e acreditação como condicionante à formalização de parceria, a exemplo das certificações de entidade de utilidade pública concedidas por entes da Federação. Em contrapartida, importante se atentar que o art. 2º-A preconiza que as parcerias respeitarão também *normas específicas das políticas públicas setoriais relativas ao objeto da parceria*. Isso significa que é possível ao ato convocatório dispor acerca de alguma exigência de habilitação relacionada às normas específicas da política setorial, a exemplo da exigência de inscrição da OSC em um conselho de política pública.

Por tais razões, o decreto federal dispõe que o edital não exigirá, como condição para a celebração da parceria, que as organizações da sociedade civil possuam certificação ou titulação concedida pelo Estado, exceto quando a exigência decorrer de previsão na legislação específica da política setorial (§ 5º, do art. 9º).

A não comprovação dos requisitos de habilitação examinados torna inaceitável a celebração da parceria entre o Estado e a OSC, cabendo ao Poder Público declará-la *inabilitada*. Nessa hipótese, o Poder Público, a seu juízo discricionário baseado na ponderação de princípios administrativos e interesses públicos primários, poderá convocar a segunda OSC mais bem classificada na fase de julgamento a aceitar a celebração da parceria *nos termos por ela apresentada*, faculdade prevista na nova redação dada ao art. 28, § 1º pela Lei 13.204/2015.

Todavia, a não celebração da parceria em relação a uma OSC devidamente habilitada deve ser amplamente justificada por motivos verdadeiros, legítimos e de interesse público. Para que o dispositivo legal em questão seja inconstitucional, deve-se interpretá-lo no sentido de que inexistirá um direito subjetivo à contratação somente na situação em que a Administração apontar razões de interesse público, não existentes ou não conhecidas

anteriormente, e que permitam excepcionar a proteção da confiança legítima da OSC selecionada. Do contrário, a contratação deve sim ocorrer por força dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa. Note-se apenas que, para isso, é preciso ainda passar pela fase de "habilitação".

Ao contrário do que consta dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 41, da Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 13.019/2014 não previu oportunidade de recursos e impugnações por qualquer interessado. Contudo, a impugnação ao ato convocatório e o recurso contra o julgamento das propostas ou inabilitação será sempre admissível com fulcro no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Em regra, os recursos devem ser direcionados à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão, observadas as normas das leis de processo administrativo de cada ente da federação, quando houver.

Do mesmo modo, a lei foi silente quanto à publicidade das decisões, impondo divulgação apenas em relação ao edital e ao julgamento. De qualquer forma, em observância ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República, como também à Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), imperiosa a garantia da publicidade das decisões pelo Poder Público, como também o fácil acesso dos interessados ao seu conteúdo.

4.4 Parecer Técnico

De início, importante ressalvar que a mesma problemática pontuada acerca da identificação do momento processual de emissão do parecer jurídico é aplicável ao parecer técnico: o órgão técnico emitirá seu parecer como condição para início da fase externa do procedimento; como subsídio às decisões da Comissão de Seleção; ou após o julgamento e habilitação, como condição para celebração da parceria? Durante a pesquisa, não foram encontrados estudos que se aprofundassem nesse questionamento, tampouco decretos regulamentadores esclarecendo com exatidão o momento processual de emissão do parecer.

Compulsando o projeto de lei originário que culminou na Lei n. 13.019/14, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, verifica-se que o parecer do órgão técnico deveria ser exarado *após* a apresentação pela entidade do Plano de Trabalho ou da adesão ao Plano de Trabalho estabelecido pelo Poder Público, isso porque a análise teria por objetivo se pronunciar a respeito do mérito, concluindo pelo interesse público na realização da parceria, demonstrando a viabilidade de sua execução, inclusive no que se refere aos valores estimados, que deverão ser compatíveis com os praticados no mercado, além disso, era necessário

afirmar que a capacidade técnica e operacional foi avaliada, bem como descrever como essa avaliação foi feita[248]. Ou seja, os tópicos de análise do parecer técnico estavam restritos à viabilidade financeira, técnica e operacional do plano (ou do termo de adesão ao plano) apresentado pela entidade.

Conforme se poderá aferir, o texto em vigor da Lei n. 13.019/14 decorre de uma fragmentação do projeto originário, cujos termos também foram substancialmente alterados em 2015, pela Lei n. 13.204/15, acarretando certa desorientação do procedimento. Certamente, não se pode consentir com um procedimento cujos atos não estejam sistematizados, cabendo ao intérprete ordena-los e atribuir-lhes sentido, tendo por parâmetro o arcabouço principiológico regente e a racionalização do procedimento, refreando atos que se evidenciarem meramente formais.

Analisando detidamente os preceptivos legais aplicáveis à espécie, oportuno concluir que o parecer do órgão técnico mantenha a finalidade originária de analisar a viabilidade financeira, técnica e operacional da proposta, a fim de subsidiar a decisão da autoridade administrativa a respeito da celebração da parceria, razão pela qual adequado que sua emissão ocorra quando encerrada a fase de seleção.

Assim, após o julgamento das propostas e da verificação do preenchimento das condições de habilitação, ainda não estará concluído o procedimento de chamamento público. Nos moldes do art. 35, da Lei n. 13.019/14, a celebração do termo de colaboração e do termo de fomento dependerá da emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, observadas as disposições dos seus incisos III e V.

Conforme dispõe o inciso V, do art. 35, o parecer do órgão técnico da administração pública 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; d) da verificação do cronograma de desembolso; 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 designação do gestor da parceria; g) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria.

---

[248] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 649/2011**. Art. 7º, inciso X, e § 1º. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=102968>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Não só. De uma análise sistemática da lei em comento, pode-se aferir que o parecer do órgão técnico também deverá se pronunciar a respeito da capacidade técnica e operacional da OSC, nos termos do inciso III, do art. 35.

Para sistematizar o estudo, cabe-nos, pois, analisar os aspectos jurídico-formais de cada um dos incisos separadamente, iniciando pelo inciso V, o qual expressamente faz remissão aos elementos do parecer técnico.

Com efeito, do preceptivo em análise, infere-se que o parecer do órgão técnico deverá estar subdividido em três searas de verificação: a) mérito da proposta (alíneas *a* e *b*); b) viabilidade de execução (alíneas *c* e *d*); c) recomendações técnicas no que tange à execução da parceria (alíneas e, *g* e *h*).

Quanto à análise em relação ao *mérito da proposta* (alíneas *a* e *b*), o parecer deverá averiguar se há adequação da proposta selecionada com o interesse público a ser atendido (objeto da parceria), como também se há identidade e reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua colaboração, da parceria. Não se trata de novo julgamento das propostas e classificação, mas indicação à autoridade administrativa que a proposta selecionada está em consonância com o plano de trabalho ou com os parâmetros para elaboração do plano.

Em relação à *viabilidade de execução* (alíneas *c* e *d*), tratam-se de dispositivos substancialmente alterados pela Lei n. 13.204/2015. Poder-se-ia concluir que as mudanças promovidas se constituem em tentativa de generalizar o parecer técnico nesse aspecto, retirando-lhe um dos seus principais escopos, que é o de indicar à autoridade administrativa se os valores constantes na proposta apresentada pela entidade são viáveis e adequados aos objetivos da Administração Pública. A nosso ver, porém, a mudança legislativa trouxe uma racionalização do procedimento, sem perder de vista o objetivo do parecer de verificar se viável a execução.

Pelo texto original da Lei n. 13.019/2014, a análise do parecer, especificamente em relação às alíneas *c* e *d*, deveria ser fracionada da seguinte maneira: num primeiro momento, verificava-se a compatibilidade dos valores consignados na proposta com os praticados pelo mercado e, subsequentemente, indicava-se a adequação dos valores constantes no cronograma de desembolso e se passíveis de serem fiscalizados[249].

Contudo, conforme o que se estudou a respeito da fase interna do chamamento público, será na etapa do planejamento que o Poder Público deverá calcular os custos,

[249] A redação original das alíneas em análise dispunham que o parecer técnico se pronunciaria expressamente a respeito "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".

inclusive *per capita*, se for o caso, do atendimento, e calcular os parâmetros para repasse de acordo com o mercado, como também, por meio de relatório circunstanciado, demonstrar as vantagens econômicas da delegação das atividades às entidades, fixando o valor adequado do repasse. Ou seja, na fase interna será determinado o valor (ou valores) de referência, não havendo o porquê, encerrada a etapa de estipulação do *quantum*, elaborar-se novamente estudos de compatibilidade de valores com os praticados no mercado[250]. Nesse ponto específico, as alterações de 2015 racionalizaram o processo administrativo.

Assim, pergunta-se: o que então deverá verificar o órgão técnico quando da análise da viabilidade de execução e da verificação do cronograma de desembolso?

Inicialmente, caberá aferir se o valor dos repasses é adequado para execução do objeto. Após, verificará se esses valores servirão, tão somente, a custear os serviços públicos a serem assumidos, ou seja, caberá analisar se os valores indicados na proposta se destinam somente ao cumprimento do objeto, na medida em que, como já pontuado, não pode a OSC ser "sustentada" pelo Poder Público. Por fim, deverá verificar se o plano de aplicação de liberação de recursos (ou cronograma de desembolso) está em consonância com as etapas elencadas com as metas estabelecidas, ou seja, se esse cronograma realmente servirá ao cumprimento do objeto[251].

No mais, em relação às *recomendações técnicas no que tange à execução da parceria* (alíneas *e*, *g* e *h*), caberá ao órgão, no bojo do seu parecer, à luz de sua capacidade técnica, após analisar a proposta selecionada pormenorizadamente, descrever 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 objetivo.

Com a recomendação, devidamente fundamentada, dos meios mais adequados à fiscalizar o cumprimento do objeto, caberá ao órgão técnico sugerir à autoridade administrativa qual servidor (ou servidores) estariam aptos para assumirem a função de *gestor da parceria*, como também qual órgão, departamento, servidores ou servidor são os mais capacitados para comporem a *comissão de monitoramento e avaliação da parceria*. Ressalte-se, nesse ponto especifico, que o parecer não terá o condão de designar os servidores que

---

[250] Na mesma linha, conforme pontuado acima nesta dissertação, com a revogação do inciso V, do art. 22, pela Lei n. 13.204/15, não mais há necessidade de constar do Plano de Trabalho "elementos que demonstrem a compatibilidade dos custos com os preços praticados no mercado ou com outras parcerias da mesma natureza". BRASIL. **Lei n. 13.204/15** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13204.htm> Acesso em: 20 já. 2017.

[251] A impressão que se extrai do procedimento é que a comissão de seleção, quando do julgamento, trabalhará com as informações contidas na proposta, enquanto o parecer técnico se aprofundará nos dados ali contidos, para emitir uma opinião técnica à autoridade administrativa.

exercerão essas funções, muito embora a literalidade legislativa possa conduzir a essa conclusão. O parecer possui a natureza jurídica de uma opinião, que embasará a decisão da autoridade administrativa, a quem competirá, exclusivamente, investir esses servidores nessas funções.

Com o estudo dos itens do inciso V, cabe-nos adentrar a análise do inciso III, do art. 35. Conforme pontuado alhures, de uma interpretação sistemática, verifica-se que o parecer do órgão técnico também deverá se pronunciar a respeito da capacidade técnica e operacional da OSC.

