

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ISABELLA KAROLLINA DA SILVA

LICITAÇÃO DE FOMENTO À LUZ DA LEI 13.019/2014

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

RIBEIRÃO PRETO

2016

ISABELLA KAROLLINA DA SILVA

LICITAÇÃO DE FOMENTO À LUZ DA LEI 13.019/2014

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara
Departamento de Direito Público

RIBEIRÃO PRETO

2016

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.

Silva, Isabella Karollina da

Licitação de fomento à luz da Lei 13.019/2014. Ribeirão Preto, 2016.

101 p.; 15 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Marrara, Thiago.

1. Contexto da reforma gerencial. 2. Parcerias de fomento. 3. Chamamento público como modalidade licitatória na Lei n. 13.019/2014. 4. Conclusão.

Nome: SILVA, Isabella Karollina da

Título: Licitação de fomento à luz da Lei n. 13.019/2014

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ribeirão Preto, _____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Cicera da Conceição Neves, por uma vida inteira de amor, força e incentivos que me permitiram chegar até aqui.

Ao meu pai, Dagoberto Rossito, por tornar possível a realização deste sonho.

À minha irmã, Daniela Rocha, e a todos os familiares, pelo carinho, orgulho e fé em mim depositados.

Ao meu namorado, João Vitor Cerri, por todo o amor e compreensão durante os momentos mais difíceis.

Ao Otávio, companheiro de quatro patas que infelizmente se foi antes da conclusão do trabalho, mas que sempre estará em meu coração.

Às amigas e companheiras acadêmicas Mariana Cunha, Isabela Palmer e Sarah Cardoso Miranda, por dividirem comigo as alegrias e as angústias da graduação.

Ao Programa de Iniciação Científica da Universidade de São Paulo fomentado pelo CNPq, sem o qual este trabalho não teria sido possível.

A todos os meus amigos, colegas, e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, com quem compartilhei essa jornada e que tornaram o fardo mais leve.

À Universidade Federal Fluminense, onde tudo teve início e onde fiz amizades preciosas.

A todos os meus professores, pela dedicação e empenho ao longo desses anos de estudo, com a esperança de levar um pouco de cada um comigo para o mundo.

Finalmente, ao Prof. Dr. Thiago Marrara, por ter despertado em mim o interesse no Direito Administrativo, pelo apoio, confiança, e por ter dado um novo sentido à minha caminhada acadêmica.

“São as nossas escolhas que revelam o que realmente somos, muito mais do que as nossas qualidades. ”

(Alvo Percival Wulfrico Brian Dumbledore)

“Não é nossa função controlar todas as marés do mundo, mas sim fazer o que pudermos para socorrer os tempos em que estamos inseridos, erradicando o mal dos campos que conhecemos, para que aqueles que viverem depois tenham terra limpa para cultivar. Que tempo encontrarão não é nossa função determinar. ”

(Gandalf, o Branco)

RESUMO

A Constituição de 1988 determinou diversos objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado nas ordens econômica e social. Isto, aliado ao contexto da Reforma Gerencial que preconiza as formas de atuação indireta do Estado na economia, fertilizou o campo para o florescimento da utilização da função administrativa de fomento em parcerias entre Estado e terceiro setor para a prestação de serviços sociais não exclusivos.

Contudo, a expressiva utilização das parcerias não foi acompanhada de uma respectiva disciplina jurídica organizada, constatando-se que as prescrições sobre o assunto eram contidas em leis esparsas ou mesmo diplomas infralegais, o que prejudicava não só a segurança jurídica da relação como também o seu controle.

Especificamente no que toca à necessidade de licitar, surgiram preocupações no sentido de assegurar a procedimentalização e a transparência da escolha da entidade do terceiro setor para celebrar parcerias, tendo em vista que, por meio do fomento, elas receberão verdadeiro benefício público.

Ocorre que a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas gerais para licitações e contratos administrativos, não é aplicável nem sequer adequada a reger as relações de parceria, o que levanta o questionamento acerca da necessidade de criação de uma modalidade licitatória própria.

A partir da conclusão em sentido positivo são analisadas as prescrições da Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e terceiro setor, especialmente no que toca à imposição de realização de chamamento público prévio para a seleção da entidade, o que se trata da instituição, no ordenamento jurídico brasileiro, de modalidade de licitação de fomento.

Palavras-chave: Fomento. Terceiro setor. Parceria. Licitação.

ABSTRACT

The 1988 Constitution established several goals that should be pursued by the State in economic and social orders. This, combined with the context of managerial reform that advocates forms of indirect actions by the State in the economical field, was responsible for the uprising of the use of administrative funding in partnerships between the government and the third sector, for the provision of non-exclusive social services.

Although there has been an expressive increase in the use of social partnerships, it did not lead to the advent of an organized legal statute. It was concluded that the commands on the subject were contained in scattered laws or even infralegal documents, which not only counteracted the legal certainty on the matter, but also its normative control.

Specifically, regarding the State's need to bid, mechanisms were created to assure that the entry of third sector entities into partnerships would follow a strict code of legal procedures and ethics, since through the State's funding function those entities would receive income from public sources. The publication of the Law No. 8666 of 21 June 1993 imposed general commands on bidding and public contracts, but these commands cannot be applied to the State's partnership relations with the Third Sector and besides, are completely inadequate to regulate them. Thus, administrative legal doctrine debated about whether it was necessary or not to create a specific bidding modality.

It was concluded that a specific statute was needed, therefore, this research analyzes the ordinances of the Law no. 13019 of July 31 2014, which established the legal framework for partnerships between public administration and the third sector, especially regarding the precepts of mandatory prior public call for the selection of the entity. It is the advent, in Brazilian's legal order, of the funding bid modality.

Keywords: Funding. Third sector. Partnership. Bidding.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO E ASPECTOS METODOLÓGICOS	17
1.1 Introdução	17
1.2 Aspectos metodológicos	18
CAPÍTULO 2 - REFORMA GERENCIAL	21
2.1 Contexto da reforma gerencial	21
CAPÍTULO 3 - PARCERIAS DE FOMENTO	29
3.1 Introdução	29
3.2 Fomento – definição e características	30
3.3 Elementos e instrumentos de fomento	37
3.4 Terceiro setor – definição e características	41
3.4.1 Entidade beneficente declarada de utilidade pública e entidade beneficente de fins filantrópicos	46
3.4.2 Entidades de apoio	47
3.4.3 Serviços Sociais Autônomos	47
3.4.4 Cooperativa social	48
3.4.5 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	49
3.4.6 Organizações Sociais	50
3.5 Instrumentos de parceria	51
3.5.1 Convênio	52
3.5.2 Contrato de gestão	52
3.5.3 Termo de Parceria	53
3.5.4 Acordo de cooperação, termo de colaboração e termo de fomento	53
3.6 Parcerias e licitação	54

CAPÍTULO 4 - CHAMAMENTO PÚBLICO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA NA LEI N. 13.019/2014.....	65
4.1 Aspectos gerais e contextualização	65
4.2 Fase interna - planejamento.....	70
4.3 Abertura	75
4.4 Julgamento e classificação das propostas	78
4.5 Habilitação.....	80
4.6 Contratação direta, dispensa e inexigibilidade	85
CAPÍTULO 5 – CONCLUSÕES.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO E ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Introdução

A presente pesquisa possuiu por escopo o estudo das relações entre as entidades do chamado terceiro setor e a Administração Pública, por meio da função de fomento, abordando as alterações trazidas pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, especialmente no que toca aos requisitos para seleção da entidade a celebrar parceria com a Administração.

O trabalho foi estruturado em dois momentos, de modo que o primeiro visou analisar o contexto do florescimento das parcerias de fomento entre Administração e terceiro setor, explicando as tendências que tornaram o tema de importância central para o Direito Administrativo; enquanto o segundo pretendeu promover uma análise do texto da Lei n. 13.019/2014.

Considerou-se não ser possível conduzir adequado estudo acerca do assunto sem prévia análise do quadro geral da evolução recente do direito administrativo brasileiro, levando em conta as tentativas de mudanças de paradigmas da gestão pública, sobretudo no plano federal. Portanto, fez-se essencial o estudo da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, que pretendeu inserir uma abordagem gerencial à Administração no Brasil e influenciou de modo significativo tanto a atividade de fomento estatal quanto as relações jurídicas entre Administração Pública e entidades do terceiro setor.

Após sucinta explanação acerca da Reforma e das novas tendências por ela trazidas para nortear a atuação estatal, o terceiro capítulo elaborou estudo sobre as parcerias de fomento. A pesquisa pretendeu esmiuçar a função administrativa de fomento, bem como sua atuação junto ao terceiro setor, estudando como essas parcerias se tornaram ferramenta de importância central para a chamada intervenção social do Estado, na busca da realização de atividades de interesse público.

Findo o estudo das parcerias, levantou-se a questão principal a ser tratada na pesquisa, relativa à necessidade de realização de procedimento administrativo formal próprio para a seleção de entidade que celebrará parceria de fomento com o Poder Público.

Para responder a tal questionamento foi promovida uma análise da principiologia constitucional e das normas infraconstitucionais contidas na Lei n. 8.666, de 1993 sobre a temática. A partir de então, foram examinadas as inovações inseridas pela Lei n. 13.019/2014, especialmente no que toca à instituição do chamamento público, considerado por este trabalho como modalidade de licitação de fomento.

Cabe ressaltar que, desde a sua promulgação, a Lei n. 13.019/2014 suscitou muitas controvérsias, o que certamente justificou a extensão, por diversas vezes, de seu período de vacância. Em 14 de dezembro de 2015, a Lei n. 13.204 alterou significativamente o texto da referida lei.

O presente trabalho foi estruturado a partir da nova redação da lei, com as modificações introduzidas pela Lei n. 13.204/2015, tendo em vista que foi essa a versão que entrou em vigor.

1.2 Aspectos metodológicos

Para a execução dos objetivos pretendidos, em primeiro lugar, considerou-se importante promover amplo levantamento bibliográfico acerca do tema, tendo em vista que a licitação de fomento constituiu novidade no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, finda a investigação bibliográfica, a doutrina foi classificada de acordo com tema e importância.

Os livros considerados essenciais, utilizados para a confecção da base do presente trabalho, foram lidos mais de uma vez. A primeira leitura foi crítica, servindo para que se destacassem as ideias principais e os pontos de discordância. A segunda leitura, seguindo a lição de Eduardo Silveira Marchi,¹ foi acompanhada do fichamento, para tornar possível que, no momento da redação do trabalho, fossem retomadas as ideias, argumentos e observações decorrentes da leitura de cada obra.

Para realizar o fichamento foi utilizada a chamada ficha paráfrase-obra, consistente na paráfrase ou resumo geral da obra ou artigo lido, acompanhada de indagações, comentários e críticas.²

No decorrer dessa fase da pesquisa, algumas das obras tidas inicialmente como essenciais revelaram-se apenas secundárias, o que tornou evidente ter sido defeituosa a classificação da bibliografia. Muitos dos assuntos lidos neste momento estavam, na realidade, fora do escopo da pesquisa, e não foram aproveitados na redação final.

Ainda, para atingir os objetivos colimados, foi utilizada a combinação dos métodos dedutivo, dialético e expositivo, sendo que por meio do último foi realizada uma exposição da nova estrutura de parcerias que surge, sendo elaborada uma análise, por meio do método dedutivo, para a extração de possíveis problemas e, ainda, pelo método dialético, foram

¹ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pp. 228-234.

² MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 235.

discutidas as posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema encontrado.³

Importante ressaltar a escassez de obras na doutrina acerca da Lei n. 13.019/2014, o que se deve, por um lado, ao fato de se tratar de norma recente, e, por outro, ao fato de que seu período de vacância foi muito extenso, e às inúmeras modificações sofridas pelo texto no fim de 2015, que tornaram desatualizados os escritos sobre o tema. Referida escassez tornou necessário o uso de obras, em sua grande parte, anteriores à publicação da lei.

³ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 86-87.

CAPÍTULO 2 - REFORMA GERENCIAL

2.1 Contexto da reforma gerencial

Desde a década de 1990 o Brasil vivencia o florescimento das parcerias, que podem ser entendidas, em sentido amplo, como as convenções que ligam os poderes públicos, o mercado e as chamadas entidades da sociedade civil, incluindo associações e fundações.⁴ Especialmente no que toca às entidades da sociedade civil, essas parcerias têm sido muito utilizadas pela Administração Pública para o atingimento de finalidades de interesse público, por meio da atividade de fomento.

Para entender como se chegou a esse momento é necessária uma breve análise da trajetória da Administração Pública no Brasil.

Luiz Carlos Bresser-Pereira indica a existência de três modelos básicos de Administração do Estado: *administração patrimonialista*, típica do absolutismo, mas não exclusiva a ele, onde o patrimônio público e o do príncipe ou governante se confundem, de modo que a administração não seja pública, já que o interesse público é na verdade o interesse deste; *administração burocrática*, baseada em um serviço civil profissional, na dominação racional-legal weberiana e no universalismo dos procedimentos, expressos em normas rígidas de procedimento administrativo; e *administração gerencial*, chamada de “nova gestão pública”, que procura estender maior eficiência e eficácia à Administração,⁵ mas sem superar necessariamente a estrutura de administração burocrática que, em essência, também contém inúmeros mecanismos de valorização da eficiência, da meritocracia e da impessoalidade.