Quando do estudo das condições de habilitação da OSC, pontuou-se que a respeito da problemática normativa a respeito das instalações da OSC. Verificou-se que o art. 33, V, *c* estabelece que a organização deve possuir "instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas". No entanto, o §5º do mesmo artigo pareceu relativizar o mandamento ao dispor que, "para fins de atendimento do previsto na alínea *c* do inciso V, não será necessária a demonstração de capacidade instalada prévia".

Conforme mencionado alhures, referido dispositivo não pode, em nenhuma hipótese, afastar a exigência de comprovação de existência de instalações, condições materiais e capacidade técnica, levando-nos a concluir que, talvez, no momento processual da habilitação, seja o suficiente uma declaração firmada pelo responsável da entidade no sentido de que atende ao requisito da alínea *c*, inciso V, do art. 33, ou de que irá adaptar ou expandir suas instalações para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

No entanto, consignou-se que há um momento processual em que imprescindível a verificação pela Administração Pública do atendimento dessas condições de capacitação técnica e operacional, que seria quando da elaboração do parecer técnico.

Assim, caberá ao órgão técnico avaliar não só o plano de trabalho a respeito do mérito da proposta e da viabilidade de execução, como também demonstrar que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da OSC foram avaliados e são compatíveis com o objeto.

Verifica-se, pois, que o órgão técnico está envolto de grande responsabilidade, na medida em que chancelará o julgamento da proposta, atestará a capacidade técnica e, ainda, indicará os meios utilizados para fiscalização da execução, que embasarão o trabalho da comissão de monitoramento, quando da execução da parceria. Tamanha responsabilidade demanda capacitação adequada para tal desiderato.

Segundo Leopoldo, o parecer técnico decorre da exigência da transparência estatal, a fim de permitir que os cidadãos exerçam controle das atividades administrativas e, por essa razão, deve-se criar uma cultura cada vez mais forte no sentido de estimular os agentes públicos a apresentarem os motivos pelos quais os atos administrativos estão sendo realizados, possibilitando que a Administração Pública atenda aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, já que serão indicados elementos básicos que justificam a prática do ato[252].

Nessa toada, importante observar que, embora evidente a preocupação legislativa com o embasamento técnico da decisão de celebração da parceria, a Lei n. 13.019/14 é omissa em indicar quem seria o responsável pelo parecer técnico, não definindo os requisitos para indicação do servidor (ou servidores) apto ao exercício dessa posição e ainda qual autoridade tem a competência para atribuir-lhe essa função, cabendo, pois, ao regulamento de cada ente tratar do assunto.

A nosso ver, porém, é decorrência lógica da legislação em comento que, encerradas as funções da comissão de seleção e passando à análise do órgão técnico, seus membros (ou membro) não poderão, sob quaisquer hipóteses, ter participado da fase de julgamento e habilitação. Assim deve ser porque é decorrência lógica do parecerista uma postura isenta, desprendida e desobrigada, que somente poderá ser garantida quando não envolvido com os atos que envolveram a seleção.

Para Clair de Oliveira, os responsáveis pela elaboração do plano de trabalho não poderão ser os mesmo que emitirão o parecer técnico, explicando que o objetivo da lei é instalar duas instâncias: a primeira que elabora e a segundo que opina, sugerindo melhoria e adequações se for o caso[253]. A opinião da autora baseia-se no fato de que, pelo seu entendimento, ao longo do procedimento de chamamento público, haverá dois pareceres técnicos: a) um a ser exarado quando da fase interna, manifestando-se sobre a viabilidade de execução, a verificação do cronograma de desembolso, descrição dos meios para fiscalização, designação do gestor da parceria e designação da comissão de monitoramento e avaliação; b) e outro quando da fase externa, subsidiando as decisões da comissão de seleção, que se pronunciará a respeito do mérito da proposta e da identidade e reciprocidade de interesses das partes na realização da parceria.[254]

---

[252] MURARO, Leopoldo Gomes. Termo de colaboração e termo de fomento. In: MENDES, Michelle Diniz (coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 45-86
[253] Op. Cit. p. 162.
[254] Ibidem, p. 165.

Em que pese a razoabilidade desse entendimento, já pontuamos que concebemos o parecer do órgão técnico como uma opinião acerca da viabilidade financeira, técnica e operacional da proposta, a fim de subsidiar a decisão da autoridade administrativa a respeito da celebração da parceria. Tampouco vislumbramos possibilidade legal para seu desmembramento, razão pela qual adequado que sua emissão ocorra quando encerrada a fase de seleção. Não vislumbramos também impedimentos ao responsável pela elaboração do plano de trabalho integrar o órgão técnico, pelo contrário, o servidor que participou da elaboração do plano certamente possuirá capacitação e conhecimento adequado para formular o parecer técnico.

Por fim, importante consignar que, nos mesmos moldes das observações feitas ao parecer jurídico, caso o parecer técnico conclua pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas, deverá o administrador público sanar os aspectos ressalvados ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão. É o disposto no § 2º, do art. 35.

4.5 Homologação

Quando do estudo da fase de julgamento, consignou-se a impropriedade legislativa do § 4º, do art. 27, ao determinar que a administração pública homologará e divulgará o resultado do julgamento. Conforme pontuado, a nosso ver, parece errôneo proceder o ato de homologação nessa fase processual.

Por ser a homologação ato de competência exclusiva da autoridade superior, com o propósito de colher sua concordância com o procedimento de chamamento público, entendemos que a melhor interpretação legislativa é a que coloca a homologação como o último ato do procedimento de chamamento público, não somente sucedendo a etapa da habilitação, como também o parecer do órgão técnico, que contribuirá na formação da convicção da autoridade.

Marcelo Palavéri esclarece que essa concordância da autoridade administrativa com o procedimento ocorre em relação a dois aspectos: primeiro, sob o ponto de vista técnico-jurídico, pois significará o aval a todos os atos anteriores; segundo, sob o ponto de vista da conveniência e oportunidade, pois significará a concordância com o procedimento em si, reputando-o conveniente[255].

[255] Op. Cit. p. 850.

Com o ato de homologação, caberá à autoridade administrativa sanar os aspectos ressalvados nos pareceres técnico e jurídico ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão, conforme o § 2º, do art. 35, como também designar o *gestor da parceria* e a *comissão de monitoramento e avaliação*, com observância do § 6º, do art. 35, segundo o qual não pode exercer a função de *gestor da parceria* ou de *membro da comissão de monitoramento e avaliação* pessoa que, nos últimos 5 (cinco) anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, 1 (uma) das organizações da sociedade civil partícipes.

Por fim, ressalte-se que, por expressa previsão legal, a homologação não gerará direito subjetivo à celebração da parceria (art. 27, § 6º)[256].

[256] Assim como ocorre com a Lei n. 8.666/1993, o adjudicatário não possui direito à execução do contrato, porém detém direito de executar o objeto caso a Administração opte por realiza-lo, não podendo ser preterido nessa preferência.

5 DA DISPENSA E DA INEXIGIBILIDADE DO CHAMAMENTO PÚBLICO

O presente capítulo tratará das situações em que a Administração Pública formalizará parcerias com OSC's sem que as preceda do chamamento público, o que ocorrerá apenas em hipóteses específicas, expressamente autorizadas pela legislação.

Conforme já exposto, da mesma maneira que a Administração Pública somente pode contratar com terceiros por conduto de um certame licitatório prévio, a formalização dos termos de fomento e de colaboração e, em casos específicos, de acordos de cooperação com as organizações da sociedade civil demanda preliminarmente o chamamento público, sendo que a obrigação de um procedimento prévio de escolha pela Administração Pública não é mera formalidade burocrática, mas está fundada em princípios maiores: o da isonomia e o da impessoalidade, que asseguram a todos que desejam firmar compromissos com o Poder Público a possibilidade de competir com outros interessados, e o da eficiência, que visa selecionar a proposta que melhor atenda o objetivo visado.

Contudo, não é sempre que um processo prévio de seleção atenderá o anseio da coletividade. Com efeito, da mesma forma que se realiza um chamamento público para alcançar o interesse público, reconhece-se, textualmente, que esse procedimento, em hipóteses expressas, deverá ser prescindido, visando melhor atender o fim público. Nessas ocasiões específicas, a Administração Pública estará liberada para firmar parcerias sem processo seletivo prévio de escolha[257].

Sendo uma exceção à regra, as hipóteses em que a Administração deixará de realizar o chamamento público devem ser interpretadas de forma restritiva, redobrando-se a precaução que se deve imprimir ao procedimento administrativo.

Note-se que o fato de dispensar ou declarar inexigível o certame não é sinônimo de desonerar o Poder Público da realização de um procedimento administrativo prévio. Eximiu-se de proceder a um chamamento público, mas existe um procedimento próprio cujas etapas constam na lei e devem ser observadas pelo administrador público a fim de que a dispensa ou a inexigibilidade sejam formalmente válidas.

Com efeito, há quatro exceções ao chamamento público previstas na Lei n. 13.019/14, quais sejam: a) na formalização do acordo de cooperação; b) no caso de termos de colaboração ou fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis

[257] Na hipótese de enquadramento do procedimento de chamamento público como uma nova modalidade licitatória, há que se consignar que o texto constitucional, no inciso XXI, do art. 37, estabelece que em hipóteses excepcionais, previstas expressamente em lei, a Administração Pública poderá contratar sem prévio procedimento administrativo de licitação.

orçamentárias anuais; c) nas hipóteses expressas de dispensa e d) nas hipóteses expressas de inexigibilidade de chamamento público.

Com efeito, além dos dois primeiros casos, a Lei excepciona o chamamento por meio das conhecidas técnicas de contratação direta em razão de dispensa ou de inexigibilidade, em semelhança ao que se vislumbra na Lei de Licitações e Contratos.

Aplicando-se as noções da Lei n. 8.666/1993 às hipóteses de chamamento público, haverá dispensa quando, mesmo diante de hipótese de competitividade, a lei deixa a cargo do administrador a abertura do certame, abrindo espaço para a discricionariedade administrativa. Já a inexigibilidade abarca situações em que não há competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda ás necessidades da Administração.

Assim, não obstante a legislação tenha optado por alocar as duas primeiras hipóteses separadamente do dispositivo legal da dispensa de chamamento público, não há como negar que o afastamento do procedimento prévio de seleção não deixa de ocorrer pela ausência de competitividade, razão pela qual não deixam também de ser hipóteses de dispensa do certame.

No entanto, para melhor sistematizar o trabalho de acordo com a legislação em comento, cumpre-se estudar separadamente cada hipótese de formalização direta de parceria.

5.1 Acordo de Cooperação

Como já estudado, o acordo de cooperação é instrumento de parceria que se diferencia do termo de colaboração e do termo de fomento pela inexistência de previsão de transferência de recursos financeiros entre a Administração Pública e a OSC que realizará a parceria para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Nos termos do art. 24 da Lei n. 13.019/2014, exceto nas hipóteses previstas em lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público, deixando de mencionar, porém, o acordo de cooperação.

Segundo Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário, a explicação para isso é simples: como o acordo de cooperação não gera ao Estado a obrigação de repassar recursos financeiros à OSC, a celebração de um acordo não prejudicaria a celebração de outros sem limitação quantitativa. Assim, não havendo escassez, o certame público não precisaria ser realizado como instrumento de proteção da isonomia.[258]

[258] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit. p. 468.

A reforçar o argumento acima, o art. 29, da legislação em comento, traz exceção, ou seja, uma hipótese na qual o chamamento público torna-se compulsório: quando o objeto do acordo de cooperação envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial (de natureza não financeira). Frise-se que tal disposição não obriga o chamamento público somente quando o acordo de cooperação decorrer de emendas parlamentares, mas sim obriga o certame em qualquer hipótese de parceria que, mesmo sem envolver a transferência de recursos financeiros, prever o compartilhamento de recursos patrimoniais.

Conclui-se assim, pois, quando houver um compartilhamento de bens públicos com a OSC, ainda que temporário, estar-se-á gerando um custo para a Administração Público e, sem sombra de dúvidas, um benefício patrimonial a uma OSC, que deverá, pelo espírito da lei, ser oportunamente ofertada a todas as outras que forem aptas aos desideratos do Estado. Imprescindível, para tanto, a realização de um procedimento prévio de escolha, garantidor da isonomia a todas as organizações aptas a acessar os benefícios oferecidos na política de fomento estatal.

A despeito da conclusão acima, cumpre consignar o posicionamento de Michele Diniz Mendes, para quem a obrigatoriedade de processo de seleção, seja ele licitação ou chamamento público, não se relaciona com a previsão de contraprestação pecuniária ou repasse de recursos, mas sim na existência de mais de um interessado em firmar a avença, não competindo ao legislador inverter o preceito constitucional, sob pena de atentado à própria sistemática e, por conseguinte, de desvio de poder legislativo[259].

5.2 Termos de colaboração ou fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais

A já mencionada Lei n. 13.204/2015, que promoveu alterações substanciais na Lei n. 13.019/2014, acabou por ampliar demasiadamente as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de chamamento público, incluindo, em dispositivo apartado da *dispensa* e da *inexigibilidade* de chamamento público – especificamente no art. 29 –, a hipótese de formalização direta da parceria no caso de termo de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais.

---

[259] MENDES, Michelle Diniz. Acordo de cooperação. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87-134.

Oportuno que se delimite brevemente os principais aspectos das emendas parlamentares, a fim de melhor estruturar os contornos da hipótese em foco de formalização direta da parceria.

Com previsão constitucional, as emendas parlamentares são o instrumento pelo qual os parlamentares de qualquer esfera da Federação influem na elaboração de seus respectivos orçamentos[260].

Por determinação da Carta Maior, a iniciativa de todas as leis orçamentárias é do Poder Executivo. Especificamente em relação à Lei Orçamentária Anual (LOA), trata-se de uma lei formal, com validade para cada exercício fiscal, que materializa as ações e programas a serem executados por meio de projetos, atividades e operações especiais. Nos termo do art. 165, § 5º, da Constituição da República, a LOA contém três orçamentos: o orçamento fiscal, o orçamento da seguridade social e o orçamento de investimento das empresas estatais. Os dois primeiros estimam todas as receitas que são esperadas para serem arrecadadas bem como autorizam todas as despesas dos Poderes do ente público, seus fundos, autarquias, fundações e, se o caso, das estatais dependentes. O orçamento de investimentos das empresas estatais, por sua vez, contém a previsão de investimentos das entidades em que o ente de Federação detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Na esfera federal, o Presidente da República envia o Projeto da LOA ao Congresso Nacional sob a forma de uma mensagem presidencial, ocasião em que uma Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO, prevista na Constituição da República, no art. 166, §1º e regulamentada pela Resolução n°1/2006-CN, examinará e emitirá parecer sobre todas as leis orçamentárias.

A participação dos demais parlamentares na apreciação da LOA se dá pela submissão de emendas individuais e coletivas, sendo que as emendas coletivas podem ser de bancada estadual ou de comissões permanentes[261]. Apresentadas à CMO, as emendas serão discutidas

---

[260] BRASIL. **Constituição da República**. Art. 166 (...) § 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional. § 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III - sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei. § 4º As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

[261] BRASIL. (Câmara dos Deputados). CARVALHO, Marcelo de. **Efeitos das emendas parlamentares ao orçamento na redução das desigualdades regionais**. Disponível em: < file:///C:/Users/USER/Downloads/efeito_emendas_carvalho.pdf>. Acesso em: 11mai 2017. p. 14.

e votadas, e, se aprovadas, ocasionarão o remanejamento do orçamento ou o cancelamento de uma despesa proposta pelo Poder Executivo.

Em suma, as emendas parlamentares são propostas por meio das quais os detentores de mandato no Poder Legislativo podem opinar ou influir na alocação de recursos públicos no projeto orçamentário em função de seus compromissos políticos, de sorte a atender, como ocorre com grande parte dessas emendas, as demandas locais de determinada comunidade.

Não se pode perder de vista que, eventualmente, o uso de emendas parlamentares, no Brasil, pode se constituir em instrumento de troca de favores entre os Poderes Executivo e Legislativo, em detrimento, muitas vezes, do interesse público.

Para coibir essa prática, promulgou-se em 2015 a Emenda Constitucional n. 86, conhecida por "Emenda Constitucional do Orçamento Impositivo", obrigando o Poder Executivo a executar as emendas parlamentares ao Orçamento até o limite de 1,2% da receita corrente líquida prevista do projeto orçamentário, sendo que, por disposição expressa, a metade deste percentual deverá ser destinada a ações e serviços públicos de saúde. É o que determina o § 9º, do art. 166.

O orçamento impositivo, em síntese, traz a ideia de que a execução da lei orçamentária, no que tange às programações incluídas ou acrescidas por meio de emenda individual, é obrigatória, e não apenas facultativa. A execução orçamentária torna-se, portanto, um dever do gestor[262].

Nesse contexto, também em 2015, alterou-se a redação do art. 29 da Lei n. 13.019/14, para permitir que os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares à LOA sejam celebrados *sem* prévio chamamento público, exceto na ocorrência da hipótese dos acordos de cooperação que envolvam compartilhamento de recursos patrimoniais, conforme acima consignado.

Contesta-se a constitucionalidade do preceptivo, com os seguintes questionamentos: poderia o Poder Legislativo impor ao Poder Executivo o dever de formalizar um ajuste com deveres e obrigações entre ambos, a exemplo do termo de colaboração ou termo de fomento? Aliás, quando se fala em formalização direta em virtude de recurso decorrente de emenda parlamentar, trata-se de hipótese de fomento ou de colaboração? A quem competirá

---

[262] BRASIL. (Senado Federal). Greggianin, Eugênio. Silva, José Ribamar Pereira da. O orçamento impositivo das emendas individuais – Disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015. **Orçamento em Discussão n. 6**. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509462/OED0016.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 mai 2017. p. 07.

confeccionar o plano de trabalho? A quem incumbirá determinar os objetivos, as metas e o resultado que se espera?

Inicialmente, não se pode permitir qualquer descompasso do art. 29 com as diretrizes da legislação. Assim, cabe ao aplicador envidar esforções para que o preceptivo não se constitua em resquício do passado, em que não se garantia a isonomia e a impessoalidade no acesso a recursos públicos, trabalhando com a ideia do repasse a entidades do terceiro setor como mera benevolência, sem qualquer compromisso com metas, objetivos e atingimento de resultados.

Não se pode negar ainda que, por conduto das emendas parlamentares na Lei Orçamentária Anual, muitas vezes o recurso poderá ser destinado a OSC que carece de profissionalismo, como também para atender projeto que não atenderá a real demanda do ente da Federação.

Assim, na prática, tem-se uma negociação entre a entidade privada e o parlamentar de sua preferência, que lhe destinará verbas públicas, de acordo com seus compromissos políticos. Os recursos serão então, na maioria das vezes, alocados nos fundos administrados por Conselhos afetos a diversas áreas, tais como Assistência Social, Criança e Adolescente, Pessoa Idosa e Pessoa com Deficiência. O papel dos conselheiros ou da própria Administração, a depender do caso, então, será o de garantir que sejam observados os regramentos da Lei n. 13.019/14. Dessa forma, nas parcerias assim constituídas, o Poder Público deverá cumprir as demais exigências previstas na Lei, com destaque para elaboração do plano de trabalho (artigo 22); monitoramento e avaliação (artigos 58 a 60); acompanhamento da execução (artigos 61 e 62) e prestações de contas (artigos 63 a 68).

Nessa toada, outro questionamento que se faz é o que ocorrerá na hipótese de determinado Conselho ou administrador público não aprovar o plano de trabalho ou mesmo se ele possui competência para ingressar nessa seara.

Conclui-se que certamente o Conselho ou o administrador possuem competência para deliberar acerca do plano de trabalho, podendo inclusive inviabilizar o repasse se constatar que o projeto não atenderá a demanda da coletividade naquele momento.

O direcionamento de verba pública por emenda parlamentar, apesar de concebido e admitido, não pode significar em usurpação indevida da função deliberativa dos Conselhos de Políticas Públicas ou de Direitos ou mesmo do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. Caso contrário, haveria uma subversão de papéis, dando abertura à retirada de sua autonomia e de seu poder de decisão, prerrogativas indisponíveis, em favor da vontade pessoal do parlamentar.

O cenário ideal talvez seja que o parlamentar indicasse a apenas a política pública da entidade federativa em sua emenda, deixando aos Conselhos o poder de decidir a maneira de aplicação do recurso. Todavia, como afirmado, não foi esse o espírito do legislador, que tratou de retirar qualquer generalidade de sua emenda, para expressamente indicar o beneficiário do recurso público[263].

O que se pode sugerir, à luz do MROSC, é que a parceria mais compatível, nesse caso específico, é o *fomento*, sendo adequado à OSC, como condicionante ao recebimento do repasse público, que apresente um plano de trabalho, a ser avaliado pelo Poder Público – em regra o Conselho Gestor de fundo –, podendo, inclusive, negar seguimento à transferência, na hipótese de inobservância aos requisitos constantes do art. 22, da Lei n. 13.019/14, ou mesmo se o planejamento apresentado não está alinhado aos objetivos da política pública no âmbito de atuação da propositura. Ademais, devem-se observar os requisitos de habilitação já pormenorizados também como condição ao repasse.

Analisando o preceptivo em comento, Tourinho questiona sua constitucionalidade, nos seguintes termos:

> Perece um verdadeiro paradoxo que uma lei supostamente fundamentada em princípios administrativos, dentre os quais o da impessoalidade e o da moralidade, exclua a incidência do instrumento voltado à efetivação de tais princípios aos ajustes firmados com recursos decorrentes de emendas parlamentares, cujas denúncias de desvios e prática de crimes, infelizmente, já fazem parte do cotidiano, gerando questionamentos quanto a real destinação de tais verbas.[264]

Já Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário apontam que, não obstante serem muitas vezes utilizadas para finalidades estritamente eleitoreiras, as emendas parlamentares permitem a certos Municípios a obtenção de benfeitorias importantes, como hospitais, presídios, postos de saúde, quadras esportivas e outras obras do gênero, concluindo que:

---

[263] Art. 4º Na execução das emendas individuais no âmbito do SICONV deverão ser observados os seguintes prazos e procedimentos: I - a Secretaria de Governo da Presidência da República - SEGOV/PR deverá promover articulação com os parlamentares autores de emendas individuais para que estes promovam, diretamente no Sistema Integrado de Orçamento e Planejamento - SIOP do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, as indicações referentes à destinação das emendas individuais, contendo o número da emenda, o nome do autor/parlamentar, o CNPJ do beneficiário e respectivo valor, com observância do percentual destinado à saúde. (BRASIL. Ministério de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão Interino; Ministério da Fazenda, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União; Ministério da Secretaria de Governo da Presidência da República (2017). **Portaria Interministerial n. 38, de março de 2017**. Brasília).