No Brasil, a partir de 1930, a Reforma Burocrática pretendeu romper com o patrimonialismo. Ao longo dos anos, o emprego de técnicas burocráticas no Direito Administrativo representou significativo avanço, mesmo que o país ainda lute contra condutas patrimonialistas enraizadas.

Aplicando a concepção weberiana, a Reforma Burocrática visou assegurar a especialização, o treinamento racional, com competências ordenadas através de leis ou regulamentos, hierarquia e carreira, vitaliciedade do cargo, treinamento especializado e divisão de trabalho.⁶ Com isso, a intenção era assegurar uma atuação administrativa homogênea,

⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, vol. 34, 2000. p. 16.

⁶ ALCANTARA, Christian Mendez. *O modelo gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 26.

subordinada à lei e impessoal,⁷ que superasse o patrimonialismo. O intuito, portanto, era de transportar os valores do Estado de Direito e da democracia do plano constitucional para o plano operacional do Estado.

Para Adilson Abreu Dallari, a inversão na pirâmide demográfica brasileira observada a partir da década de 60 fez que a população urbana passasse a predominar em relação à população rural, e, sendo a população urbana muito mais reivindicativa e consciente de seus direitos, e considerando-se que os serviços se concentram nas cidades, que geram demandas que não existem no espaço rural, a Administração Pública se viu obrigada a atender um número expressivamente maior de pessoas e de demandas.⁸

Isso acarretou franca expansão das funções econômicas e sociais do Estado, que assumiu para si diversas atribuições, passando a exercer novas atividades. Algumas dessas atividades foram assumidas sob o rótulo e o regime de serviço público, quer econômico, quer social, sendo desempenhadas por meio de empresas estatais, autarquias e fundações. Outras, de natureza econômica, o Estado passou a desempenhar a título de intervenção direta por participação no mercado ou por absorção (monopolização), utilizando-se de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob seu controle acionário. Por fim, algumas atividades de relevância social foram deixadas na esfera do privado, limitando-se o Estado apenas a fomentá-las.⁹

As duas primeiras formas de atuação do Estado causaram grande inchaço da máquina pública, chegando a haver, inclusive, uma crise no conceito de serviço público, causada por sua desmesurada expansão.¹⁰ Significa dizer que a inclusão exagerada de atividades no conceito de serviço público, especialmente quando não relacionadas ao atendimento do interesse coletivo, fez que este perdesse em precisão e utilidade. Como exemplo, pode-se citar a participação direta do Estado no mercado de seguros, bancos, espaço aéreo e indústria de alimentos.¹¹

Nesse panorama, acumularam-se gastos estatais, o que resultou em endividamento público, suposta falência de serviços sociais e assistenciais, déficit de infraestrutura essencial ao desenvolvimento socioeconômico e diversos outros problemas. Além disso, a adoção da

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 213.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 423.

¹¹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 55.

burocracia pela Administração Pública mostrou-se incapaz de conter por completo o patrimonialismo e a corrupção. Paralelamente, novos problemas foram gerados pela própria burocracia, os quais que passaram a conviver com os advindos da administração personalista.¹² Foi nesse cenário que tomou impulso, no Brasil, a Reforma Gerencial promovida na década de 1990.

No ordenamento jurídico nacional, a tendência, quase universal,¹³ de reforma do aparelho administrativo do Estado toma impulso a partir da década de 90, especialmente com a elaboração do chamado Plano Diretor da Reforma do Estado, aprovado em 1995. As ideias contidas no plano foram parcialmente aplicadas na Emenda Constitucional n. 19/1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa. Elas também se refletiram na Emenda Constitucional n. 20/1998, que trata da reforma da previdência, e na edição de inúmeras novas leis, como a referente aos entes do terceiro setor, agências reguladoras federais, concessões, entre outras.

A Reforma exigia que a Administração fosse, simultaneamente, mais transparente e eficaz; participativa e imparcial; legal e eficiente; razoável e equitativa; com escolhas baseadas no consenso e objetivando melhores rendimentos.¹⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a intenção do plano era transformar a administração pública burocrática, rígida e ineficiente em uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.¹⁵

Já Irene Nohara defende que o Plano Diretor possuía objetivo, na verdade, de preparar o Estado para enfrentar a crise que ameaçava as economias em escala mundial, e em tese, proporcionar maior competitividade ao país num cenário de intensificação da integração regional e, principalmente, global, sendo a solução encontrada a implementação do modelo gerencial.¹⁶

As ideias básicas da Administração Gerencial incluem a definição de metas a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração indireta; a outorga de maior autonomia, tanto administrativa quanto financeira e gerencial, a tais entidades para tornar

¹² MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 22-23.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 133.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

¹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. 2011. 268 fls. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 1.

possível o cumprimento das metas; e a substituição dos controles formais, que se ocupam apenas dos meios, por um controle acentuado de resultados, que leve mais em consideração a efetividade dos resultados obtidos.¹⁷ Assim haveria, nas palavras de Adilson Abreu Dallari, “autonomia com responsabilidade”.¹⁸

Com isso, o Estado deixaria progressivamente de ser prestador direto de serviços públicos para passar a ser gerenciador de inúmeras atividades, que seriam transferidas ao setor privado, num movimento de privatização ou desestatização,¹⁹ o que significa, para Odete Medauar, uma maior autonomia para a sociedade na determinação de seu próprio destino, com menor presença estatal.²⁰

Entre os objetivos das privatizações, pode-se destacar a redução do rol de atividades do Estado, a diminuição da despesa pública, o aumento da qualidade, pela introdução de mecanismos de concorrência, e a viabilização da economia através do empresariado privado. Com isso, o Estado se tornaria cada vez mais especializado, focado nas atividades de gestão, controle e incentivo²¹ A crença é de que o Estado, uma vez despido das atividades que possam ser bem desempenhadas no plano privado, seja mais eficiente na prestação daquelas que lhe são essenciais e exclusivas.

Porém, o argumento central na defesa das privatizações – eficiência – não é aceito sem questionamentos.

Interessante questão levantada por Carnota e Vilela²² é a de que não se pode tratar, no âmbito da Administração Pública, de uma eficiência meramente econômica, mas antes de uma eficiência social. E a eficiência social demanda que determinados serviços básicos continuem sendo prestados em regime de igualdade de acesso, de forma universal e seguindo determinados padrões de qualidade. Dessa forma, parece inevitável deduzir que os meios privados de gestão não podem ser aplicados indistintamente à Administração.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, 2006. p. 22.

¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 211-231. p. 218.

¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 353.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 103.

²¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 12-13.

²² CARNOTA, Enrique Gómez-Reino; VILELA, Fernando Adolfo de Abel. Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 203-204.

Dessa forma, é possível defender que as propostas da Reforma Administrativa entraram em choque com forças opostas, pois ao procurarem modificar o papel do Estado de prestador direto de serviços públicos para gerenciador de atividades progressivamente transferidas ao setor privado (por meio de delegação ou mesmo privatização), haveria um conflito com noções refratárias que reiteravam a necessidade de se prosseguir com um modelo de Estado prestador de serviços públicos, de modo a evitar que com o movimento de “desmonte burocrático” ocorresse também um retrocesso em matéria de direitos constitucionalmente assegurados.²³

De fato, o processo de desestatização não pode deixar o administrado desamparado, de modo que o Estado precisa conservar a orientação do atendimento do interesse geral em segmentos relevantes,²⁴ não sendo possível sacrificar tal interesse em nome de uma suposta eficiência.

Com a Reforma, Estado mantém as mesmas funções administrativas de antes – serviço público, polícia, intervenção e fomento -, porém com novas prioridades, nova política pública e forma de gestão.²⁵

O serviço público prestado diretamente pelo Estado passa a abrir espaço para as delegações ao particular sob variadas formas jurídicas. A intervenção estatal direta na economia é substituída, com a devolução das atividades à iniciativa privada, pelo fortalecimento do papel regulador e fiscalizador. A prestação de serviços públicos sociais pelo Estado é suplantada gradativamente pela noção de serviços de interesse público, prestados por particulares com o auxílio do Estado, diminuindo a prestação pelo Estado e aumentando a atividade de fomento.²⁶

Deve-se ressaltar que privatização – ou desestatização -, aqui, deve ser entendida como um conceito ou processo em aberto, que assume diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos.²⁷ A partir desse pressuposto, é lícito reconhecer que a qualquer

²³ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. 2011. 268 fls. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 3.

²⁴ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Privatização e eficiência. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 241.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 428.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 429.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

momento possam surgir novas técnicas privatizantes, sendo esse justamente o caso das parcerias com o terceiro setor firmadas pelo Estado por meio da função de fomento, que a Lei n. 13.019/2014 pretende disciplinar.

O fomento é tido por Jordana de Pozas como a via média entre a inibição e o intervencionismo estatal.²⁸ Trata-se de uma atuação por incentivo ou indução, que não envolve o manejo de autoridade, sendo a forma de intervenção mais branda na economia. A partir de um incentivo, é gerado um benefício que estimula o agente econômico a executar a conduta visada pelo Poder Público,²⁹ por ser considerada como de utilidade pública.

O Estado contemporâneo possui grande acúmulo de objetivos, os quais precisam ser conjugados ao atendimento do interesse público. Isso o obriga a partilhar da proteção desse interesse com os particulares, numa atuação dirigista na ordem econômica.³⁰ Busca-se, dessa forma, diminuir o aparelhamento administrativo sem abandonar os interesses que devem ser protegidos ou promovidos pelo Estado. Para atingir esse escopo, as parcerias constituem valioso instrumento.

As parcerias se inserem num vetor de evolução do Direito Administrativo atual, correspondente à tendência de substituição de mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos “de império” – por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa.³¹

Numa visão interessante sobre o tema das privatizações, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que o Estado *precisa se privatizar para se republicizar*, visto que quando o Estado atua na ordem econômica, competindo com a sociedade, afasta-se do exercício regular de seu poder coercitivo, perdendo suas características públicas, que lhes são próprias, para perseguir interesses privados.³²

Chama-se atenção para o fato de ser distinto o movimento privatizante do movimento chamado de “fuga para o direito privado”. Na privatização, a Administração rompe genuinamente seu vínculo com a atividade, que passa a pertencer ao setor privado. Não é o que ocorre na fuga para o direito privado, em que a Administração adota as formas de organização

²⁸ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. p. 46.

²⁹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-409.

³⁰ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 26.

³¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 337.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 9, 2014. p. 2.

ou de atuação jurídico-privadas, em certos casos com o intuito de se esquivar do regime jurídico administrativo a que estaria sujeita.³³

Muitas vezes, infelizmente, as parcerias são utilizadas pelo administrador público no intuito de fugir para o regime privado, que lhe permite atuar com mais liberdade, ou seja, sem as sujeições que caracterizam o regime jurídico administrativo.

Impõe-se reconhecer que a Reforma preparou o terreno para que muitas ideias interessantes germinassem. Contudo, ela não está – e nem deveria estar – acima de críticas.

Luiz Carlos Bresser-Pereira declarou que, desde 1997, já era claro que a Reforma Gerencial havia sido um sucesso tanto no plano cultural quanto institucional e que “A ideia da administração pública gerencial em substituição à burocrática havia-se tornado vitoriosa”.³⁴ Discorda-se de tal posicionamento, que se equivoca ao declarar, prematuramente, a substituição do modelo burocrático pelo gerencial no Brasil, o que não ocorreu de pleno. Tal afirmação é mesmo contraditória ao próprio Plano de Reforma do Aparelho do Estado, no qual se declarava de modo expresso que o intuito maior da reforma jamais foi o de substituir o modelo burocrático, preenche de institutos favoráveis à eficiência e ao combate do patrimonialismo, senão aprimorá-lo em vários aspectos.

Não somente por esse propósito, mas igualmente pela recente história do direito administrativo brasileiro, defende-se não ser possível afirmar que a administração pública gerencial suplantou totalmente o modelo burocrático no Brasil.

De todo modo, o artigo 37 da Constituição Federal, com a redação recebida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, teve acrescido o princípio da eficiência ao lado dos demais originalmente existentes.³⁵ Com essas e outras mudanças, flexibilizou-se a rigidez do modelo burocrático em favor de um aumento na eficiência da atuação administrativa, sem, contudo, eliminar totalmente seus fundamentos burocráticos.

Ademais, é válido ressaltar a crítica feita por Irene Nohara, no sentido de que muitos dos valores prezados pelo Direito Administrativo não podem ser alcançados com a implosão dos pressupostos burocráticos, em especial dos que direcionam a prática administrativa à especialização, ao profissionalismo e à meritocracia, legados do princípio republicano.³⁶ Dessa

³³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, vol. 34, 2000. p. 9.

³⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Terceirização de Serviços na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 3, 2013. p. 2.

³⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia Reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 349.

forma, seria possível adaptar a burocracia às novas demandas da sociedade, no que a professora chama de “burocracia reflexiva”.

Considera Nohara que muitos dos meios utilizados na reforma seriam inadequados, por desconsiderarem os objetivos maiores do Estado brasileiro, deslegitimando o regime jurídico administrativo. Na realidade, a adoção dos citados meios teria sido orquestrada pelas determinações de organismos financeiros internacionais, no auge de seu período de influência na América Latina.³⁷

À guisa de conclusão, pode-se constatar que ainda não se sabe quando a fase de transição do direito administrativo brasileiro cederá lugar à estabilidade. O fato é que, no atual momento, convivem vários modelos de gestão pública, o que suscita incontáveis conflitos jurídicos. O patrimonialismo sobrevive, mesmo combatido pelas técnicas burocráticas. Além disso, a Reforma Gerencial também não parece capaz de realizar totalmente seu objetivo inicial, de aprimorar o modelo burocrático e afastar institutos malsucedidos.³⁸

Cabe, no escopo do presente trabalho, analisar os desdobramentos dessas mudanças de paradigmas no âmbito da função administrativa de fomento, que sofreu grande evolução e tornou-se uma das mais importantes ferramentas na busca da consecução do interesse público, por meio das parcerias celebradas pelo Poder Público.

³⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia Reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 360-361.

³⁸ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo, Almedina, 2014. p. 25.

CAPÍTULO 3 - PARCERIAS DE FOMENTO

3.1 Introdução

O Estado pode atuar de diversas maneiras para intervir na ordem econômica e direcioná-la aos fins públicos que por ele devem ser protegidos por força do texto constitucional. Essa intervenção pode se dar por meio da monopolização da atividade, do exercício de atividades econômicas por empresas estatais, da sujeição da atividade ao regime de serviço público, da normatização ou regulação da atividade, até, por fim, do fomento.³⁹

Diante de todo o exposto no capítulo anterior, é forçoso reconhecer que houve uma alteração de paradigma na relação entre Estado e sociedade. A partir da Reforma, observou-se uma redução da atuação estatal direta na economia, com consequente fortalecimento das formas de atuação indireta.⁴⁰ Essa redução, vale dizer, não foi revertida ao longo do governo que se instaurou a partir da década de 2000, como mostram novas iniciativas de legislação de fomento e a manutenção das privatizações em vários setores.

Quando atua indiretamente, o Estado não assume a atividade econômica em si, mas atua fomentando, regulamentando, monitorando, mediando, fiscalizando e planejando. São ações estatais que influenciam – por indução ou coerção – a ação dos atores privados de determinado segmento da economia. Verifica-se, assim, uma mudança qualitativa na forma de intervenção estatal.⁴¹

Ganha ênfase o princípio da subsidiariedade, que, segundo entendimento de Leandro Marins de Souza, possui como ideia central a valorização dos direitos individuais, garantindo autonomia de ação à iniciativa privada.⁴²

Dessa forma, o Estado deve respeitar a livre iniciativa, deixando que desempenhe as atividades que tenha condições de executar sozinha, mas subsidiando-a quando for deficiente. Com isso, desenvolve-se a ideia de partilhar com o particular a proteção ao interesse público.⁴³

³⁹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 406.

⁴⁰ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 444-445.

⁴¹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 407.

⁴² SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 430-432.

Isso se faz por meio da técnica de fomento, instrumento de intervenção estatal indireta na economia, que permite a satisfação de necessidades e interesses públicos com mínima restrição na liberdade e propriedade privada.⁴⁴ Com o seu emprego, atende-se tanto ao escopo da desestatização, com diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como ao interesse público, que não poderia ser deixado de lado pelo administrador público.

O fomento é utilizado pela Administração visando a proteção ou promoção de seu objeto, o que resulta indiretamente na satisfação de necessidades públicas. Trata-se de uma atuação indireta porque a administração fomentadora não realiza diretamente a finalidade pretendida. Também, ela não limita a liberdade dos administrados nem impõe coercitivamente que façam ou deixem de fazer, tampouco cria serviço público para prestar diretamente a atividade. Quem realiza a atividade é o agente fomentado, quando adere voluntariamente aos propósitos da Administração, seduzido pelas vantagens e incentivos oferecidos.⁴⁵

3.2 Fomento – definição e características

Segundo clássica lição de Jordana de Pozas, a atividade de fomento público pode ser definida como a ação da administração destinada a proteger ou promover atividades, estabelecimentos ou riquezas, devidos aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou de utilidade geral, sem usar de coação nem criar serviços públicos.⁴⁶ Destaca-se, nessa definição, o fato de se tratar de uma atividade consensual, voltada a satisfazer necessidades públicas. Esse é o ponto central, repetido basicamente em todas as definições posteriores.

Para o mesmo autor, o fomento público se distingue perfeitamente da atividade de polícia, pois enquanto a polícia visa “prevenir e reprimir”, o fomento “protege e promove”, sem usar da coação. Além disso, a função se distingue também do serviço público, pois neste a Administração satisfaz a necessidade pública de maneira direta, enquanto no fomento o faz somente de maneira indireta, sem titularizar a atividade.⁴⁷

Enquanto Jordana de Pozas delimita o conceito de fomento por exclusão – não é polícia nem serviço público -, em publicação mais recente, Floriano de Azevedo Marques Neto o define como “atividade de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou

⁴⁴ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 405.

⁴⁵ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31.

⁴⁶ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. p. 46.

⁴⁷ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. p. 46.

vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado”.⁴⁸ Encontra-se presente mais uma vez a ideia de persuasão, deixando claro que a atividade depende do consenso.

Rafael Valim, também em busca de uma definição restrita e em termos positivos, entende a atividade de fomento como “a transferência de bens e direitos em favor de particulares, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem à satisfação direta ou indireta de interesses públicos”.⁴⁹

Depreende-se das duas últimas definições que os autores não aceitam a ideia de fomento entre entes públicos, considerando que o fomento somente se caracteriza quando direcionado ao incentivo de particulares.

No que toca a esta questão, não há consenso na doutrina. Alguns doutrinadores, como Fernando Garrido de Falla⁵⁰ e Célia Cunha Mello⁵¹ admitem também a possibilidade de o fomento se dirigir a outro ente da Administração, e não somente a um particular. Outros, como Jordana de Pozas⁵², Floriano de Azevedo Marques Neto⁵³ e Rafael Valim⁵⁴ não aceitam tal possibilidade, considerando intrínseco ao próprio conceito da atividade que ela seja direcionada a particulares.

Apesar de se concordar com a segunda posição, segundo a qual o fomento público não se caracteriza quando dirigido a outro ente estatal, a questão não será aprofundada neste momento.

A função de fomento busca, então, satisfazer de maneira indireta os interesses públicos que a Constituição confia ao Estado. Entretanto, não é fácil delimitar a atividade de fomento com relação às demais atividades estatais, tendo em vista que toda forma de atuação estatal envolverá, em alguma medida, o desejo de promover determinado fim público, sem que, necessariamente, caracterize-se o fomento.⁵⁵ Faz-se importante, então, aprofundar o debate sobre os elementos essenciais do conceito.

José Vicente Santos de Mendonça indica seis principais características do fomento: (i) trata-se de atividade exercida sem coerção; (ii) o particular não é obrigado a aderir a ela; (iii)

⁴⁸ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). pp. 408-412.

⁴⁹ VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 56.

⁵⁰ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, v. II. p. 134.

⁵¹ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32.

⁵² POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. p. 46.

⁵³ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-415.

⁵⁴ VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 57.

⁵⁵ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-413.

não se trata de liberalidade pública; (iv) é seletivo, porém não injustificadamente anti-isonômico; (v) é unilateral; (vi) é, em princípio, transitório.⁵⁶

A consensualidade é uma característica intrínseca ao conceito de fomento e consta dos dois primeiros itens apontados acima. Como dito anteriormente, significa que a Administração não usa de coerção para obrigar o agente fomentado a realizar a atividade, ela oferece incentivos, que podem ser aceitos ou não.

Conquanto o fomento seja baseado no consenso, é preciso cuidado ao identificar o momento em que esse consenso se manifesta.

Uma vez que o agente fomentado tenha aderido aos propósitos da administração fomentadora, ele se torna vinculado aos fins públicos pretendidos, pois eles justificam as vantagens ou privilégios outorgados.⁵⁷

Além disso, o consenso se refere à opção conferida ao agente fomentado, e não ao Estado, que sempre está vinculado aos fins públicos, o que muitas vezes ocorre até mesmo por força de lei, como é o caso da Lei Complementar n. 123, de 2006, que obriga a Administração a implementar instrumentos de fomento às micro e pequenas empresas.⁵⁸

O consenso é traço típico do fomento, mas não é suficiente para, por si só, delimitar a atividade das demais exercidas pelo Estado. É preciso ressaltar também que o fomento não configura uma doação de direito público, nem mesmo quando é outorgado sob a forma de subvenções. Falta-lhe a característica essencial das doações, o *animus donandi*, pois a Administração fomentadora não está simplesmente doando uma quantia em dinheiro ao particular, ela o faz em prol do desempenho de determinada atividade.⁵⁹

Ainda, o fomento não é auxílio econômico geral, mas ajuda concentrada em setores ou perfis específicos. Auxílios concedidos sem objeto econômico definido ou simplesmente em razão da condição objetiva do beneficiado – ser pobre, por exemplo – não se caracterizam como fomento, mas sim como benefícios assistenciais. A unilateralidade do fomento, por sua vez, advém do fato de que a Administração não pode exigir o cumprimento específico do ato fomentado, somente fiscalizar e controlar sua execução e, caso a atuação não seja a contento,

⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009. p. 5.

⁵⁷ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 30.

⁵⁸ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-423.

⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009. p. 6.

recuperar o valor, podendo até aplicar uma multa ou sanção administrativa, mas sem poder impor diretamente o exercício da atividade ao particular.⁶⁰

Com relação à transitoriedade, há quem defenda que seja característica do fomento, e há quem defenda que não seja essencial.

Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, não considera a transitoriedade uma característica essencial do fomento, admitindo que programas de fomento sejam moldados com objetivo de permanência, prevendo instrumentos contínuos. O que determinaria a transitoriedade ou não do fomento seria a disponibilidade de recursos e os fins visados.⁶¹ Contudo, não se concorda com tal posicionamento.

Considera-se mais acertada a posição de José Vicente Santos de Mendonça, para quem sustentar a transitoriedade do fomento chega a ser uma medida de moralidade administrativa, especialmente tendo em vista o histórico do país. Além disso, a transitoriedade resultaria da própria constatação de o fomento se tratar de uma ajuda a uma atividade privada, pois caso a ajuda fosse permanente, a atividade deixaria de ser privada para se tornar alguma figura híbrida, constitucionalmente inaceitável.⁶²

Aqui, sim, seria até mesmo possível enxergar a ocorrência de fuga para o direito privado, pois se a atividade não é sustentável sem a ajuda estatal, e se é tão importante que sua prestação não possa ser interrompida, talvez devesse estar na seara do serviço público, de modo que o fomento nessa situação não passaria de uma maneira de terceirizar uma atividade que deveria ser titularizada pelo Estado. Dessa forma, o fomento precisa ao menos tender à transitoriedade.

O fomento configura, então, uma função administrativa, definida por Célia Cunha Mello como toda atividade realizada pelo Estado, ou por quem aja em seu nome, no interesse de outrem, visando a atender alguma finalidade prevista pelo ordenamento jurídico.⁶³

Apesar de ser cediço que se trata de uma função administrativa, não é possível encarar o conceito de fomento de maneira estática, tendo em vista que evolui junto do Estado, da Administração e da própria sociedade.

⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009. pp. 6-8.

⁶¹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-436.

⁶² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009. p. 8.

⁶³ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27.

A noção primitiva de fomento foi formulada na primeira metade do século XIX, na Espanha. À época, toda atividade exercida pelo Estado era considerada polícia, de modo que o que hoje é denominado fomento se caracterizava como uma polícia “de bem-estar”. Depois, veio a original concepção de Jordana de Pozas, transformando o significado do conceito e marcando-o com o nome “fomento”, que deixa de ser visto como uma atividade-fim do Estado,⁶⁴ tornando-se, assim, um atividade-meio, um instrumento para a consecução do interesse público.

Inicialmente, com o Estado liberal, a função de fomento tinha por objetivo principal impulsionar o desenvolvimento econômico do país por meios indiretos.⁶⁵ Contudo, com o advento do Estado social, multiplicaram-se os interesses a serem protegidos, não se falando mais em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil.⁶⁶ Isso acarretou profunda transformação na utilização do fomento público, tendo em vista que, a partir de então, passou a atuar também da área dos serviços sociais.

Essa transformação ocorreu também no Brasil. Tal assertiva se comprova a partir de uma simples busca na história das Constituições do país, com análise dos resultados relevantes obtidos com a pesquisa das palavras-chave “fomento”, “incentivo”, “subvenção” e “auxílio” em seus textos.

A Constituição Imperial de 1824 foi primeira do Brasil, possuindo características contraditórias em seu conteúdo, pois em seu texto inicial mostrava claramente a face do liberalismo, mas o texto outorgado pelo Imperador referendava o absolutismo, estampado na competência deferida ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados – no chamado “Poder Moderador” - em solene violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo.⁶⁷ Dessa forma, não havia menção a nenhuma medida de fomento, e nenhuma das palavras-chave foram encontradas nesse texto constitucional.

A Constituição de 1891, a primeira da república, por sua vez, pretendeu coroar o liberalismo no Brasil, objetivando neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e

⁶⁴ ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967, pp. 55-59.

⁶⁵ ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967, p. 55.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 21.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 95.

distanciar, tanto quanto possível, o Estado da sociedade, como era axioma do liberalismo.⁶⁸ Dessa forma, não é surpresa que a única menção às medidas de fomento é feita com intuito de proibir a subvenção de cultos ou igrejas, no artigo 11.