[264] TOURINHO, Rita. O Chamamento Público e os Ajustes Diretos Firmados com Organizações de Sociedade Civil: A Interpretação Sistemática da Lei nº 13.019/14. **Direito do Estado**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rita-tourinho/o-chamamento-publico-e-os-ajustes-diretos firmados-com-organizacoes-de-sociedade-civil-a-interpretacao-sistematica-da-lei-n-1301914>. Acesso em 08 jul. 2016.

> Assim, a contratação direta, por termo de colaboração ou termo de fomento, dos recursos provenientes de emendas parlamentares, aparenta ter o intuito de incentivar a realização de atividades de interesse público em pequenos municípios ou lugares que não são tão visados para realização de parcerias sociais com o Poder Público[265].

Não se pode negar que, de fato, as emendas parlamentares podem trazer a locais longínquos verbas para problemas pontuais que, por vezes, na consecução da política pública acabam por ser deixados de lado. Contudo, os termos de colaboração ou fomento não visam a consecução de benfeitorias locais, mas formalizar um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica com a finalidade de executar, em regime de cooperação, atividade ou projeto, para a consecução de finalidade de interesse público. Por essa razão, questiona-se a constitucionalidade do preceptivo, pois não se vislumbra, a princípio, como operacionaliza-lo, sem representar afronta à tripartição de poderes.

Caberá, pois, a construção do procedimento de operacionalização desses ajustes decorrentes de emendas parlamentares, de modo a compatibilizar a legislação com a Constituição da República.

5.3 Das hipóteses de dispensa de chamamento público

Conforme acima consignado, haverá dispensa quando, apesar da possibilidade de competição, o legislador facultar o afastamento do chamamento público em situações específicas que devem ser interpretadas de modo restritivo.

Os casos de dispensa de Chamamento Público estão previstos no art. 30 da Lei 13.019/2014, sendo: a) 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; b) nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; c) quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; d) 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.

---

[265] MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Op. Cit p. 468-469.

Com efeito, da análise das hipóteses de dispensa, afigura-se possível subdividi-las em dois grupos: dispensa em razão de situações excepcionais (incisos I e II do art. 30) e dispensa em razão do objeto (incisos III e VI)[266].

Assim, a primeira hipótese de dispensa refere-se à *urgência* decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, limitando-se o prazo da parceria a cento e oitenta dias.

O primeiro ponto a ser observado é que o preceptivo é aplicável tanto na hipótese da paralisação vigente como na iminência dela ocorrer. Dessa forma, antevendo-se uma possível paralisação, por exemplo, por greve de servidores ou por um evento da natureza, poderá ocorrer a dispensa do chamamento público.

Outra observação necessária é que o inciso é expresso a se referir que a dispensa em virtude da urgência só pode ocorrer na hipótese de *atividade*, ou seja, não é possível dispensar o chamamento público para execução conjunta de *projeto*[267].

Importante pontuar que a Lei n. 13.204/2015 alterou a redação originária do preceptivo legal (art. 30, inciso I). Pela versão original, essa hipótese de dispensa era muito mais restrita, assemelhando-se à dispensa de licitação da Lei n. 8.666/1993 para *contratação do remanescente*, limitando os casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades *realizadas no âmbito de uma parceria já celebrada*, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, não podendo ser alterado o conjunto de condições pactuadas com a OSC vencedora do certame. A restrição também era de ordem temporal, limitando a vigência da nova parceria *ao prazo do termo originário*.

Com a alteração, ampliaram-se as situações de urgência que viabilizam a formalização direta da parceria, independentemente se a atividade estava prevista em uma parceria vigente ou não.

Todavia, há que se observar que, caso a Administração Pública tenha realizado chamamento público e exista ordem de classificação de OSC's para o exercício daquela atividade, a formalização direta sem observância daquela ordem só poderá ocorrer com a adequada justificativa de interesse público, sob pena de violação aos princípios isonomia, impessoalidade e moralidade. Não se reputa razoável concluir pela discricionariedade ilimitada na escolha, quando já existiu uma análise pormenorizada pela Administração acerca da aptidão de várias concorrentes para operacionalizar a atividade.

---

[266] Op. Cit. p. 469.

[267] Os conceitos de *atividade* e *projeto* constam dos incisos III-A e III-B, do art. 2º, da Lei n. 13.019/14, e foram pormenorizados quando do estudo do *valor de referência*.

No que toca o inciso em análise, importante a analogia com o entendimento jurisprudencial em relação à hipótese de contratação emergencial contida no art. 24, inciso IV, da Lei n. 8666.1993, principalmente no tocante à chamada "emergência provocada", que seria aquela decorrente da desídia do próprio administrador. Nessa hipótese, o Tribunal de Contas da União passou a admitir, em caráter excepcional, a contratação direta pelo tempo estritamente necessário à realização de novo certame, desde que seja apurada, concomitantemente, a causa da dispensa e responsabilizados eventuais culpados (BRASIL, 1999)[268]. Esse também é o entendimento da Advocacia Geral da União, no bojo da Orientação Normativa n. 11/2009[269].

Com efeito, razoável a aplicação desse compreensão ao dispositivo legal em comento. Certamente, o gestor que, diante da paralisação de uma atividade de interesse público, vê-se na premente necessidade de formalizar diretamente uma parceria para satisfazer a coletividade, evitando um mal maior, que seria deixar a população desprovida daquele benefício. Não poderá, porém, perquirir as causas da situação de urgência, que, se decorrente de ato da própria Administração Pública, caberá apurar a responsabilidade funcional a quem lhe deu azo, aplicando-lhe as penalidades previstas no estatuto, se o caso.

A segunda hipótese de dispensa em razão de situação excepcional decorre dos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social. Essa hipótese também foi alterada pela Lei n. 13.204/2015. Na redação originária da Lei n. 13.019, restringia-se às parcerias com OSC que desenvolvessem atividades continuadas nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestassem atendimento direto ao público e que tivessem certificação de entidade beneficente de assistência social. Acertadamente, retiraram-se do preceptivo essas exigências, não sendo compatível com a hipótese de dispensa a demonstração de experiência prévia e de certificação. Se o chamamento público já é dispensável pela excepcionalidade da situação, não se reputam razoáveis exigências que

---

[268]. Recursos de reconsideração em processo de prestação de contas. Questões relacionadas a licitações e contratos. Dispensas fundamentadas em situação de emergência. provimento parcial ao recurso apresentado pelo administrador. não-provimento do recurso apresentado pela empresa. 1. A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1876/2007-Plenário, Processo nº 008.403/1999-6**, Relator Ministro Aroldo Sedraz, DOU 14.09.2007).

[269] A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei (BRASIL. Advocacia Geral da União. (2009). **Orientação Normativa n. 11/2009**. Brasília).

burocratizarão o procedimento administrativo em detrimento do pronto atendimento à população que essas situações demandam.

A primeira hipótese de dispensa de chamamento público em razão do objeto trata da celebração de parcerias para realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas, ou em situação que possa comprometer a sua segurança. Nesses casos, pode-se mencionar parcerias que visem instituir um programa de proteção à testemunhas ou de proteção à mulher que sofre com violência doméstica.

Frente às particularidades envolvendo esse tipo de parceria, principalmente em relação aos aspectos de comprometimento da segurança de pessoas, razoável a formalização direta para execução dessa atividade, sem condução de certame público.

Nesse ponto, importante ressaltar uma exceção à transparência e publicidade no art. 87, ao dispor que as exigências de transparência e publicidade previstas em todas as etapas que envolvem o termo de fomento ou de colaboração, desde a fase preparatória até o fim da prestação de contas, naquilo em que for necessário, serão excepcionadas quando se tratar de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança, na forma do regulamento.

Conforme explica Rômulo Magalhães Fernandes e Anna Carolina de Oliveira Azevedo, nesse caso, o legislador denotou uma ponderação de bens jurídicos, ao excepcionar as regras de transparência e publicidade, de modo a não afetar os objetivos de parcerias vinculadas a programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação de comprometimento da sua segurança[270].

Verifica-se que as três hipóteses até aqui expostas se assemelham no que diz respeito à rapidez com que deve ser formalizada a fim de evitar maiores prejuízos, tendo por principal diferença a dispensa em razão da urgência, que nunca poderá ser superior a cento a oitante dias, prazo mais que razoável para a Administração Pública proceder com um chamamento público.

Por fim, ainda em relação à dispensa de chamamento pelo objeto, o inciso VI permitiu à Administração Pública firmar parceria com OSC previamente *credenciada* pelo órgão gestor da respectiva política, desde que vinculada a serviços de educação, saúde e assistência social.

---

[270] FERNANDES, Rômulo Magalhães. AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira Azevedo. Novo marco regulatório do terceiro setor e programas de proteção: reflexões sobre o ppcaam. In: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes . **Direitos sociais e políticas públicas**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/n4z61gf0/7nvSmwaJPZ1FI9Nt.pdf>. Acesso em 13 jul. 2017. p. 387.

Com efeito, verifica-se que o legislador autorizou uma dispensa pelo *credenciamento* sem lhe conferir qualquer sentido.

Questiona-se, pois: o que é prévio credenciamento? Ademais, sendo certo que a maior parte dos ajustes oficializados pela Lei n. 13.019/14 está vinculada à saúde, à educação e à assistência social, e que o prévio credenciamento dispensará o chamamento público, pergunta-se: como serão concretizados os princípios da isonomia e da impessoalidade quando existirem diversas entidades credenciadas aptas à formalização do ajuste?

Certamente caberá aos regulamentos de cada ente tratar dessas questões, porém, durante nossa pesquisa, ao compulsar regulamentos, verificou-se que não foi dada a devida atenção a esses questionamentos. Por exemplo, o Decreto Federal n. 8.726/2016 não pormenoriza a dispensa de chamamento público pelo credenciamento. O diploma apenas se limitou a estabelecer, no parágrafo 5º, do artigo 8º, que "o chamamento público poderá ser dispensado ou será considerado inexigível nas hipóteses previstas nos art. 30 e art. 31 da Lei nº 13.019, de 2014, mediante decisão fundamentada do administrador público federal, nos termos do art. 32 da referida Lei".

Na esfera municipal, apura-se uma tendência de conceituação do credenciamento como a inscrição pela OSC em conselho de políticas públicas. É o que fez, por exemplo, o Município de Osasco (parágrafo único, do art. 40, do Decreto Municipal n. 11.384/2016), segundo o qual o credenciamento "dar-se-á por meio da inscrição no conselho municipal de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação, sem prejuízo das definições e parâmetros estabelecidos pelos órgãos competentes".

Todavia, a mera inscrição em conselhos de políticas públicas não é suficiente como garantia da isonomia e da impessoalidade da escolha. Mais uma vez, cabe a indagação: como proceder quando houver mais de uma OSC credenciada?