Já na Constituição de 1934, as preocupações sociais ganham preeminência, consagrando alguns preceitos do *Welfare State*.⁶⁹ Aqui, é possível encontrar previsão de fomento econômico no artigo 117:

Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

A primeira medida de fomento social prevista, contudo, consta do artigo 157, que prevê a criação de fundos de educação para promover auxílio a alunos necessitados:

Art 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.
 § 2º: Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.

A Constituição de 1937, por sua vez, assimilou muitos elementos da vaga autoritária que assolava a Europa na época. Aqui, a organização foi favorecida em detrimento da participação, que se tornou tão limitada que passou a ser exclusiva do Presidente, o que, para Paulo Bonavides e Paes de Andrade tratava-se de mero eufemismo para o que se deveria chamar propriamente de ditador.⁷⁰

O texto manteve a previsão de fomento econômico já contida no texto de 1934:

Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Não houve, contudo, nenhum resultado relevante no que toca ao fomento social.

A Constituição de 1946, do ponto de vista ideológico, traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 249.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 319.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. pp. 331-332.

foi recuperada da Constituição de 1934.⁷¹ Porém, não foi possível encontrar nenhuma menção relevante às medidas de fomento no texto constitucional.

Na Constituição de 1967, os militares, sob o pretexto de assegurar a segurança nacional, conferiram amplos poderes ao Executivo e ao Presidente da República. Tratava-se de uma Constituição autoritária, que abriu margem a grande arbítrio no exercício do poder.⁷² Foi possível encontrar previsão de medida de fomento econômico, destinada a estimular a industrialização dos produtos do solo e do subsolo:

Art. 19: Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

§ 8º: A União, os Estados e os Municípios criarão incentivos fiscais à industrialização dos produtos de solo e do subsolo, realizada no imóvel de origem.

Ainda, em seu artigo 171, a Constituição de 1967 previu que o Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se efetivamente uma nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares da ditadura.⁷³ Foram extirpadas as previsões contidas na Constituição anterior, e não houve a inserção de nenhum resultado relevante no texto modificado.

Dessa forma, fácil notar que, apesar de haver esparsas menções ao fomento econômico, o fomento social aparece somente na Carta de 1934. Esse panorama muda radicalmente com a Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 impôs ao Estado o dever de incentivar os valores sociais imprescindíveis a fundamentar o progresso integral do homem na sociedade.⁷⁴ Com isso, ampliou-se sobremaneira o espaço de atuação da função pública de fomento.

As previsões constitucionais acerca do tema são as seguintes: o artigo 7º, inciso XX, prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; o artigo 43, prevê a possibilidade de a União atuar para diminuir as desigualdades regionais; no mesmo sentido o artigo 151 permite a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do país; o artigo 151, determina que cabe a lei complementar regular a forma como incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 200.

⁷² VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 16, jul-dez 2010. p. 183.

⁷³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 443.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 583.

revogados; o artigo 165, parágrafo 2º, indica que a política de aplicação das agências de fomento oficiais será prevista pela lei de diretrizes orçamentárias; o artigo 179, determina tratamento jurídico diferenciado às micro e pequena empresas; o artigo 180, comanda o incentivo do turismo como fator de desenvolvimento social e econômico; o artigo 187, traz o incentivo à pesquisa e tecnologia na área agrícola; artigo 199, proíbe auxílios e subvenções na área da saúde para entidades com fins lucrativos (permitindo, *contrario sensu*, caso não haja finalidade de lucro); o artigo 205, trata da promoção e do incentivo da educação; o artigo 213, determina o fomento às atividades de pesquisa e extensão; o artigo 215, incentiva a valorização e difusão das manifestações culturais; o artigo 216, prevê a faculdade de vinculação da receita dos Estados e do Distrito Federal para a criação de fundo de fomento à cultura; o artigo 216-A, trata do fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; o artigo 217, aduz ser dever do Estado fomentar as práticas desportivas; o artigo 218, traz a possibilidade de Estados e Distrito Federal vincularem parte de suas receitas orçamentárias à entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; o artigo 219, trata de incentivar o mercado interno; o artigo 227, prevê estímulos ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Como se não bastasse, o artigo 170 da Constituição ainda traz os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado na ordem econômica, que apenas excepcionalmente podem ser buscados por meio da intervenção direta do Estado. Tudo isso abre espaço para o fomento estatal, que permite ao Estado desenvolver atividades econômicas que ensejam externalidades positivas para a sociedade, guiando a ordem econômica para os fins visados pela Constituição.⁷⁵

3.3 Elementos e instrumentos de fomento

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, o estudo do fomento passa pelos quatro principais elementos que o compõem: seu objeto, seu agente, suas contrapartidas e seus mecanismos.⁷⁶

O objeto fomentado é aquilo que a Administração pública visa proteger ou promover com seu fomento.⁷⁷ O fomento pode ter por destinatário um setor ou um grupo determinado.

⁷⁵ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-409.

⁷⁶ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-429.

⁷⁷ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29.

Muitos autores classificam o fomento de acordo com o seu objeto, como faz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que classifica o fomento em social, econômico e institucional.⁷⁸ As parcerias com o terceiro setor se dão a partir do fomento social. De todo modo, o fim do fomento será incentivar o objeto escolhido, tornando mais atrativa uma atividade privada que pode não o ser, mas que gera externalidades positivas para a sociedade.

Uma externalidade é definida, em economia, como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam daquelas ações”.⁷⁹ Quando esse impacto é positivo, a externalidade se denomina positiva, e é justamente esse tipo que o governo visa incentivar quando concede o fomento público.

O fomento, quando concedido pelo Estado, foca-se nas atividades que geram externalidades positivas que são apropriadas pela sociedade, visando torna-las mais atrativas – já que muitas vezes não o são. A ação estatal é estruturada de modo a identificar, num universo de condutas igualmente válidas e juridicamente permitidas, uma conduta específica que, por gerar essas externalidades, entende-se que deve ser incentivada.⁸⁰

É importante, portanto, delimitar que a atividade econômica, para poder ser objeto de fomento, deve ser compatível com uma política pública. Não é necessário que haja um dispositivo legal erigindo a atividade como de relevância pública, mas o fomento precisa ter clara relação com um interesse coletivo que justifique a disponibilização de recursos.⁸¹

O agente ativo do fomento estatal é o Estado, mas nada impede que particulares também exerçam fomento, pois não se trata de atividade exclusiva do Estado, pela Constituição. É costumeiro, por exemplo, que fundações desenvolvam fomento de pesquisa.

O sujeito passivo do fomento é o agente fomentado, que efetivamente realiza a atividade, recebendo incentivos para tanto. Sendo o fomento estatal, o agente fomentado receberá incentivos do Estado. Como já citado anteriormente, alguns autores admitem que o agente fomentado seja um ente público, outros defendem que somente os particulares podem ser agentes do fomento. No entanto, é preciso considerar que o Estado age em forma privada, seja por sociedades, seja por entidades sem fins lucrativos, como fundações. Além disso, supõe-se que a atuação direta do Estado na economia por suas empresas decorre de um interesse

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 585.

⁷⁹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. 6ª ed. Norte-Americana. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 184.

⁸⁰ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-410.

⁸¹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 432.

coletivo ou motivo de segurança nacional, conforme redação do artigo 173 da Constituição Federal, motivo pelo qual não haveria razão para diferenciar duas empresas que atuam no mesmo setor em relação a uma linha de fomento pelo fato de apenas uma delas ser parcial ou totalmente titularizada pelo Estado.

Importante ressaltar que pode haver um descolamento entre o agente que executa o fomento (recebendo para tanto os incentivos) e o destinatário final da ação, que com ela visa-se beneficiar.

As contrapartidas são as exigências que podem ser feitas pela administração fomentadora quando da concessão do incentivo. O ente público fomentador pode exigir, por exemplo, garantias, ou mesmo o cumprimento de algumas obrigações por parte do agente de fomento, com objetivo de assegurar a efetividade da medida e a adequação do uso dos recursos públicos disponibilizados.⁸²

A previsão de contrapartidas não afasta o caráter essencialmente consensual do fomento, nem mesmo caso sejam previstas sanções em consequência do descumprimento dessas obrigações, pois, após consentir com o fomento estatal, o agente se vincula aos propósitos da administração fomentadora.

Os mecanismos do fomento estatal dizem respeito aos instrumentos por meio dos quais o fomento pode se realizar.

Jordana de Pozas classifica os meios ou formas de que pode se revestir a ação administrativa de fomento em positivos e negativos. Os meios positivos são os que outorgam prestações, bens ou vantagens, significando verdadeiros privilégios, usados na busca da consecução da justiça distributiva. Os meios negativos são os obstáculos ou cargas criadas para dificultar por meios indiretos as atividades contrárias aos que o governante deseja fomentar,⁸³ de modo que, por via indireta, a atividade fomentada passa a ser mais atrativa.

Outra classificação indicada pelo mesmo autor é a que distingue os meios de fomento entre honoríficos, econômicos e jurídicos.

Os meios honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público e proclamação de um ato ou conduta exemplar. O objetivo principal aqui é o enaltecimento social do beneficiado. Assim, estimula-se a atuação premiada, na medida em que a conduta será observada na esperança de obtenção da honra outorgada. Os

⁸² KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-461.

⁸³ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. p. 51.

meios de fomento econômicos são todos aqueles que, de modo direto, determinam a percepção de um montante ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Por fim, os meios de fomento jurídicos se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada, que de modo indireto represente uma vantagem econômica ou de seguridade.⁸⁴

Célia Cunha de Mello admite também a existência de meios psicológicos de fomento, ao lado dos três anteriormente citados.⁸⁵ Esses meios consistiriam basicamente em propaganda. Contudo, Mariano Baena de Alcázar, em posição mais acertada, discorda da possibilidade, já que não enxerga na propaganda a existência de estímulo ou ajuda, sendo ainda muito discutível que a propaganda seja uma atividade de interesse do Direito Administrativo.⁸⁶

Na mesma linha segue José Vicente Santos de Mendonça. O autor cita o exemplo da campanha institucional feita nos Estados Unidos nos anos 90, custeada pelo erário, visando estimular o consumo de leite. Apesar de a campanha ter alcançado bons resultados, é discutível a existência de algo de jurídico nela, já que se trata de uma simples sugestão de consumo, sendo por demais vaga para ser considerada um estímulo juridicamente relevante,⁸⁷ e, portanto, um meio de fomento.

O grupo destinatário do fomento pode ser formado por aqueles em situação de desvantagem, precariedade ou vulnerabilidade, que exigem atuação diferenciada do Poder Público, como as cooperativas e micro e pequenas empresas; ou por aqueles cuja atuação promove fins públicos ou sociais relevantes,⁸⁸ como é o caso do terceiro setor.

Com a remodelação sofrida pela função pública de fomento a partir da Reforma, as parcerias celebradas com as entidades do terceiro setor tomaram importância central, especialmente no que toca à prestação dos chamados serviços sociais não exclusivos do Estado.

Serviços sociais são aqueles que atendem a necessidades coletivas essenciais, como a saúde, a previdência, assistência e educação, previstos pela Constituição como dever do Poder Público, embora sem caráter de exclusividade, tendo em vista que admitem, expressamente, sua execução pela iniciativa privada. Dessa forma, é aberto um leque de possibilidades na prestação desses serviços, que podem ser prestados como atividade privada com finalidade lucrativa,

⁸⁴ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949. pp. 52-53.

⁸⁵ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 91.

⁸⁶ ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967. pp. 70-71.

⁸⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009. p. 9.

⁸⁸ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408-431.

como serviço público e, finalmente, como atividade privada de interesse público. No último caso, é prestada por particulares, porém com variadas formas de fomento pelo poder público.⁸⁹ Aqui entra o chamado terceiro setor.

3.4 Terceiro setor – definição e características

Desde o século XVI existem no Brasil instituições de assistência a pessoas carentes, orientadas por fins filantrópicos, influenciadas pelo modelo português das Casas de Misericórdia, baseadas em ações caritativas.⁹⁰ Trata-se da germinação terceiro setor ainda enquanto ideia, com valores de solidariedade e da iniciativa individual em prol do bem público.

Nas décadas de 70 e 80, com a paulatina redemocratização do Estado brasileiro, surgiram os novos movimentos sociais e suas organizações não-governamentais, inicialmente com estratégias de enfrentamento e em posição de demanda e pressão contra o Estado. Porém, na década de 90, com o impulso do discurso de que o Estado social não teria mais condições de executar diretamente certos serviços à população, toma força a utilização do termo “terceiro setor”, que passa a ser visto como prestador de serviços sociais.⁹¹

Somente com a Reforma Gerencial houve uma reformulação dos setores do Estado, dentre os quais se destaca o setor de serviços não exclusivos ou competitivos, em que o Estado deve atuar com outras organizações públicas não estatais e privadas, e o Programa de Publicização, que previa a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais e que visou constituir, juridicamente e sob novas roupagens, o setor público não-estatal.⁹²

A Reforma Gerencial brasileira deu causa, assim, a um expressivo recrudescimento do terceiro setor, mas que não foi acompanhado de uma respectiva disciplina jurídica organizada.

Segundo definição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o terceiro setor é representado pelos cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 434-435.

⁹⁰ COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2002. pp. 73-74.

⁹¹ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 126-127.

⁹² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119-141.

serviços de caráter público.⁹³ Atua, assim, ao lado do primeiro setor, representado pelo Governo, e do segundo setor, representado pela iniciativa privada.