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), atento à questão, editou a Resolução n. 21, de novembro de 2016, estabelecendo requisitos específicos para a dispensa com fulcro no inciso VI, do art. 30, da Lei n. 13.019/14, restritos, obviamente, à área da assistência social. Assim, o art. 2º e o §2º, do art. 3º, determinam que:

> Art. 2º Para a celebração de parcerias entre o órgão gestor da assistência social e a entidade ou organização de assistência social, esta deverá cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos:
> I – ser constituída em conformidade com o disposto no art. 3° da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993;
> II – estar inscrita no respectivo conselho municipal de assistência social ou no conselho de assistência social do Distrito Federal, na forma do art. 9° da Lei nº 8.742, de 1993;

> III – estar cadastrada no Cadastro Nacional de Entidades de Assistência Social – CNEAS, de que trata o inciso XI do art.19 da Lei nº 8.742, de 1993, na forma estabelecida pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário - MDSA.
>
> Art. 3º (...) §2º A hipótese de dispensa de chamamento público de que trata o inciso VI do art. 30 da Lei nº 13.019, de 2014, se aplicará àquelas entidades ou organizações de assistência social que cumprem cumulativamente os requisitos constantes nos incisos do art. 2º desta Resolução, quando:
> I – o objeto do plano de trabalho for a prestação de serviços socioassistenciais regulamentados; e
> II – a descontinuidade da oferta pela entidade apresentar dano mais gravoso à integridade do usuário, que deverá ser fundamentada em parecer técnico, exarado por profissionais de nível superior das categorias reconhecidas na Resolução nº 17, 20 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS.

Dos preceptivos acima transcritos, infere-se que o CNAS entende que a dispensa com fulcro no inciso IV, do art. 30, da Lei n. 13.019/14, demanda dois principais requisitos que merecem atenção no presente momento do estudo: a) inscrição no conselho municipal ou do Distrito Federal de assistência social; e b) a descontinuidade da oferta pela entidade apresentar dano à integridade do usuário. Ou seja, o CNAS pressupõe como OSC credenciada como aquele que, devidamente inscrita no conselho de política pública, já presta atendimento aos usuários da rede, sendo que a descontinuidade da oferta poderá apresentar gravo dano à sua integridade.

Assim, para o CNAS, a existência prévia de parceria com a Administração é requisito para a dispensa de chamamento público com fundamento do dispositivo em foco, tanto é que o § 3º, do art. 3º, consigna que, nos casos de *ampliação* da capacidade de oferta do órgão gestor *a realização do chamamento público é regra*, mesmo para aquelas entidades ou organizações de assistência social que possuam parcerias em vigor.

Há que se ressaltar que a existência de parceria prévia não é suficiente para a dispensa: a dispensa pra o CNAS estaria fundamentada principalmente no vínculo entre o usuário e a OSC, de forma que a descontinuidade da execução da atividade poderia gerar dano à sua integridade.

Para exemplificar, o Município de Campinas, com fundamento nesta resolução, dispensou o chamamento público, ou seja, formalizou diretamente termo de colaboração com OSC que já mantinham vínculos com aquela Municipalidade para o acolhimento de pessoas em estado de vulnerabilidade, sob a justificativa de que as pessoas acolhidas já haviam criado vínculo com a respectivas entidades, sendo que a alteração poderia ocasionar prejuízo, provocando inclusive o retorno dessas pessoas à situação de risco que viviam[271].

---

[271] Cf. PREFEITURA DE CAMPINAS. Diário Oficial do Município de 24/02/2017. Disponível em: <http://www.campinas.sp.gov.br/uploads/pdf/85665014.pdf>. Acesso em 15 jul 2017.

Não obstante o esforço empegado pelo CNAS na regulamentação da hipótese de dispensa em comento, há que se observar que a hipótese de formalização direta de parceria com OSC em virtude de vínculo é situação fática que melhor se enquadra como hipótese de *inexigibilidade*. Como será descrito, quando só existir uma OSC apta ao cumprimento das metas, diz-se então que o chamamento é *inexigível* com fulcro no *caput*, do art. 31.

Diante dessa conclusão, persistem os questionamento acerca da hipótese de dispensa fundada no inciso VI, do art. 30.

Interpretando o preceptivo, Rita Tourinho conclui que o chamamento público, em tal hipótese, somente poderá ser dispensado quando a Administração Pública dispuser de recursos suficientes para fomentar a atuação de todas as organizações de sociedade civil, previamente credenciadas, que possuam interesse em formalizar determinada parceria[272].

A solução de Rita Tourinho assemelha-se muito ao que se entende por credenciamento pela Lei n. 8.666/1993, que é visto como uma hipótese de inexigibilidade de licitação, pressupondo não ser possível estabelecer competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, pois quanto mais interessados aparecerem, melhor a demanda administrativa será atendida. Dessa forma, a Administração realiza um procedimento de credenciamento, para que todos aqueles que desejarem em atender o interesse da Administração possam se credenciar.

Nesse mesmo sentido, Clair de Oliveira também entende que a dispensa pelo credenciamento só é possível em situações em que não existir competitividade, exemplificando com a hipótese das creches municipais:

> Grandes municípios que possuem relação de parceria com muitas entidades para a realização de atividades de interesse público voltadas, por exemplo, para creches, poderão fazer um edital de credenciamento em que serão analisadas características das OSC voltadas para essa finalidade, tais como: capacidade das entidades, desempenho anterior, região de atuação etc., e a partir dessas características se estabelecer uma ordem de classificação por região, por capacidade e atendimento etc. E quando a necessidade surgir, a parceria poderá ser formalizada com a entidade, observando a classificação obtida no credenciamento[273].

Talvez a melhor interpretação ao preceptivo seja a empregada por Rita Tourinho e por Clair de Oliveira, ressaltando que, mesmo sendo hipótese de dispensa, o credenciamento exigirá da Administração Pública um procedimento público, com requisitos objetivos e impessoais, a fim de afastar qualquer potencial violação à competitividade.

---

[272] Op. Cit.
[273] Op. Cit. p. 146.

Há que se consignar o teor da já mencionada ADI 1923/DF, em que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, que dispõe sobre as parcerias com organizações sociais, assentou que a celebração de contrato de gestão não se submete à exigência de prévio procedimento licitatório, ante a sua natureza jurídica de convênio em sentido amplo. Contudo, não obstante o afastamento de procedimento licitatório, consignou que, caso existam particulares em idêntica situação, almejando a posição de parceiro do Poder Público, impõe-se ao Poder Público a condução de 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.[274]

Da mesma maneira, pela decisão da Suprema Corte, extrai-se que, mesmo quando dispensado o chamamento público, não se reputa possível à Administração Pública firmar parceria com OSC sem a observância de um procedimento pautado pelos princípios acima indicados. Assim, a exemplo da praxe do credenciamento pela Lei n. 8.666/1993, entende-se que a melhor interpretação ao preceptivo é a dispensa do chamamento público em situações em que não houver a competitividade, hipótese em que, após as devidos estudos e justificativas, deverá ser publicado um edital de credenciamento, o qual definirá o objeto a ser executado, os requisitos de habilitação e especificações técnicas indispensáveis a serem analisados, fixará o valor de referência e estabelecerá os critérios para convocação dos credenciados.

5.4 Das hipóteses de inexigibilidade de chamamento público

A inexigibilidade, tratada pelo art. 31, da lei em comento, abarca situações em que ocorrerá a formalização direta da parceria em virtude do fato de não existir possibilidade de competição, que é noção implícita do procedimento de chamamento público. Assim, inócua seria a instauração de um certame quando existe apenas uma OSC apta a atender às pretensões da Administração Pública.

Deve-se consignar que, ao contrário das hipóteses de dispensa que são taxativas, o art. 31 é meramente exemplificativo, isto é, não identifica todas as situações em que o chamamento será inexigível, podendo existir inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos incisos do preceptivo legal.

---

[274] BRASIL. STF. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1923/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2016.

Configurada a inviabilidade de competição em alguma situação que não se subsuma nas hipóteses do art. 31, a parceria será alicerçada diretamente no *caput* do dispositivo. Por tal razão, pode-se concluir que, a exemplo do artigo 25, da Lei n. 8.666/1993, o *caput* do art. 31 também apresenta *função normativa autônoma*[275], uma vez que um ajuste direto poderá nele se fundar, ou seja, as hipóteses contidas em seus incisos são apenas exemplos de inexigibilidade de chamamento público. Com efeito, na ausência de pluralidade de alternativas poderá a Administração Pública, justificadamente, firmar o termo de fomento ou de colaboração sem prévio chamamento público, com fundamento apenas no *caput* do art. 31[276].

Não se pode, entretanto, destituir de relevância normativa os incisos do dispositivo em análise. Muito pelo contrário, além de desempenharem a função exemplificativa, conforme já consignado, permite ao intérprete extrair com mais facilidade o conceito de inexigibilidade, principalmente os contornos da *inviabilidade de competição* consagrada em seu *caput*.

Nessa toada, cumpre consignar que a inviabilidade de competição no chamamento público não é conceito de fácil apreensão. Trata-se, em verdade, de uma consequência, como explica Marçal Justen Filho, que pode ser produzida por diferentes causas, difíceis de serem sistematizadas, por conta da complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de delimitar por meio de regras legais[277].

O que se apreende do art. 31, entretanto, é que as causas da *inviabilidade de competição* podem ser reunidas em dois grupos. O primeiro abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto da parceria, principalmente quando o dispositivo diz que é inviável a competitividade em razão da "natureza singular do objeto". O segundo envolve inviabilidade de disputa derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito. Esse grupo é identificado quando o preceptivo identifica a impossibilidade de competição quando "as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica".

Em relação ao primeiro grupo (objeto), quando se fala em "natureza singular do objeto" não se está referindo a situações em que não há pluralidade de sujeitos em condições de desempenhar o objeto. Assim, um primeiro ponto a ser observado é que singular não será a OSC, não diz respeito a ser a única capacitada, mas se refere ao objeto da parceria (a atividade

---

[275] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. Cit. p. 486.

[276] Certamente, há semelhanças entre o art. 25, da Lei n. 8.666/1993, e o art. 31, da Lei n. 13.019/2014, permitindo que se faça um paralelo entre esses preceptivos. A esse respeito, no que diz respeito à função normativa autônoma do *caput*, do art. 25, importante reproduzir trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União, segundo o qual "as hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei 8.666/1993 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no *caput* do art. 25 sempre que comprovada a inviabilidade de competição. BRASIL. TCU. **Acórdão 2.418/2006**, Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa).

[277] Op. Cit. p. 483.

ou o projeto), que está envolto de complexidades que impedem uma parceria com qualquer entidade.

Verifica-se, assim, que conceito de singularidade vai além: o atendimento ao interesse público está envolto de complexidades, configurando uma situação incomum, impossível de ser enfrentada por qualquer entidade. Envolve casos que demandam mais que especialização, apresentando peculiaridades que impedem a todos competir[278].

Por exemplo, determinadas Secretarias de um Município elaboram, conjuntamente, uma política pública multidisciplinar, para o atendimento de público-alvo que se apresenta em sua realidade, por meio de parceria com uma OSC. No entanto, a entidade parceira deverá desenvolver inúmeras atividades, que, caso individualmente consideradas, poderia ser considerada uma atuação comum, mas por envolver um conjunto de ações, torna a atividade deveras complexa. Assim, a fim de atender o objetivo, poderá esse Município, justificadamente, com fulcro na singularidade do objeto, firmar termo de colaboração com determinada OSC.

Ainda, a singularidade caracteriza-se pela impossibilidade de escolha por critérios estritamente objetivos. Diz-se, portanto, que o objeto é *singular* quando não pode ser reduzida a padrões precisos de descrição e julgamento, ou seja, quando impossível à Administração promover uma definição precisa para comparação e julgamento por parâmetros ou critérios objetivos.

No que diz respeito ao segundo grupo (sujeito), encontram-se as situações de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condições de firmar a parceria. Por conta disso, o preceptivo fala em possibilidade de atingimento de metas apenas por entidade específica. Trata-se da clássica hipótese de inexigibilidade, na qual inexiste pluralidade de alternativas e, por essa razão inviável à Administração Pública instaurar um certame. Se há apenas uma OSC que comprovadamente possa assumir o encargo de cumprimento daquelas metas, ausente o pressuposto jurídico do chamamento público.

Importante consignar que, a exemplo do que ocorre nas licitações, a comprovação da inexistência de alternativas para a Administração faz-se segundo o princípio da liberdade da prova, podendo ocorrer por qualquer via idônea e satisfatória.

---

[278]). Nesse sentido, há interessante trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União em que o Relator, ao analisar a inexigibilidade de licitação com fundamento na singularidade, observa: "(....) singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado". (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.074/2013.** Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão 08/05/2013).

Ressalte-se que impossibilidade de disputa não é só uma questão jurídica, mas também fática, cabendo a instrução do processo administrativo com documentação confiável acerca da ausência de alternativas.

Como posto, para exemplificar a inviabilidade de competição, o legislador trouxe duas hipóteses nos incisos do art. 31.

A primeira hipótese, constante do inciso I, dispõe que será inexigível o chamamento público quando o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos. Esse exemplo de chamamento inexigível é autoexplicativo e não gera maiores debates.

Já a segunda hipótese, contida no inciso II, dispõe que inexigível o certame quando a parceria decorrer de transferência para OSC 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 4.320/1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar n. 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Inicialmente, ao que parece o legislador utilizou a expressão "transferências para OSC que esteja autorizada em lei" para qualquer tipo de repasse de recursos públicos dessa natureza, como, por exemplo, auxílios e contribuições, reforçando expressamente, porém, a subvenção social[279].

Com efeito, embora o dispositivo exclua a transferência para OSC decorrente de lei da exigência do chamamento público, acabou por criar uma situação peculiar: a partir de agora todo e qualquer repasse desse porte deverá ocorrer pela formalização de uma parceria, que exige requisitos específicos constante da legislação.

Assim, para além da autorização em lei específica e da observância dos critérios definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem como previsão na lei orçamentária e de

[279] 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 (art. 12, §§ 2º e 6º, Lei nº 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); e as 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 em sociais e econômicas (art. 12, § 2º, Lei. 4320/64). Especificamente em relação às subvenções sociais, destinam-se 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 (art. 12, § 3º, I e art. 16, par. Único, Lei 4.320/64);

dotações específicas, a concessão de subvenções, auxílios e contribuições à OSC deverá ser formalizada por termo de colaboração ou de fomento. Dessa forma, nas parcerias assim constituídas, o Poder Público deverá cumprir as demais exigências previstas na Lei, com destaque para elaboração do plano de trabalho (artigo 22); monitoramento e avaliação (artigos 58 a 60); acompanhamento da execução (artigos 61 e 62) e prestações de contas (artigos 63 a 68).

Evidente, pois, a tendência de superar a ideia do repasse a entidades do terceiro setor como mera benevolência, sem qualquer compromisso com metas e objetivos. A grande problemática, porém, é saber se compatível a sistemática da lei com essas transferências.

Logicamente, caberá à regulamentação de cada ente dispor a respeito da operacionalização dessas parcerias, mas algumas observações podem ser tecidas.

O primeiro ponto a se observar é que, como já amealhado alhures, deve existir um planejamento prévio a qualquer repasse, ou seja, deve ser superada qualquer noção de que essas transferências são reflexos de um "balcão de negociações" em que entidades captam recursos públicos, sem qualquer exigências de desempenho, sob o risco de premiar a ineficiência ao garantir uma remuneração ao beneficiário, independente dos resultados que produza.

Qualquer incentivo deve atenção aos motivos que o determinam: se visa fazer frente a um fator conjuntural, deve restar vigente apenas enquanto subsistentes às causas que o legitimam, sob pena de que outros setores ou atividades realmente demandantes de incentivos deixem de ser fomentados. Bem por isso, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em manual já mencionado, recomenda que exista uma fase de planejamento do repasse antes mesmo da elaboração da lei que aprova o repasse (Auxílio, Subvenção ou Contribuição), cabendo ao Poder Público avaliar e efetivamente demonstrar, por meio de relatório circunstanciado em processo próprio, as vantagens econômicas da delegação das atividades às entidades[280].

Outra observação é que a parceria mais compatível, nesse caso específico de repasses decorrentes de lei, é o já estudado *fomento*, sendo adequado à OSC, como condicionante ao recebimento do repasse público, que apresente um plano de trabalho, a ser avaliado pelo Poder Público – em regra o Conselho Gestor de fundo –, podendo, inclusive, negar seguimento à transferência, na hipótese de inobservância aos requisitos constantes do art. 22, da Lei n. 13.019/2014, ou mesmo se o planejamento apresentado não está alinhado aos

[280] Op. Cit. p. 41.

objetivos da política pública no âmbito de atuação da propositura. Ademais, devem-se observar os requisitos de habilitação já pormenorizados também como condição ao repasse.

Importante consignar que, assim como a exceção ao chamamento público contida no art. 29, o preceptivo em comento também é fruto das alterações de 2015 na Lei. 13.019/2014. Antes dessa mudança, discutia-se se essas transferências decorrentes de lei, principalmente no caso da subvenção social, estariam abrangidas no conceito de "transferência voluntária" a fim de exigir que se formalizasse com a entidade receptora do recurso público termo de fomento ou de colaboração. Por exemplo, Mariana Moreira e Kleyton Rogério Machado Araújo, em artigo publicado em fevereiro de 2015, afirmam que entre o Poder Público e as entidades receptoras das subvenções sociais "não pode ser realizado nenhum tipo de ajuste que implique contraprestações, como a de aumentar o atendimento à população, por exemplo, com a prévia imposição de um plano de trabalho".[281] Esse posicionamento decorria de interpretação dos dispositivos da Lei nº 4.320/1964.

Atualmente, porém, pacificou-se essa questão: por disposição da própria Lei n. 13.019/14, qualquer transferência decorrente de lei, inclusive as subvenções sociais, demandam a formalização de parceria. Assenta-se, pois, que exigir contrapartidas do beneficiado, principalmente as que dizem respeito a desempenho, pode servir como estímulo à sua eficiência, evitando que o agente fomentado se acomode em razão da percepção do benefício estatal; além disso, a imposição de contrapartidas tendem a propiciar maior comprometimento da parte que recebe os recursos públicos, em razão de fazê-la incorrer em riscos econômicos.

5.5 Do procedimento

Deve-se reiterar que, mesmo ausente o certame de chamamento público, mantém-se as obrigações com o *planejamento*. Como já afirmado, a chamada fase de planejamento deve ser realizada tanto previamente ao chamamento público, quanto quando da dispensa ou inexigibilidade desse procedimento, destinando-se a debater a estratégia e o conteúdo da parceria, sua utilidade e seus impactos. Ou seja, a decisão por dispensa ou inexigibilidade é posterior à etapa preparatória que deve ser a mesma em qualquer caso.

---

[281] MOREIRA, Mariana; ARAÚJO, Kleyton Rogério Machado. Subvenções sociais não são alcançadas pelo MROSC. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/subvencoes-sociais-nao-sao-alcancadas-mrosc>. Acesso em: 20 mai 2017.

Esse planejamento consiste, inicialmente, em identificar a necessidade a ser satisfeita, por meio da análise da situação fática presente. Verificada a necessidade, cabe considerar todas as alternativas possíveis para sua solução, compulsando as vantagens e desvantagens existentes entre elas. A terceira providência está direcionada a avaliar a viabilidade jurídica e financeira da solução considerada a melhor ao atendimento da demanda. Por fim, caberá ao gestor verificar se a execução direta, por seus próprios recursos, é a solução mais conveniente, caso contrário, caberá perquirir se cabível o atendimento por conduto de uma parceria com organizações da sociedade civil.

Com a decisão de satisfazer a necessidade estatal por meio da parceria, deve-se formular um plano de trabalho, além dos estudos indicadores dos valores de referência, para embasar a devida programação orçamentária.

Após esses estudos, cabe ao administrador perquirir se a parceria a ser firmada está enquadrada em uma das hipóteses que excetuam o chamamento público mencionadas neste trabalho.

Avaliando tratar de situação que demanda a formalização direta da parceria, determina o art. 32, da Lei n. 13.019/14, que competirá ao administrador público justificar a ausência de realização de chamamento público. Ao compor essa justificativa, caberá a indicação das razões fáticas e do dispositivo legal que fundamentam excetuar o chamamento, afigurando-se, logicamente, como secundário eventual equívoco no enquadramento da hipótese legal, desde que verificado que resultado seria o mesmo.

A legislação, especificamente no § 1º, ainda prevê a nulidade do ato de formalização da parceria, caso o administrador público não publique o extrato da justificativa da dispensa ou inexigibilidade, *na mesma data em que for efetivado*, em sítio oficial da Administração Pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador, também no meio oficial de publicidade da Administração.

A partir da publicação, qualquer interessado pode impugnar a justificativa no prazo de cinco dias, cujo teor deverá ser analisado pela Administração Pública também no prazo de cinco dias, a contas da data do protocolo. Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público.

Cumpre ressaltar que, antes das alterações promovidas pela Lei n.13.204/2015, previa-se a publicação do extrato da justificativa pelo menos 5 (cinco) dias antes da formalização da celebração da parceria, sob pena de nulidade.

Verifica-se que, antes das alterações de 2015, o procedimento era mais racional e lógico: publicava-se a decisão de formalização direta da parceria, concedendo oportunidade de impugnações, para, somente após esse prazo e eventual decisão acerca dos fundamentos contrários a excetuar o chamamento, poderia ser firmado o ajuste com a OSC.

Com a alteração, porém, criou-se uma situação um tanto quanto peculiar e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, pois é permitido que se inicie a vigência da parceria, com todas as implicações legais que dela decorrem, inclusive financeiras, sob o risco de revogação, caso acolhidas as impugnações. Nesse sentido, inclusive, ao analisar o preceptivo, Clair de Oliveira conclui que "as impugnações deverão ocorrer com a parceria formalizada".

A fim de consagrar a segurança jurídica, não obstante formalizada a parceria, recomendável que a Administração Pública insira cláusula com condição suspensiva, subordinando a eficácia da parceria ao término do prazo de decisão de eventuais impugnações.

Por fim, importante consignar que o gestor público assumirá a responsabilidade pela não realização do chamamento público, especialmente porque a Lei n. 13.019/2014 alterou o inciso VIII, do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), passando a configurar ato de improbidade frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.