Para Maria Tereza Fonseca Dias, o terceiro setor pode ser definido como o “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”.⁹⁴

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica uma definição residual de terceiro setor, que é útil devido à existência de uma infinidade de qualificações que nele podem se enquadrar: “terceiro setor é aquele que compreende organizações que não integram nem o Estado (primeiro setor), nem inteiramente o mercado (segundo setor).⁹⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, terceiro setor designa um conjunto de entidades que não são estatais nem prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. Em uma visão crítica acerca do conceito, o autor considera que terceiro setor “não passa de uma inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós”.⁹⁶

Leandro Marins de Souza considera que o terceiro setor agrega características do primeiro e do segundo setor, contudo afastando-se da burocracia estatal e das ambições do mercado, sendo precisamente essa característica intermediária que lhe permite a prestação de serviços de interesse social, função típica, porém não exclusiva, do Estado. O autor define terceiro setor como toda ação voluntária, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, que tenha por finalidade a prestação ou a garantia de direito fundamental, ou a defesa do conteúdo constitucional,⁹⁷ em conteúdo bastante amplo.

Impõe-se admitir que há imensa dificuldade em sistematizar o assunto, dado a amplitude e vagueza das definições dadas ao conceito em debate. Tarso Cabral Violin chega a

⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor*. 2004. p. 8.

⁹⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 114.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 274.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 229.

⁹⁷ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 57 e 102.

aduzir que o termo “terceiro setor” é por demais vago, simplista, e incapaz de contribuir para a identificação dos atores que o compõem.⁹⁸

Torna-se útil, assim, indagar acerca das características que uma entidade deve apresentar para se enquadrar no conceito de terceiro setor.

Para tanto, indica-se como essencial que a entidade: (i) esteja fora da estrutura formal do Estado - o que não impede que tenha seu funcionamento por ele regulado, em algumas situações; (ii) não possua fins lucrativos; (iii) seja constituída por grupos de cidadãos na sociedade civil como pessoa jurídica de direito privado; (iv) seja de adesão não compulsória; e (v) produza bens e/ou serviços de interesse coletivo.⁹⁹

Dessa forma, tendo em vista a finalidade pública e necessariamente não lucrativa buscada por essas entidades, é lícito concluir que são excluídas da definição as entidades que se prestem a buscar benefícios mútuos para seus membros, ou que busquem atendimento de interesses corporativos, e, principalmente, entidades que objetivem o lucro.¹⁰⁰

Considerando que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 44, indica como pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, e considerando as características acima apontadas como intrínsecas ao terceiro setor, é possível deduzir que podem nele se incluir somente as associações e fundações.

As sociedades e empresas individuais de responsabilidade limitada são excluídas do conceito, de plano, pelo fato de serem instituídas na busca pelo lucro, tendo em vista que o artigo 981 do Código Civil determina a “partilha dos resultados”.

As organizações religiosas puras também não se enquadram no conceito, por serem entidades representativas de interesses - no caso, a disseminação de credos, práticas e visões devocionais e confessionais.¹⁰¹ Situação semelhante é a dos partidos políticos, entidades corporativas que visam representar interesses por própria definição.

Nesse ponto, vale ressaltar posicionamento contrário de Leandro Marins de Souza, para quem as entidades do terceiro setor podem, sim, adotar as formas jurídicas de organização religiosa e partido político, tendo em vista a importância de sua atuação, o que seria mesmo

⁹⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 135.

⁹⁹ FRANCO, Augusto de. *Terceiro setor: a nova sociedade civil e seu papel estratégico para o desenvolvimento*. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 16.

¹⁰⁰ BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. 2006. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 52-53.

¹⁰¹ BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. 2006. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 52-52.

corroborado pela imunidade tributária a impostos, nos termos do artigo 150 da Constituição Federal.¹⁰²

Por sua vez, a possibilidade de as associações incluírem-se no conceito de terceiro setor advém da determinação legal, contida no artigo 53 do Código Civil, que as proíbe de possuírem escopo econômico.

Já as fundações privadas também podem ser abrigadas sob o mesmo manto por serem constituídas, segundo comando do artigo 62 do Código Civil, especificamente para fins de: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e atividades religiosas, o que pode se enquadrar em finalidades públicas.

Convém ressaltar que as cooperativas, como se destinam especificamente à divisão do produto do trabalho entre os cooperados, não são abrangidas pelo conceito de terceiro setor. Contudo, há uma figura *sui generis* criada pela Lei n. 9.867/1999, qualificação jurídica diversa chamada cooperativa social, entregue a cooperativas que preencham determinados requisitos que permitem enquadrá-las no conceito de terceiro setor, dentre as quais se destaca a finalidade de inserção das pessoas em desvantagem no mercado de trabalho, direito social.¹⁰³

Conquanto se defenda a assertiva de que somente associações e fundações possam compor o terceiro setor (e, excepcionalmente, cooperativas quando qualificadas como sociais), isso não significa dizer que *todas* as associações e fundações componham o terceiro setor. Para que isso seja verdadeiro, as entidades precisam observar as características desenvolvidas acima. Não basta, assim, que não possuam fins lucrativos, devem ainda buscar finalidades de caráter público.

Carla Bertucci Barbieri indica a possibilidade de se identificar subtipos dentro do terceiro setor: um mais puro e independente, que sobrevive apenas dos esforços das próprias organizações sem influências do mercado ou do Estado – o que é uma raridade; outro que

¹⁰² SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 94.

¹⁰³ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 93.

depende do Estado para a consecução de suas finalidades, atuando por meio de parcerias; outro que depende de aportes financeiros do mercado para realizar seus objetivos; e, por fim, um último subtipo, misto, que depende de todos os demais setores para sobreviver.¹⁰⁴

Um exemplo do primeiro subtipo seria uma fundação privada típica, em que a pessoa privada que a institui dota uma parcela de seu patrimônio para mantê-la. No segundo subtipo incluem-se as entidades que recebem qualificações do governo e atuam a partir do fomento dele recebido. Já o terceiro subtipo abarca entidades criadas relacionadas à responsabilidade social empresarial. Por fim, no último subtipo enquadram-se as entidades que buscam recursos em qualquer setor.

A presente pesquisa possui foco no segundo subtipo, cujo estudo interessa ao direito administrativo na medida em que tratam de entidades que exercem atividades de interesse público e que mantêm parcerias com o Poder Público, dentro da atividade de fomento.¹⁰⁵

Ressalta-se que as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor não são consideradas serviços públicos (exceto quando atuam como delegatárias do Poder Público, como podem fazer as Organizações Sociais), tampouco atividades econômicas,¹⁰⁶ mas serviços sociais não exclusivos.

Para celebrar essas parcerias com o Poder Público as entidades precisam cumprir determinados requisitos, impostos por lei e que variam de caso a caso, tendo em vista a ausência de tratamento jurídico unificado. Uma vez preenchidos os requisitos, a entidade pode receber um dos vários títulos jurídicos concedidos pelo Estado.

Tratam-se de qualificações que podem ser concedidas às referidas entidades, o que, para Tarso Cabral Violin, se presta a propiciar um regime jurídico diferenciado do regime das demais pessoas jurídicas sem qualquer título.¹⁰⁷

Para Paulo Modesto, tais qualificações jurídicas atendem a três propósitos: diferenciar as entidades qualificadas das entidades comuns, criando um regime jurídico específico;

¹⁰⁴ BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. 2006. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 61.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 274.

¹⁰⁶ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 84.

¹⁰⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 196.

padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentam características comuns relevantes, evitando o casuísmo; e estabelecimento de um mecanismo de controle.¹⁰⁸

O autor aponta, contudo, desvantagens, na medida em que a certificação pode ser concedida indevidamente, sem critério, e às vezes mesmo de forma fraudulenta, o que com o tempo causaria uma erosão na credibilidade do título. Além disso, poderia haver padronização excessiva, com exigências muito genéricas, e insegurança jurídica, na medida em que a manutenção do título está condicionada ao cumprimento de exigências, deixando as entidades periodicamente sujeitas a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle.¹⁰⁹

Serão feitos comentários acerca das qualificações jurídicas que podem ser concedidas pela Administração Pública às entidades do terceiro setor.

3.4.1 Entidade beneficente declarada de utilidade pública e entidade beneficente de fins filantrópicos

Entidades beneficentes declaradas de utilidade pública e entidades beneficentes de fins filantrópicos se referem a certificados de qualificação jurídica concedidos a entidades privadas sem fins lucrativos.¹¹⁰

A emissão de ambos os certificados é de competência do Conselho Nacional de Assistência Social. Os requisitos para o recebimento dos certificados constam da Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009, sendo o principal que as entidades prestem serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, obedecendo necessariamente ao princípio da universalidade do atendimento.

Referida lei é dividida em seções, e em cada uma delas são tratados os requisitos para atuação da entidade em cada área prevista (saúde, educação ou assistência social), sendo que caso a entidade atue em mais de uma área, simultaneamente, deverá manter escrituração contábil segregada por área, de modo a evidenciar o patrimônio, as receitas, os custos e as despesas de cada atividade desempenhada, conforme redação do artigo 33.

¹⁰⁸ MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 5, vol. 1, mar/abri/mai 2006. p. 03-05.

¹⁰⁹ MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 5, vol. 1, mar/abri/mai 2006. p. 03-05.

¹¹⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 188-189.

3.4.2 Entidades de apoio

Entidades de apoio são as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, normalmente sob a forma de fundação, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta.¹¹¹

Normalmente seu vínculo jurídico com o Poder Público prevê a possibilidade de utilização de bens e servidores públicos, por meio de convênios e contratos.

Não existe uma qualificação “entidade de apoio”, mas é a denominação que se dá às entidades que atuam como descrito acima. Esse tipo de entidade possui regramento apenas no âmbito das universidades federais, feito pela Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

As entidades de apoio são muito comuns no âmbito das universidades públicas, onde possuem especial utilidade para a categoria dos servidores universitários, já que: viabilizam a contratação de pessoal sem realização de concurso público; facilitam a contratação de serviços, obras e mercadorias sem a realização de licitação; instrumentalizam a realização de atividades simultâneas por docentes e pesquisadores – muitos dos quais em regime de dedicação integral; facilitam a organização de cursos de especialização, pagos, de modo que permitem o ganho de um complemento salarial pelos servidores; e, por fim, instrumentalizam o pagamento de remuneração por atividades de consultoria realizadas por seus membros.¹¹²

Apesar de ser possível a sua boa utilização, as entidades de apoio abrem grande margem para a ocorrência de fuga para o direito privado, considerando-se que o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública e com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta, mas com administração da entidade de apoio, que também é quem arrecada as receitas.¹¹³ E tudo isso sob regime de direito privado.

3.4.3 Serviços Sociais Autônomos

Serviços sociais autônomos são definidos por Hely Lopes Meirelles como todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais.¹¹⁴

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 282.

¹¹² MARRARA, Thiago. Fundações de apoio e universidades públicas: os estímulos da crise à fuga para o direito privado. *Crise econômica e Soluções Jurídicas*. n. 16, 2015. pp. 1-2.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 316.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 386.

Como exemplos desse tipo de entidade têm-se o SENAI, SENAC, SESC e SESI. Essas entidades compõem o chamado Sistema S, e, apesar de receberem contribuições parafiscais, são pessoas jurídicas de direito privado, atuando na área das atividades privadas de interesse público.

3.4.4 Cooperativa social

Cooperativa social trata-se de qualificação dada àquelas constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentando-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos.¹¹⁵

Dessa forma, apesar de defender-se que cooperativas não se enquadram no conceito de terceiro setor, tendo em vista a divisão do produto do trabalho entre os associados, o que se assemelha à distribuição do lucro das sociedades, gênero do qual a cooperativa é espécie, a cooperativa social trata-se de qualificação somente entregue a entidades que preencham determinados requisitos, o que permite incluí-las no terceiro setor.¹¹⁶

Seu regramento é feito pela Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999, que considera “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.

Tendo em vista sua área de atuação, as cooperativas sociais devem organizar seu trabalho, especialmente no que diz respeito a instalações, horários e jornadas, de maneira a levar em conta e minimizar as dificuldades gerais e individuais das pessoas em desvantagem que nelas trabalharem, e desenvolverão e executarão programas especiais de treinamento com o objetivo de aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social, conforme comando contido no artigo 3º, parágrafo 2º da lei.

¹¹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 179.

¹¹⁶ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 93.

Apesar do escopo de inserção de pessoas em desvantagem no mercado econômico, a cooperativa social pode prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhe prestem serviços gratuitamente, e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem.

3.4.5 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público designa a qualificação ou título jurídico concedido a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por termo de parceria.¹¹⁷

Desempenham, assim, atividade de natureza privada, considerada de interesse público, a partir de fomento estatal.

A qualificação de OSCIP pode ser solicitada por particulares junto ao Ministério da Justiça, de acordo com o artigo 5º da Lei 9.790, de 23 de março de 1999. Para tanto, precisam ser cumpridos os requisitos discriminados nos arts. 3º e 4º da mesma lei.

O artigo 3º define os objetivos sociais que são abrangidos pela qualificação: promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a lei; promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a lei; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). pp. 292-293.

Ressalta-se que, para receber a qualificação, a entidade deve observar o princípio da universalização dos serviços.

Já o artigo 4º dispõe sobre os requisitos que devem estar contidos no estatuto social da pessoa jurídica interessada: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade.