CONCLUSÃO

As observações e análises desenvolvidas ao longo da presente dissertação evidenciam o inegável impacto da edição da Lei n. 13.019/2014 nas relações entre Administração Pública e iniciativa privada de interesse público.

Com ela se inaugura uma nova fase no desenvolvimento e implementação da atividade administrativa de fomento, cada vez mais merecedora de destaque e atenção pelos operadores do Direito, gestores e administradores públicos, reconhecendo à sociedade civil maiores prerrogativas e atribuições na consecução de demandas sociais.

A construção de um ambiente regulatório mais favorável à atuação da sociedade civil não é um tema inédito no Brasil, tendo ganhado relevo a partir da década de 1980, com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988. É possível identificar, nos últimos 25 anos, diversos movimentos de readequação da legislação aplicável à sociedade civil.

No decorrer da década de 1990 e início dos anos 2000, o processo de desestatização foi intenso no Brasil, criando-se um aparato legislativo com vistas a limitar a ação do Estado e reservar a produção de bens e serviços para a iniciativa privada. Contudo, pode-se apontar que o marco inicial para o crescimento do denominado terceiro setor for o movimento de reforma do Estado lançado em 1995.

No âmbito dessa reforma, introduziu-se o conceito de *publicização* para identificar a transferência de serviços não exclusivos do Estado, associados a diversas áreas, tais como cultura, saúde, educação, pesquisa científica, dente outras, para o setor público não estatal.

A concepção da necessidade de incremento do terceiro setor surge com a ideia de que não só o Estado pode atuar em defesa do interesse público, mas também o setor privado pode se organizar para cumprir essa função, atuando em múltiplas áreas, focando na responsabilidade social e no implemento de ações que possam beneficiar a coletividade.

Também, verifica-se que, na Administração Pública, a criação de novas formas de atuação está relacionada ao postulado da democracia participativa, que altera a relação da Administração não só com os administrados, mas também com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica, clamando cada vez mais por participação nas ações e no controle do Estado, o que gerou um movimento do fortalecimento da sociedade civil, que passou a se organizar cada vez mais para exercer papel de protagonismo na organização administrativa.

Nota-se, então, a tendência de o Estado não mais se contrapor à atuação da sociedade civil, mais sim favorecer seu trabalho, colocando-se em posição horizontal, e não vertical, em

suas relações com a sociedade. Dessa forma, as relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais seriam de tutela, pois a Administração dependeria da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e o constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passaria a utilizar a orientação, a persuasão e a ajuda.

Daí se verifica novos usos à categoria jurídica contrato no setor público. E em decorrência da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da administração pública, englobando ajustes de viés colaborativo. São ajustes em que as partes assumem atuar lado a lado para a mesma finalidade, razão pela qual o Direito é convocado a responder a esse intuito social, criando novas fórmulas jurídicas de resultem na cooperação.

Uma das primeiras fórmulas foi o *convênio*. Criado, inicialmente, apenas para formalizar acordos entes públicos, com a edição do Decreto Federal nº 93.872, de 1986, inaugurou-se a possibilidade de órgãos ou entidades da administração federal firmarem convênios, acordos ou ajustes com organizações particulares para a execução de serviços de interesse recíproco.

Após o advento da Constituição da República de 1988, o dispositivo legal basilar dos convênios no Brasil é o art. 116, da Lei Federal n. 8.666/93, com seus respectivos parágrafos, tornando-o o principal instrumento jurídico para formalização de parcerias.

Ainda, ao final dos anos 1990, houve a criação das figuras das *organizações sociais*, com a edição da Lei n. 9.637/1998, e das *organizações da sociedade civil de interesse público*, pela Lei Federal n. 9.790/1999. Essas legislações criaram novos instrumentos jurídicos que instituíam uma relação cooperativa entre Estado e entidades sem fins lucrativos. Desde que qualificadas para tal desiderato, por critérios de escolha nem sempre tão isonômicos e impessoais, essas entidades poderiam firmar com o Poder Público *contrato de gestão*, no caso da organização social, ou *termo de parceria*, na hipótese da organização da sociedade civil de interesse público.

Ao longo do tempo esses instrumentos começaram a se mostrar insuficientes para enfrentar obstáculos que surgiam. Era comum constatar a carência de estímulos de práticas de governança e gestão e de mecanismos de transparência, além da precariedade do acesso a recursos públicos por meio de critérios isonômicos e impessoais de escolha. Nesse ponto, embora natural que ajustes envolvendo entes governamentais não sejam precedidos de certame licitatório, controversa era a inexigibilidade de licitação quando o ajuste colaborativo envolvia particulares em um dos polos da relação jurídica.

Frequentemente, sob o argumento de que não se confundia com a figura do contrato, pugnava-se pela inaplicabilidade de procedimento de escolha previamente à formalização desses ajustes colaborativos.

Outro obstáculo era o desafio de apontar como aplicar regramentos de Direito Público aos particulares na condução de suas atividades sem lhe impor expectativas e exigências incompatíveis com sua flexibilidade, agilidade e liberdade criativa, o que acabaria por minar os aspectos positivos do caráter privado da entidade.

Em verdade, o tratamento dos parceiros privados como se entes públicos fossem levou o regime de parcerias a um ponto de absoluto impasse decorrente das diversas distorções na aplicação dessa regulação que, ao proibir tudo, tudo permite, pois compele as entidades a interpretarem tudo como exceção. O resultado disso é insegurança jurídica e litígios, administrativos e judiciais.

Nesse sentido, a Lei n. 13.019/2014 inova ao se apresentar como norma fundada na ideia de cidadania, no sentido de permitir a progressiva participação da comunidade nas decisões da Administração. Tal é o que se verifica no art. 5º, que, ao trazer os fundamentos da lei, começa por falar em gestão democrática e participação, somados aos princípios gerais de direito público.

A isso, acrescentem-se as diretrizes fundamentais das parcerias contidas no art. 6º: fomento às OSC's, inclusive mediante a cooperação entre os entes federados, busca por técnicas atuais e republicanas de gestão e priorização do controle de resultados.

Passam, assim, a coexistir no ordenamento jurídico as seguintes modalidades de parcerias: a) contratos de gestão, celebrado com organizações sociais, nos termos da Lei n. 9.637/1998; b) termos de parceria, celebrados com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil, conforme o disposto na Lei n. 9.790/1999; c) termos de colaboração e de fomento e acordos de cooperação, celebrados com organizações da sociedade civil, nos termos da novel Lei n. 13.019/2014.

Em relação aos novos instrumentos implantados pelo MROSC, a principal diferença é que podem envolver ou não a transferência de recursos. Nos casos do termo de colaboração e do termo de fomento, há a transferência de recursos, já no acordo de cooperação não haverá.

A diferença é mais sutil entre o termo de colaboração e o termo de fomento. Conforme dispôs o Decreto Federal n. 8.726/2016, que regulamento a Lei n. 13.019/2014, o termo de fomento será adotado para a consecução de planos de trabalho cuja concepção seja das OSC's, com o objetivo de incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações. Já o termo de colaboração será adotado para a consecução de planos de trabalho

cuja concepção seja da Administração Pública. Por essa razão, no caso do termo de colaboração, a proposta deve partir da Administração, enquanto no termo de fomento a proposta parte das organizações da sociedade civil.

Outra novidade da legislação em comento foi assegurar, com transparência, a igualdade de oportunidade no estabelecimento de uma parceria com a Administração para todas as organizações da sociedade civil interessada por meio da realização do procedimento denominado *chamamento público*.

Trata-se de um processo seletivo prévio à celebração dos termos de colaboração ou de fomento que, com base em regras claras, objetivas e simplificadas, busca dar transparência e isonomia ao acesso aos recursos públicos, podendo ser excetuado somente nas hipóteses expressamente previstas em lei.

A Lei n. 13.019/2014, ao estabelecer diretrizes obrigatórias a serem seguidas pelo edital de chamamento público, verdadeiros requisitos de validade material, também demonstrou uma evidente preocupação com a eficiência da parceria, aqui entendida num sentido lato de relação entre custos e benefícios, emprego racional dos recursos disponível e obtenção de qualidade nos resultados de interesse público desejados.

Nesse ponto, verifica-se a extrema preocupação com o planejamento prévio do certame, pelo qual os objetivos e as metas deverão estar claramente definidos, a fim de permitir a implantação de um sistema de controle de resultados.

A lei traz ainda regras claras quanto ao conteúdo mínimo do edital, com critérios de julgamento obrigatórios, baseado na adequação da proposta ao cumprimento do objeto, vedando a inclusão de cláusula que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da seleção em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto específico da parceria, concretizando a isonomia na seleção pública.

As propostas deverão ser julgadas por comissão previamente designada em ato previamente publicado, trazendo requisitos e normas proibitivas aos membros, reduzindo, assim, a discricionariedade e o subjetivismo da escolha. Após o julgamento, caberá a verificação das condições de habilitação da OSC com a qual se quer estabelecer a parceria.

Há que se ter em vista também outra novidade encampada pela legislação que é a necessidade de emissão de parecer técnico. Caberá ao órgão técnico avaliar não só o plano de trabalho a respeito do mérito da proposta e da viabilidade de execução, como também demonstrar que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da OSC foram avaliados e são compatíveis com o objeto, reforçando a preocupação da lei com a qualidade da atividade ou projeto objeto da parceria.

Inegável, pois, os avanços implantados pelo procedimento legislação.

Assim, pode-se concluir que a Lei n. 13.019/2014 e o procedimento de chamamento público fortalecem a existência de uma sociedade civil organizada, atuante e autônoma em relação ao Estado, ao construir um ambiente favorável à criação e ao funcionamento de organizações pela criação de um ambiente regulatório favorável, estimulando práticas de governança e gestão, abrindo caminho para uma administração mais profissional dessas organizações, criando mecanismos de controle e transparência adequados.

Logicamente, como se infere do estudo, existem diversos pontos fortemente combatidos, o que não afasta a importância e conveniência da criação de um regime unificado, previamente estabelecido de forma clara e objetiva de modo a garantir segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência.

Sempre que há o advento de uma nova legislação, a comunidade jurídica é desafiada a se aprofundar nas questões regulamentadas, até que se alcance consenso na intepretação dos textos legais. Nesse sentido, a presente dissertação se propôs a enfrentar esse desafio, não obstante a ainda escassa bibliografia específica a respeito do tema, tentou-se traçar diretrizes para a escorreita aplicabilidade dos preceptivos legais.

REFERÊNCIAS

ABUL-EL-HAJ, Jawdat. Da era Vargas à FHC**:** transições políticas e reformas administrativas. **Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 1/2, p. 35-51, 2005. Disponível em: <http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v36n12/rcs_v36n12a3.pdf>. Acesso em: 29 maio 2016. p. 01. 16-17.

ARENA, Gregorio. **Cittadini attivi**: um altro modo di pensare all'Italia. Roma-Bari: Laterza, 2006, (tradução nossa).

Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG). **Entenda o PL 7.168/2014 de A a Z**. 2014. Disponível em: <http://www.ceaprs.org.br/wp-content/uploads/2014/08/entenda-o-mrosc-de-a-a-z1.pdf>. Acesso em 13 jul. 2016.

BARROS, Laura Mendes Amando de. A Lei Federal n. 13.019/2014 e o controle nas parcerias da Administração com Organizações da Sociedade Civil. In: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**, n. 2, p. 299-324, Paris, avr. 1994.