Ressalta-se que a atribuição do qualificativo de organização da sociedade civil de interesse público não é discricionária, mas vinculada e aberta a qualquer interessado que preencha os requisitos.¹¹⁸

É importante também destacar que o simples fato de a entidade receber a qualificação de OSCIP não investe a organização no direito de celebração do termo de parceria, apesar de ser requisito para tanto.¹¹⁹

3.4.6 Organizações Sociais

Organização social é um título idealizado pelos autores da Reforma Gerencial, outorgado pela Administração a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 247.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 295.

receber determinados benefícios do Poder Público para atuar no ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Trata-se de instrumento que permite a transferência de certas atividades exercidas pelo Poder Público, sem necessidade de concessão ou permissão.¹²⁰

Portanto, as Organizações Sociais apresentam uma peculiaridade fundamental, que as distingue das demais entidades aqui estudadas: em regra, atuam por delegação do Poder Público, prestando serviço público por meio de contrato de gestão. Além disso, sua direção é mista, pois dela necessariamente participam membros da sociedade civil, os próprios dirigentes e representantes do Estado.

Dessa forma, substituem-se à Administração na prestação de uma atividade que a esta incumbe e para tanto utilizam-se de patrimônio e recursos públicos, sendo possível até mesmo o emprego de servidores públicos para prestar a atividade,¹²¹ à semelhança do que ocorre com as entidades de apoio.

São entidades criadas pela iniciativa privada, atuando sob regime jurídico privado, mas não prestam atividade de interesse público a partir de incentivos estatais, e sim serviço público titularizado pelo Estado, com recursos deste.

Impõe-se admitir a possibilidade de que tais entidades sejam usadas pelo administrador como um meio de fuga para o direito privado, já que a atividade será prestada com recursos públicos, servidores públicos, bens públicos, porém em regime privado e sem um verdadeiro procedimento concessório. Por tudo isso, defende-se que a relação entre as Organizações Sociais e o Poder Público se aproxima mais da função de serviço público que da função de fomento.

3.5 Instrumentos de parceria

Tradicionalmente, o instrumento usado para a formalização de parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor se restringia ao convênio, disciplinado principalmente pelo artigo 116, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e pelo Decreto n. 6.170 de 25 de julho de 2007.¹²² Porém, com o desenvolvimento de novas qualificações jurídicas e com o avanço na utilização das parcerias entre Estado e terceiro setor, surgiram novos instrumentos.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 387.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 278.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 265.

Contudo, apesar do surgimento de uma variedade de instrumentos aptos a formalizar parcerias, defende o presente trabalho serem todos os novos instrumentos congêneres ao convênio, na medida em que se contrapõem ao contrato administrativo comum, o que será melhor analisado no item 3.6.

A Lei 13.019/2014 cita seis tipos de instrumentos para a formalização das parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor, para o recebimento do fomento público: termo de colaboração, termo de fomento, acordo de cooperação, termo de parceria, convênio e contrato de gestão, sendo os três primeiros instrumentos de contribuição original da lei.

3.5.1 Convênio

Convênios são contratos administrativos, na acepção ampla do termo, que envolvem a união dos esforços de dois ou mais entes, públicos ou, possivelmente, privados, em busca de um resultado comum de interesse de ambos.¹²³ Quando celebrado com entidade do terceiro setor, o convênio se caracteriza como atividade de fomento.¹²⁴

O convenio viabiliza, dessa forma, a harmonização de interesses comuns, sendo o primeiro a instrumentalizar parcerias com as entidades privadas, aproximando Estado e Sociedade na execução das políticas públicas.¹²⁵

Segundo disciplina do artigo 116, da Lei 8.666/1993, a celebração do convênio depende de prévia aprovação do plano de trabalho proposto pela entidade interessada, que deve conter a identificação do objeto a ser executado; das metas a serem atingidas; das etapas ou fases de execução; plano de aplicação de recursos financeiros; cronograma de desembolso; previsão de início e fim da execução do objeto, bem como de cada etapa; e se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, deve-se comprovar que sobrarão recursos à execução do objeto.

3.5.2 Contrato de gestão

Trata-se do instrumento de formalização de parcerias entre a Administração Pública e as Organizações Sociais, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento

¹²³ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 100, 2005. pp. 553-563.

¹²⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 234.

¹²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 376.

tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme redação do artigo 5º da Lei 9.637/1998.

Não se pode confundir com o contrato de mesmo nome, previsto constitucionalmente no artigo 37, parágrafo 8º, utilizado para ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, fixando metas de desempenho.

Conforme os arts. 5º, 6º e 7º da referida lei, o contrato de gestão deve discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da Organização Social, obedecendo aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, economicidade, especificando o programa de trabalho da Organização Social, as metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como os critérios de avaliação. Além disso, o contrato deve estabelecer limites e critérios para as remunerações dos dirigentes e empregados.

O instrumento do contrato de gestão sofre muitas críticas, sendo a mais contundente no sentido de que tais contratos permitiram que a Administração amplie sua liberdade de ação, flexibilizando o regime jurídico administrativo. Por outro lado, o mesmo instrumento é enaltecido por supostamente permitir que a Administração Pública se aproxime, na prestação dos serviços públicos, da eficiência das empresas particulares.¹²⁶

3.5.3 Termo de Parceria

O termo de parceria é o instrumento a ser firmado entre a organização da sociedade civil de interesse público e a Administração para a realização de atividades de interesse público.

Deve discriminar os direitos, responsabilidades e obrigações das partes. O termo contém o objeto da parceria, que especifica o plano de trabalho; estipula metas e resultados a serem atingidos, indicando prazos para a execução do programa; prevê os critérios que determinam se os resultados foram atingidos e prevê as receitas e despesas a serem utilizadas.

3.5.4 Acordo de cooperação, termo de colaboração e termo de fomento

Os termos de colaboração e de fomento foram criados pela Lei n. 13.019/2014, enquanto o acordo de cooperação foi incluído na mesma lei posteriormente, com redação dada pela Lei n. 13.204/2015.

¹²⁶ RIBEIRO, Juscimar Pinto. As organizações sociais e os contratos de gestão: uma discussão jurídica ainda em aberto. In: Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG); MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público atual: estudos em homenagem ao professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 237.

O artigo 2º, VIII-A, da Lei n. 13.019/2014, define acordo de cooperação como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Por sua vez, o mesmo artigo, em seu inciso VII, define termo de colaboração como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros. A definição do termo de fomento é idêntica, salvo no tocante à iniciativa de celebração. No termo de colaboração, a iniciativa cabe à Administração Pública e no termo de fomento é da organização da sociedade civil.

Dentre os três instrumentos, a escolha de qual deve celebrado dependerá do caso: sendo uma parceria que não envolva a transferência de recursos financeiros, a opção deve ser pelo acordo de cooperação; sendo parceria que envolva transferência de recursos, com iniciativa da Administração Pública, termo de colaboração; sendo de iniciativa da organização da sociedade civil, termo de fomento.

Todos os instrumentos possuem como cláusulas essenciais a descrição do objeto pactuado; as obrigações das partes; o valor total e o cronograma de desembolso – quando for o caso; a contrapartida, se for exigida; a vigência e as hipóteses de prorrogação; a obrigação de prestar contas, com definição de forma, metodologia e prazos; a forma de monitoramento e avaliação; a obrigatoriedade de restituição dos recursos, nas hipóteses da lei; a definição da titularidade de eventuais bens e direitos remanescentes na data da conclusão da parceria; entre outras, que constam todas do artigo 42 da Lei 13.019/2014. Os acordos de cooperação, termos de colaboração e termos de fomento ainda devem manter, em anexo, o plano de trabalho que deles será parte integrante e indissociável.

É possível questionar a utilidade da criação de novos instrumentos jurídicos para a formalização de parcerias, tendo em vista o objetivo da lei de moralizar os procedimentos de contratação e repasse dos recursos. Contudo, tal questionamento será aprofundado quando do estudo específico das inovações da lei.

3.6 Parcerias e licitação

Ficou delimitado, até este ponto, o surgimento de forte tendência de utilização da função administrativa de fomento para a celebração de parcerias com o terceiro setor para a consecução de finalidades de interesse público.

Uma grande dificuldade que surge com o fortalecimento das parcerias é a necessidade de promover seu controle adequado, de modo a proteger o patrimônio público e os direitos dos cidadãos usuários desses serviços.¹²⁷

No que toca à escolha dos agentes de fomento, é importante destacar que o Poder Público conferirá uma vantagem a ser usufruída por determinados particulares que se enquadrem nos requisitos da política de fomento.

Nesse contexto, existem duas situações possíveis: primeiro, pode haver ausência de limitação quanto ao número de agentes, seja porque se entende que os recursos públicos são suficientes para atender a todos os eventuais interessados, seja porque não há propriamente dispêndio de recursos públicos; segundo, pode haver limitação quanto ao número de agentes, o que ocorre quando os recursos que viabilizarão o fomento são escassos, de modo que nem todos os interessados poderão ser atendidos pelo programa de fomento.¹²⁸

Cabe indagar, diante da segunda hipótese, acerca da seleção da entidade que celebrará a parceria e receberá os incentivos estatais, nas situações em que haja mais interessados do que a Administração é capaz de atender com seu fomento. Para solucionar o problema de escassez e competição, será necessária a realização prévia de licitação?

Sucintamente, licitação é entendida como procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de um contratante para a Administração Pública. Para Adilson Abreu Dallari, o princípio da isonomia – que não permite à Administração qualquer tipo de favoritismo em proveito ou detrimento de ninguém – alçou a licitação ao patamar de verdadeiro princípio para a Administração Pública.¹²⁹ Tal assertiva é corroborada pela previsão do artigo 37 da Constituição, que em seu inciso XXI, determina:

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.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 437.

¹²⁸ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). pp. 494-495.

¹²⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 32-39.

Em sentido semelhante, Joel de Menezes Niebuhr entende que a exigibilidade de licitar tem por causa o princípio da isonomia, e, indiretamente, também os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.¹³⁰

De fato, as licitações compreendem procedimentos que em si viabilizam alguns princípios genéricos da Administração Pública, inclusive presentes no *caput* no artigo 37 da Constituição Federal:¹³¹

Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Entende-se que os princípios específicos da impessoalidade, da moralidade administrativa e da publicidade, bem como, ainda, o princípio geral da isonomia, se relacionam intimamente com a necessidade de licitar, de modo que eles serão aqui analisados.

Com relação ao princípio da isonomia, determina a Constituição, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei. Entende-se, conforme clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Considera o autor ser necessário investigar três questões para verificar a quebra da isonomia quando da edição de uma norma, a saber: aquilo que é adotado como critério discriminatório; se há justificativa racional para a discriminação; e se há correlação com os valores do sistema normativo constitucional.¹³²

Tal comando constitucional, contudo, não se dirige somente ao legislador, já que também vincula os julgadores e administradores públicos.¹³³ Dessa forma, o administrador público não pode estender tratamento desequiparado aos cidadãos de maneira fortuita e injustificada. Com isso, está posta a necessidade de licitar, tendo em vista a necessidade de oferecer igual oportunidade de concorrência e acesso aos contratos públicos a todos os interessados.

¹³⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.37.

¹³¹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 101.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed, 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 1 e 21.

¹³³ SIQUEIRA, Mateus Eduardo; BERTONCINI, Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

Para Marcos Juruena Vilela Souto, a vinculação do fomento ao princípio da igualdade evita que os benefícios se constituam em medidas de discriminação de uns sujeitos em detrimento dos outros.¹³⁴

Tendo em vista que a parceria de fomento concederá um benefício à entidade parceira, defende-se que a necessidade de uma escolha justa e transparente, que respeite a isonomia, faz-se ainda mais latente.

Com relação ao princípio da impessoalidade, Dora Maria de Oliveira Ramos identifica três facetas distintas, sendo que a primeira o identifica com o princípio da igualdade, a segunda com o princípio da finalidade e a terceira significa que os atos administrativos são imputáveis à Administração, e não ao servidor que os pratica.¹³⁵

Sob a faceta da igualdade dos administrados perante a Administração, para a autora significa o princípio da impessoalidade que não podem ser criadas situações destituídas de fundamento jurídico razoável para que pessoas ou grupos recebam tratamento diferenciado pelo Poder Público. Ainda, a faceta da isonomia, em ligeira variante, significa que não pode a atuação do Poder Público criar situação de privilégio a pessoa específica ou a grupo determinado de pessoas individualizado ou individualizável no momento da edição do ato, sem que exista razão jurídica razoável para tanto.¹³⁶

Sob a faceta da finalidade, Hely Lopes Meirelles diz do princípio da impessoalidade que o administrador somente deve praticar atos de acordo com o fim determinado pela lei, entendido como aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal, sendo a finalidade da norma sempre o atendimento do interesse público, caracterizando-se desvio de poder sempre que a Administração se afasta desse fim.¹³⁷

A impessoalidade traz ainda a ideia de que o administrador público é gestor de interesses coletivos que transcendem a ele, o que resulta na obrigação de guiar suas decisões pelo objetivo de descobri-los e realiza-los. O que tornaria possível essa descoberta seria justamente o processo administrativo, considerado por Carlos Ari Sunfeld como o “mecanismo da administração impessoal”.¹³⁸ A licitação, como meio de procedimentalização

¹³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 349.

¹³⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua aplicação no direito brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 123.

¹³⁶ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua aplicação no direito brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 123.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan. 2006.

da escolha do parceiro privado, implicaria atendimento ao princípio da Administração Pública impessoal.