BENVENUTI, Feliciano. **Il nuovo citadino:** tra libertà garantita e libertà ativa. Venezia: Marsilio, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Advocacia Geral da União (2009). Orientação Normativa n. 11/2009. Brasília.

BRASIL. Advocacia Geral da União (2012). **Parecer n. 01/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU**. Processo n. 00407.004525/2012-93. Brasília: 25 Jun 2012. Disponível em: < file:///C:/Users/USER/Downloads/parecer_n-_01-2012-gt359-depconsu-pgf-agu.pdf>. Acesso em: 26, jan, 2017.

BRASIL. Câmara Federal. CARVALHO, Marcelo de. **Efeitos das emendas**

parlamentares ao orçamento na redução das desigualdades regionais. Disponível em: < file:///C:/Users/USER/Downloads/efeito_emendas_carvalho.pdf>. Acesso em: 11 mai 17. p. 14.

BRASIL. Câmara Federal. **Parecer n. 89/2015 – CN**. Comissão Mista destinada a analisar e emitir parecer sobre a Medida Provisória n. 685/2015. Relator Deputado Federal Eduardo Barbosa (PSDB-MG). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405452&filename=PAR+89+MPV68415+%3D%3E+MPV+684/2015>. Acesso em: 02 abr 2017.

BRASIL. **Mapa das organizações da sociedade civil**. Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/#>. Acesso em: 29 mai 2017.

BRASIL. Ministério do Orçamento e Gestão (1999). **Portaria n. 42/1999.** Brasília. Disponível em: < http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/portaria42.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017.

BRASIL. Ministério do Orçamento e Gestão (1999). **Portaria n. 42/1999**. Disponível em: < http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/portaria42.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017.

BRASIL. Ministério de Administração e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado. Brasília**: Mare, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016. p. 15.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_arq_leiorganica.pdf/view>. Acesso em 30 mai 2017.

BRASIL. Ministério de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão Interino; Ministério da Fazenda, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União; Ministério da Secretaria de Governo da Presidência da República (2017). Portaria Interministerial n. 38, de março de 2017. Brasília.

BRASIL. Secretaria de Governo da Presidência da República. **Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://portal.convenios.gov.br/images/docs/MROSC/Publicacoes_SG_PR/LIVRETO_MROSC_WEB.pdf>. Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL. Senado Federal. Greggianin, Eugênio. Silva, José Ribamar Pereira da. **O**

orçamento impositivo das emendas individuais – Disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015. **Orçamento em Discussão n. 6**. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509462/OED0016.pdf?sequence =1>. Acesso em: 11 mai 2017. p. 07.

BRITO, Gilton. **Gerencialismo como tendência**: consenso de Washington, reforma do aparelho de estado e conselho nacional de justiça. Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=47248f6127fcae1d>. Acesso em 28 Maio 2016. p. 04-05.

CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O procedimento de manifestação de interesse social**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/16/o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-social/>. Acesso em: 28 fev 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervecion administrativa**. 2. ed. Buenos Aieres: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Roma: Giuffrè, n. 3, 2001, p. 601-650. p. 648. (tradução nossa)

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistemas de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 47, jan./fev. 2008.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, n. 226, p. 231-241. São Paulo: Atlas, out/dez 2001.

CICONELLO, Alexandre. Conceito legal de interesse público no Terceiro Setor. In: SCAZI, Eduardo (org.). **Terceiro setor – Temas Polêmicos, 1**. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 51.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: SENAC, 2000.

DE SOUZA, Leandro Martins. **Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor**: sistematização e regulação. Tese de doutorado, Universidade Estadual de São

Paulo (USP), 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DORA, Denise Dourado; PANNUNZIO, Eduardo. **Em busca da ousadia:** comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo Grupo de Trabalho "Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil". Análise CPJA/DIREITO GV, São Paulo, n. 1, p. 932, jun.2013, Disponível em <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf>. Acesso em 15 jun.2017.

FERNANDES, Rômulo Magalhães. AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira Azevedo. Novo marco regulatório do terceiro setor e programas de proteção: reflexões sobre o ppcaam. In: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes . **Direitos sociais e políticas públicas**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/n4z61gf0/7nvSmwaJPZ1FI9Nt.pdf >. Acesso em 13 jul 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat:** l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21.ed. Forense: São Paulo, 2016.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poder públicos: o exercício de poderes públicos de autoridades por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. 10.ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de uma teoria del fomento em el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Politicos**, n. 48, 1949, p. 41-54. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/sevlet/articulo?codigo=2127752>. Acesso em: 02 jun 2017. p. 46.

JUSTEN FILHO, Marçal. Interesse público primário e secundário: convênio entre União e Estado – dever de indenização. Parecer. 26 de setembro de 1983. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 75, Ano XVIII, p. 55-61, jul/set 1985. p. 56.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. RT: São Paulo, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A**ssociações sem fins econômicos**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Laís de Figueirêdo; VICHI, Bruno de Souza. A lei nº. 13.019/14: conquistas, desafios e os impactos para a gestão pública estadual e municipal. In: **Congresso Consad de Gestão Pública**, 8, 2015, Anais Brasília, pp. 1- 54. Disponível em <http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1194/1/A%20LEI%20NO%2013.019914%20CONQUISTAS%2c%20DESAFIOS.pdf>. Acesso em 12 jul 2017.

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

MANICA, Fernando Borges. **panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil:** do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP. 2006. s. p. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/panorama_historio_legislativo_do_terceiro_setor.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP,** Belo Horizonte, a. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em < http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>. Acesso em 28 jun 2017.

MARRARA, Thiago. **Parcerias sociais, termos de fomento e de colaboração: brevíssimos comentários à Lei 13.109 de 2014**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/parcerias-sociais-termos-de-fomento-e-de-colaboracao-brevissimos-comentarios-a-lei-13109-de-2014/14855>.

Acesso em: 02 jun 2017.

_____; CESÁRIO, Natália de Aquino. Chamamento Público para as parcerias – Comentários à Lei n. 13.019/2014. **Revista Digital de Direito Administrativo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP).** v.3 , n. 2, p. 453-473, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 39.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 17. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

MENDES, Michelle Diniz. Acordo de cooperação. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87-134.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do serviço público**, Ano 51, n. 2, Abr - Jun 2000, pp. 105-120. Disponível em https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334. Acesso em 18 jul 2016.

_____. Reforma administrativo e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 210, out/dez 1997, pp. 195-212. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47096/45807. Acesso em 19 jul 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira: Associação Internacional de Direito e Economia, 1998, pp. 45-61.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006.

_____. Novos institutos consensuais na ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. v. 231, jan.marc/2003, p. 129-156. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus 'vínculos contratuais' com o estado. **Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, n. 97, p. 184- 193, mar. 2002.

_____. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Mariana; ARAÚJO, Kleyton Rogério Machado. Subvenções sociais não são alcançadas pelo MROSC. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/subvencoes-sociais-nao-sao-alcancadas-mrosc>. Acesso em: 20 mai 2017.

MURARO, Leopoldo Gomes. Termo de colaboração e termo de fomento. In: MENDES, Michelle Diniz (coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. p. 45-86. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAES, André. Consenso de Washington: crise do estado desenvolvimentista e seus efeitos sociais – um balanço crítico. **Revista Ensaios**, v. 1, n. 1, p. 01-15. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminente, 2008.

OLIVEIRA, André Tito Motta. **Da atuação do terceiro setor por meio das parcerias com o estado e seu controle pelos tribunais de contas:** entre os lindes da transparência e da eficiência. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

OLIVEIRA, Clair de. **O marco do terceiro setor**: doutrina e prática. Paco Editorial: Jundiaí, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan-jun 2007.

_____. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico.** n. 3, p. 1-29, ago/set/out 2005, Salvador.

_____. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104. p. 303 – 322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas**: comentários e notas às súmulas e jurisprudência do tribunal de contas do estado de São Paulo. Fórum: Belo Horizonte, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto**. A administração pública democrática**. Belo Horizonte. Fórum, 2004.

_____. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da administração pública**. Fórum, São Paulo, 2017.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, set./out. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=212817>. Acesso em 28 fev. 2017.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor:** regime jurídico das oscips. São Paulo: Método, 2006.

RENZETTI, Bruno Polonio. Marco regulatório das organizações da sociedade civil à luz do Direito administrativo global. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 94-111, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil: um estudo acerca da Lei Federal nº 13.019/2014**. Porto Alegre: TCE/RS, 2015. Disponível em http://portal.mpc.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/marcoregulatorio_oscs.pdf. Acesso em 13 jul 2017.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. Modelos de controle das parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor e desenho institucional das políticas públicas. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte ano 7, n. 14, p. 928, jul./dez. 2013.

_____. **Avaliação legislativa no Brasil**: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2008.

SALIONE, Beatriz Camasmie Curiati. **Administração pública por resultados e os contratos de gestão com as organizações sociais:** o uso do balance scorecard como ferramenta de avaliação de desempenho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

SANTANA, Hadassah Laís de Sousa; PAES, José Eduardo Sabo. Novo regime jurídico de parcerias voluntárias entre a administração pública o terceiro setor com base na lei nº 13.019 de 2014. In: GARCIA, Marcos Leite. GORDILHO, Heron José de Santana. MUZZI, Carlos Victor (coord.). **Esfera pública, legitimidade e controle**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/gpm5ym5t1ia3zr8r.pdf. Acesso em 13 jul 2017.

SANTOS, Verissimo Nascimento Ramos dos. A agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: uma análise da Lei nº 13.019/2014. In: XXV Encontro Nacional COMPEDI. POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. BORGES, Antonio de Moura (org.). **Transformações na ordem social e econômica e regulação**. Brasília/DF. Disponível em https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8t069971/1Zu0VRDp9Ih8cgFk.pdf. Acesso em 13 jul. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor**. 2016. p. 127-128. Disponível em:

<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/repasses_publicos_terceiro_setor.pdf>. Acesso em 18 jan 2017.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da Administração Pública. **Revista Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369. mar./abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf.> Acesso em: 26 jun. 2016.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle estatal das transferências de recursos públicos ao terceiro setor**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

_____. Em busca de uma administração pública de resultados. *In*: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani de (ccord.). **Controle da administração pública**. Fórum, São Paulo, 2017, p. 39-61.

STORTO, Paula Raccanello; REICHER, Stella Camlot. Elementos do direito do terceiro setor e o marco regulatório das organizações da sociedade civil. **Pensamento e Realidade**, v. 29, n. 2, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento no Brasil. In: Carlos Ari Sundfeld e Guilhermo Andrés Muñoz (coords.). **As leis de processo administrativo (lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98),** São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, 1997.

_____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada- O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo –RDA.** n. 202, p. 01-10, out. – dez., 1995.

TOURINHO, Rita. O Chamamento Público e os Ajustes Diretos Firmados com Organizações de Sociedade Civil: A Interpretação Sistemática da Lei nº 13.019/14. **Direito do Estado**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rita-tourinho/o-chamamento-publico-e-os-ajustes-diretos firmados-com-organizacoes-de-sociedade-civil-a-interpretacao-sistematica-da-lei-n-1301914>. Acesso em 08 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Européia**. Jornal Oficial n. C 191 de 29 de julho de 1992. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em 20 mai 2017.

WEBER, Max**. Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Editora UNB: São Paulo, 2004.