Procedimentos objetivos visam neutralizar as preferências do administrador, remetendo a escolha a critérios previstos em lei.¹³⁹ Dessa forma, para que a atividade de fomento respeite o princípio da impessoalidade deve a Administração fixar, previamente, regras abstratas de concessão do benefício, que devem ser balizadas por critérios de razoabilidade que assegurem a efetiva concretização dos princípios de igualdade de acesso ao benefício.¹⁴⁰

A impessoalidade também se relaciona com o princípio da moralidade, já que exige da Administração Pública uma atuação que se distancie de buscar interesses particulares, seja de terceiros ou mesmo dos agentes públicos.¹⁴¹ A moralidade administrativa ocupa posição de relevo singular, como precedente lógico de toda a atividade administrativa.¹⁴²

E a licitação também visa preservar a moralidade administrativa, aqui entendida como o respeito aos valores maiores do Estado, ou seja, aos valores eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, devendo as autoridades e instituições públicas observar constantemente as finalidades maiores do Estado, constitucionalmente previstas.¹⁴³

Outro princípio de central importância para o tema em debate é o da publicidade, que, conforme lição de Wallace Paiva Martins Junior, possui funcionalidade elementar num Estado democrático de direito ao instrumentalizar a vigilância ao cumprimento dos demais princípios jurídico-administrativos inerentes à atuação pública, conferindo maiores graus de legitimidade à gestão dos negócios públicos e de respeito aos direitos dos administrados, como o devido processo legal e a possibilidade de conhecimento da ação administrativa.¹⁴⁴

Conforme definição do mesmo autor, o princípio da publicidade administrativa consiste, no sentido positivo, na obrigação de divulgação oficial dos atos da Administração Pública e, no sentido negativo, na interdição de atos ou procedimentos secretos ou sigilosos

¹³⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Reflexões acerca do princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 145.

¹⁴⁰ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua aplicação no direito brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 128.

¹⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 104.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Teoria geral e princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v.1). p. 350.

¹⁴³ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 165.

¹⁴⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 237.

salvo as exceções normativas ditadas pela proteção do interesse público ou de qualificados interesses particulares.¹⁴⁵

Contudo, a publicidade formal, compreendida como a divulgação de atos públicos preocupada com a mera validação da ação administrativa, é insuficiente nos dias atuais. A publicidade figura como princípio instrumental capaz de otimizar a concretização da eficiência administrativa, dos direitos fundamentais, do controle da legalidade e da moralidade, do funcionamento da democracia e da boa gestão pública.¹⁴⁶ E a licitação se presta, também, a dar publicidade aos atos da administração, quando esta contrata com particulares.

Após essa breve análise do sistema principiológico constitucional, parece inevitável deduzir que, ao conceder benefícios a entidades do terceiro setor por meio da atividade de fomento, havendo mais interessados do que a Administração seja capaz de atender, ela estará adstrita à realização de prévio procedimento de seleção que atenda aos princípios constitucionais.

Convém explicitar que o procedimento desenhado para garantir o atendimento de tais princípios, quando da contratação da Administração com particulares, é a licitação, regida em nosso ordenamento jurídico principalmente pelas normas gerais da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Contudo, da análise do ordenamento jurídico infraconstitucional, a conclusão parece ser a não aplicabilidade das normas da referida lei ao caso.

O artigo 2º da Lei n. 8.666/1993 determina que obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas na lei. O parágrafo único do mesmo artigo determina, ainda, que se considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Em complemento, o artigo 116 da mesma lei determina que as disposições da lei se aplicam aos convênios, acordos, ajustes e *outros instrumentos congêneres* celebrados por órgãos e entidades da Administração, *no que couber*.

¹⁴⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 237.

¹⁴⁶ MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 298.

Ocorre que as relações travadas entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor não contém obrigações *recíprocas*, como indica o artigo, mas obrigações *colaborativas*.¹⁴⁷

Essas relações, formalizadas por meio do convênio e outros instrumentos congêneres analisados anteriormente, possuem peculiaridades com relação aos contratos tradicionais, apesar de, conforme já defendido, tratarem-se de contratos em sentido amplo.¹⁴⁸

Embora possam ser considerados acordos de vontade, os instrumentos de parceria lidam com interesses recíprocos, enquanto no contrato eles são “opostos e contraditórios”.

Esses instrumentos abarcam, portanto, interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, por conseguinte, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração.¹⁴⁹

Com isso, torna-se impossível falar em remuneração ou preço, pois o Estado não remunera o particular pelo desempenho de uma atividade de seu interesse, mas Estado e particular cooperam em busca de um interesse comum. Dessa forma, eventuais repasses financeiros realizados pela Administração são feitos estritamente para o cumprimento do objeto da parceria, sendo necessário demonstrar que o dinheiro foi integralmente utilizado em consonância com os objetivos estipulados,¹⁵⁰ ao contrário do que ocorre numa contratação comum, em que o preço pago pela Administração passa a compor a esfera jurídica do contratante, de modo que seu destino não interessa à Administração.

No mesmo sentido a lição de Dinorá Grotti, para quem no contrato comum, o valor a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo, enquanto no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste. Assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência do convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio, e, por

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 32.

¹⁴⁸ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Leis de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 236.

¹⁴⁹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 96.

¹⁵⁰ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 168-169.

essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas.¹⁵¹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não basta demonstrar o resultado final obtido, sendo necessário ainda demonstrar que todo o valor repassado foi efetivamente aplicado no objeto da parceria, em consonância com os objetivos estipulados. Tanto assim que o parágrafo 6º do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 prevê a devolução dos saldos financeiros remanescentes ao órgão repassador quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do ajuste, sendo que essa devolução deve ser feita no prazo de 30 dias, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.¹⁵²

Parte da doutrina, na qual se inclui Marcos Juruena Vilela Souto,¹⁵³ defende que a inaplicabilidade da licitação às parcerias advém de inexigibilidade, na modalidade inviabilidade de competição, prevista no artigo 25 da Lei n. 8.666/93.

Leandro Marins de Souza explica que a inviabilidade de competição aqui advém da cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns, que singulariza o objeto e torna desnecessária a licitação para a escolha do parceiro privado, já que não há proveito econômico (remuneração ou preço).¹⁵⁴

Vale ressaltar que o autor se refere especificamente à hipótese do convênio, mas o presente trabalho defende que a mesma lógica utilizada para pensar o convênio aplica-se aos demais instrumentos de parceria, tendo em vista as similitudes entre eles, que os afastam da contratação administrativa comum.

No mesmo sentido, Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti defendem não se cogitar de licitação para a celebração de convênios (e, portanto, como defende o presente trabalho, demais instrumentos congêneres), pois os convenientes seriam “sempre desinteressados de qualquer contratação, daí o despropósito de uma competição seletiva, sob as condições do mercado”. Defendem, também, que a escolha se dá por inviabilidade de competição, na medida em que a meta é comum, diversamente do que ocorre com o contrato

¹⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na administração pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 256.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 241

¹⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 368.

¹⁵⁴ SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 172.

administrativo, cuja premissa é a disputa entre sociedades empresárias que visam ao lucro, para o fornecimento, a prestação ou a execução de determinado objeto necessário à Administração Pública, de maneira que apresentarão propostas de preços e condições aferidas em face das condições de mercado.¹⁵⁵

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666/1993 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*. Em suma, considera a autora que não se cogita de remuneração que admita competição.¹⁵⁶

Forçoso reconhecer que o procedimento licitatório da Lei n. 8.666/1993 não foi desenhado levando em consideração as peculiaridades desse tipo de ajuste. Os procedimentos da referida lei são direcionados à empresa, que enxerga na contratação com o Poder Público um meio de lucro, enquanto as entidades do terceiro setor buscam a realização de atividades de interesse coletivo, aproximando-se da finalidade da Administração. Prova cabal de que o procedimento da lei não é adequado é o fato de existirem várias previsões específicas de dispensa de licitação para a celebração de algumas parcerias no artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, a saber:

Art. 24: É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010)

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa

¹⁵⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de "administração consensual" na gestão pública do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 61.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 242.

renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Vale ressaltar que tais hipóteses pressupõem nexos entre as atividades mencionadas, a natureza da instituição e o objeto da contratação, pois somente assim será permitida a contratação direta. Ainda, no caso da Organização Social, somente pode ser contratada por meio de dispensa pelo próprio ente que a qualificou.¹⁵⁷

Sobre o tema, Tarso Cabral Violin conclui realmente não ser necessária licitação prévia aos convênios (e, portanto, demais instrumentos de parceria aqui analisados), porém o autor ressalta a necessidade de respeito aos princípios acima estudados, a saber, isonomia, impessoalidade, publicidade e moralidade, especialmente em situações nas quais várias entidades, em situação de igualdade, forem interessadas.¹⁵⁸

Odete Medauar alerta oportunamente para uma possibilidade de burla, muito comum na prática, em que, a título de parceria, obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção.¹⁵⁹ Thiago Marrara expõe a mesma preocupação, defendendo que não basta batizar determinado instrumento como convênio administrativo, já que sua identificação, e, por conseguinte, a aceitação de regime jurídico administrativo mais “flexível” que os agasalha devem vir acompanhadas da verificação caso a caso dos elementos materiais e pessoais que o constituem, já que, sem isso, corre-se o risco de desvirtuar a atuação estatal, gerando benefícios ilegítimos.¹⁶⁰

De fato, torna-se uma preocupação assegurar a procedimentalização e a transparência da escolha,¹⁶¹ em consonância com a sistemática principiológica constitucional, a ser observada por toda a Administração Pública, inclusive no fomento.

Tal preocupação se acentua no campo aqui estudado tendo em vista que as medidas de fomento, em especial as de caráter econômico, ocupam hoje um lugar de destaque na orientação dos particulares ao atendimento de fins de interesse público,¹⁶² representando, inclusive, uma grande fonte de gastos estatais. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o terceiro setor já representa 1,4% do Produto Interno Bruto –

¹⁵⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 228 – 229.

¹⁵⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 246.

¹⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 6ª edição. São Paulo: RT, 2002, p. 283.

¹⁶⁰ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 100, 2005. p. 570.

¹⁶¹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 495.

¹⁶² PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I – parte general*. 15ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

PIB nacional, ¹⁶³ tratando-se de setor em franca expansão, conforme denotam as tendências do direito administrativo brasileiro.

Dessa forma, é importante que os critérios para a escolha do agente de fomento assegurem que ele está apto a receber os incentivos estatais e a implementar os fins públicos visados pelo fomento.¹⁶⁴ Daí a real necessidade de imposição de um procedimento próprio para a seleção das entidades, tendo em vista que a licitação é gênero, que se divide em diversas modalidades, e que aquelas previstas pela Lei n. 8.666/1993 não são adequadas às relações de parceria de fomento.

¹⁶³ MEREGE, Luiz Carlos. Terceiro setor: finalmente no PIB. *Gife*, mai. 2007. Disponível em: <<http://site.gife.org.br/artigo-terceiro-setor-finalmente-no-pib-11933.asp>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

¹⁶⁴ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 434.

CAPÍTULO 4 - CHAMAMENTO PÚBLICO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA NA LEI N. 13.019/2014

4.1 Aspectos gerais e contextualização

Apesar da inserção de novos modelos de parcerias entre Administração Pública e terceiro setor, sobretudo após a Reforma Gerencial da década de 1990, não foi difícil constatar que as parcerias continuaram se dando, quase exclusivamente, através de instrumentos antigos – como o convênio. Isso gerou a impressão de que as inovações introduzidas pela Reforma não foram efetivas, e, de acordo com Floriano Azevedo Marques Neto, foi constatado que os mecanismos por ela inseridos estavam sendo usados de forma burocrática, e até mesmo patrimonialista.¹⁶⁵

Surge, então, a preocupação com a criação de um marco regulatório para as organizações da sociedade civil, do que derivou em 2010 a “Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, articulada por mais de 50.000 organizações, redes e movimentos sociais.

Com a pressão criada pela Plataforma, em 2011 o Governo da Presidenta Dilma Rousseff organizou um Grupo de Trabalho Interministerial, composto para elaborar propostas e análises sobre o tema. O grupo foi coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e contou com a participação da Casa Civil, Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), além de 14 organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela plataforma.¹⁶⁶

O grupo foi instituído pelo Decreto n. 7.568, de 16 de setembro de 2011, que em seu artigo 5º dispõe:

Art. 5º: Fica instituído Grupo de Trabalho com a finalidade de avaliar, rever e propor aperfeiçoamentos na legislação federal relativa à execução de programas, projetos e atividades de interesse público e às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse, termos de parceria ou instrumentos congêneres.

A partir das discussões realizadas, o grupo elaborou um Relatório propondo soluções imediatas para as lacunas existentes na legislação. Para o problema de que não havia uma norma

¹⁶⁵ AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre estado e sociedade civil em busca de legitimidade. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O novo direito administrativo brasileiro – o público e o privado em debate*. vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 290.

¹⁶⁶ BROCHARDT, Viviane. Histórico do marco regulatório das organizações da sociedade civil. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/historico>>. Acesso em: 20 de jun. de 2016.

própria para regular a relação de fomento e colaboração entre Estado e organizações da sociedade civil, não importando a titulação que possuam, já que as principais regras vigentes eram contidas em disposições infralegais, gerando interpretações conflitantes, a solução proposta foi um projeto de lei que estruturasse novo regime jurídico para fomento e colaboração entre Estado e organizações da sociedade civil.¹⁶⁷

Com a implementação do projeto de lei, esperava-se promover mais segurança jurídica na relação entre o Estado e as organizações da sociedade civil, inserindo novos princípios, fundamentos e diretrizes para a relação, ampliando os mecanismos de transparência e de controle social, auxiliando no planejamento e gestão pelo Poder Público, reconhecendo as particularidades das entidades privadas sem fins lucrativos e a importância de realização de mecanismos de colaboração junto ao Poder Público.¹⁶⁸

Esse processo culminou na promulgação da Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, que, segundo sua ementa, “estabelece o regime jurídico de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil”.

No artigo 2º, inciso I, a lei define organização da sociedade civil:

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

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

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; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

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

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; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

É lícito concluir que organizações da sociedade civil são todas as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que façam parceria com o Poder Público, de qualquer nível de governo, para prestação de atividades de interesse público, em regime de mútua colaboração.

¹⁶⁷ BRASÍLIA. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Relatório final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil*. 2012. pp. 1-17.

¹⁶⁸ BRASÍLIA. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Relatório final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil*. 2012. p. 19.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, abrange as Entidades Benéficas Declaradas de Utilidade Pública e as de Fins Filantrópicos, as Entidades de Apoio, os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e outras semelhantes,¹⁶⁹ como é o caso da Organização Social.

Tendo em vista as características apontadas, impõe-se admitir que a denominação “organização da sociedade civil” coincide com o termo “terceiro setor”. Contudo, o legislador brasileiro fez opção pela primeira expressão, sem fazer menção a “terceiro setor” nas leis que disciplinam o assunto.

Com relação às organizações religiosas, abrangidas no conceito legal de organização da sociedade civil, vale ressaltar que se tratam de organizações religiosas voltadas a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas daquelas destinadas a fins exclusivamente religiosos, já que as últimas não se enquadram na definição de terceiro setor, conforme defendido anteriormente.

A lei foi estruturada em seis capítulos, de modo que o Capítulo I ficou responsável pelas disposições preliminares – especialmente definições e exclusões do âmbito de aplicação da lei; o Capítulo II pelos termos de colaboração e de fomento, subdividido em seções que tratam das normas gerais, da capacitação dos gestores, conselheiros e sociedade civil organizada, da transparência e do controle, do fortalecimento da participação social e da divulgação das ações, dos termos de colaboração e de fomento, do procedimento de manifestação de interesse social, do plano de trabalho, do chamamento público, dos requisitos para a celebração dos termos de colaboração e de fomento e das vedações; o Capítulo III tratou da formalização e da execução, contendo seções sobre disposições preliminares, contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil, despesas, liberação de recursos, movimentação e aplicação financeira de recursos, alterações, monitoramento e avaliação e obrigações do gestor; o Capítulo VI trouxe a prestação de contas, que se divide nas seções normas gerais e prazos; o Capítulo V tratou da responsabilidade e das sanções, dividido nas seções sobre sanções administrativas à entidade, responsabilidade pela execução e emissão de pareceres técnicos e atos de improbidade administrativa; por fim, o Capítulo VI trata das disposições finais.

Em que pese ser todo o texto da lei extremamente carregado de conteúdo e de ter sofrido inúmeras alterações em 2015, o foco da presente pesquisa será no Capítulo II,

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2). p. 300.

especificamente na Seção VIII, a saber, do chamamento público, também definido pelo artigo 2º:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se de nova modalidade de licitação, à qual esta pesquisa denomina “licitação de fomento”, regida por legislação própria, tendo em vista que até mesmo os princípios impostos ao procedimento são praticamente os mesmos previstos no artigo 3º da Lei n. 8.666/1993,¹⁷⁰ a saber, isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e os que lhes são correlatos.

Forçoso reconhecer que há grande coincidência entre os princípios. Contudo, os princípios do chamamento público são adaptados às peculiaridades das parcerias de fomento com o terceiro setor, tendo em vista que os princípios da Lei n. 8.666/1993 não são adequados, por preverem, por exemplo, “seleção da proposta mais vantajosa”, guiada sobretudo por uma lógica de menor preço, o que não cabe numa relação de cooperação, em que o objetivo de ambas as partes é comum, e não contraposto.

Vale ressaltar que a Lei n. 13.019/2014 e o chamamento público por ela instituído são aplicáveis às três esferas da federação, tendo em vista que, conforme redação de seu artigo 1º, estabelece “normas gerais” para as parcerias entre Administração Pública e organizações da sociedade civil.

A qualificação das normas da lei como gerais encontram dois fundamentos de competência, a saber, a competência do Congresso para legislar de modo concorrente sobre assuntos previstos no artigo 24 da Constituição, incluindo direito econômico, direito financeiro e orçamento, e a competência privativa do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que determina competir à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, combinado com o artigo 37, XXI, que determina a obrigatoriedade de licitar, ressalvados os casos especificados pela legislação, e o artigo 173,

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 300.

parágrafo 1º, III, que determina que a lei deve dispor sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.¹⁷¹

Não fosse suficiente, outra indicação de que se trata de uma lei nacional é o artigo 88, que determina prazo de vacância distinto para os municípios, em virtude de suas maiores dificuldades de gestão:

Art. 88: Esta Lei entra em vigor após decorridos quinhentos e quarenta dias de sua publicação oficial, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 1º: Para os Municípios, esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 2º: Por ato administrativo local, o disposto nesta Lei poderá ser implantado nos Municípios a partir da data decorrente do disposto no caput. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Ocorre que, por se tratar de uma lei de abrangência nacional, e tendo em vista o nível de detalhamento de sua disciplina, o texto original da Lei n. 13.019/2014 trouxe diversos problemas de estrutura, organização, sistematização e integração com o ordenamento jurídico vigente, o que, para Fernando Borges Mânica, tornou imprescindível os sucessivos adiamentos de sua entrada em vigor e a promoção de alterações em seu texto.¹⁷²

Dessa forma, em 14 de dezembro de 2015 foi publicada a Lei n. 13.204/2015, que promoveu profundas alterações no texto original da Lei n. 13.019/2014. O presente trabalho se estruturará a partir do texto modificado da lei, hoje vigente. Contudo, as análises finais trarão críticas às alterações sofridas pelo texto originário.

O chamamento público instituído pela lei, na condição de procedimento administrativo, compreende uma série de atividades, funcionalmente unitárias, dirigidas à realização de um único interesse, ou seja, uma série de atividades que, embora autônomas, são interligadas e preordenadas à produção de apenas um resultado jurídico, a saber, a eleição de um parceiro para a Administração. As diversas atividades que integram o procedimento são agrupadas em etapas determinadas, denominadas fases da licitação.¹⁷³

¹⁷¹ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor? *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, ano n. 2, jan-jun 2016. p. 38.

¹⁷² MÂNICA, Fernando Borges. As novas mudanças na lei n. 13.019/14 e o futuro das parcerias com o terceiro setor. *Blog da pós*, nov. 2015. Disponível em: < <http://www.up.edu.br/blogs/pos-graduacao/as-novas-mudancas-na-lei-n-13-01914-e-o-futuro-das-parcerias-com-o-terceiro-setor-por-fernando-borges-manica/>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

¹⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

A lei não indica as fases do procedimento do chamamento público, mas, pela forma como o disciplina, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que compreende as fases de instrumento convocatório (edital), julgamento e classificação, homologação e habilitação.¹⁷⁴

Por outro lado, Thiago Marrara e Natália Aquino Cesário dividem as fases do procedimento em planejamento, abertura, classificação e habilitação.¹⁷⁵

Para os fins do presente trabalho, o estudo das fases será organizado de modo que primeiramente seja analisada a fase interna, ou de planejamento, para, quando do estudo da fase externa, possam ser analisadas a abertura, o julgamento e classificação das propostas e a habilitação.

4.2 Fase interna - planejamento

A fase interna do procedimento é aquela que tem lugar antes da publicação do ato convocatório e na qual são tomadas algumas providências estratégicas,¹⁷⁶ dentre as quais se destaca a elaboração do plano de trabalho, a possibilidade de realização de procedimento de manifestação de interesse social e a instituição da comissão de seleção.

Também chamada de “fase de planejamento”, deve ser realizada tanto como prévia do chamamento público, quanto em preparação à contratação direta, já que se destina a debater a estratégia e o conteúdo da parceria, sua utilidade e seus impactos.¹⁷⁷

Conforme aduz Adilson Abreu Dallari, a prática demonstrou que muitos problemas que surgem no curso do procedimento e até mesmo na execução do contrato derivam de erros ou falhas cujas raízes precedem a publicação do edital. Dessa forma, a importância conferida à fase preparatória da licitação visa levar a um maior cuidado com as definições essenciais para o bom desenvolvimento do certame e da futura contratação.¹⁷⁸

A comissão de seleção é definida pelo artigo 2º da lei:

X - comissão de seleção: 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; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 301.

¹⁷⁵ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 17.

¹⁷⁶ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 149.

¹⁷⁷ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 6.

¹⁷⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108.

À semelhança do que ocorre em outras modalidades licitatórias, a comissão de seleção é criada pela Administração com a atribuição de receber, encaminhar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos à licitação e ao cadastramento de licitantes, podendo ser permanente, quando designada para a realização de diversas licitações por um determinado período, ou especial, quando estruturada para atender uma licitação específica.¹⁷⁹

A lei assegura a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública, o que pode ser problemático, tendo em vista que todos os demais membros da comissão podem ser comissionados, que são mais propensos a sofrer influências políticas, ou mesmo temporários, que nunca foram aprovados em concurso público.¹⁸⁰

Elaborado o edital, cabe à comissão proceder aos demais atos do procedimento licitatório, sempre vinculada ao instrumento convocatório. Isso significa que se um licitante não preenche requisito exigido pelo edital, deverá ser desqualificado, pois a comissão não pode agir em desacordo com o edital. Caso dispense o cumprimento de exigência editalícia por algum licitante, estará ferindo o princípio da isonomia, não somente em relação aos demais participantes do certame, mas também perante eventuais licitantes que, tomando conhecimento da exigência, e não podendo cumpri-la, deixaram de participar.¹⁸¹

Importante notar que a lei traz hipóteses de impedimento para a participação na comissão de seleção, no artigo 27, parágrafos 1º a 3º:

§ 1º: As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada, nos termos desta Lei, ou constituída pelo respectivo conselho gestor, se o projeto for financiado com recursos de fundos específicos. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 2º: Será impedida de participar da comissão de seleção pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 3º: Configurado o impedimento previsto no § 2º, deverá ser designado membro substituto que possua qualificação equivalente à do substituído.

Trata-se de medida moralizadora, que visa impedir a participação, no procedimento licitatório, de pessoa que possa ter sua imparcialidade afetada por relações anteriores com alguma entidade participante do chamamento público. A previsão, contudo, é bastante tímida,

¹⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 154.

¹⁸⁰ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 7.

¹⁸¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 175 – 176.

pois deixa de fora várias outras situações de impedimento e suspeição, que deverão ser solucionadas mediante a aplicação das normas das leis de processo administrativo.

Outro aspecto positivo da lei é a previsão de instituição de programas de capacitação voltados a administradores públicos, dirigentes, gestores e representantes de organizações da sociedade civil, além de membros de conselhos de políticas públicas, membros da comissão de seleção, membros de comissões de monitoramento e avaliação e, enfim, demais agentes públicos e privados envolvidos na celebração e execução das parcerias disciplinadas pela lei.

A lei peca, contudo, ao prever, no parágrafo único do artigo 7º, que a participação nesses programas não se constitui em condição para o exercício da função, o que se reputa importante especialmente no que toca aos membros da comissão de seleção, já que a falta de conhecimentos técnicos pode entrar o procedimento ou mesmo gerar irregularidades.

Com relação ao plano de trabalho, trata-se de documento imprescindível que poderá ser proposto pela Administração Pública, caso em que o contrato futuro dele resultante se denominará “termo de colaboração”, ou pela organização da sociedade civil, caso em que o ajuste futuro se chamará “termo de fomento”.¹⁸²

A lei n. 13.019/2014 determina em seu artigo 22 os requisitos que dele devem constar:

- Art. 22: Deverá constar do plano de trabalho de parcerias celebradas mediante termo de colaboração ou de fomento: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- I - descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - II - descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - II-A - previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - III - forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - IV - definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - V - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - VI - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - VII - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - VIII - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - IX - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
 - X - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

A descrição da realidade e das metas a serem atingidas constitui a contextualização e a definição do próprio objeto da parceria, ou seja, a atividade de interesse público eleita pela Administração para ser promovida por meio de fomento.

¹⁸² MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 10.

Nota-se que o plano de trabalho deve conter metas e parâmetros para aferir seu cumprimento, de modo a tornar mais eficiente o controle da parceria realizada. Além disso, há preocupação em prever as receitas e despesas a serem realizadas durante a execução da parceria.

Contudo, sendo o objetivo da norma a moralização das parcerias, cabe questionar se não seria melhor ter mantido a redação original do artigo 22, antes de sua alteração e ampla revogação de dispositivos pela Lei n. 13.204/2015, já que possuía requisitos mais pormenorizadas e rígidos para o plano de trabalho.

A título de exemplo, é possível citar que, no regime anterior, era necessário promover um “diagnóstico” da realidade, ao passo que a nova redação prevê apenas “descrição”; também, as metas a serem atingidas deveriam ser descritas quantitativamente, diferentemente da previsão atual, que deixa de mencionar essa mensurabilidade; ainda, com as modificações deixa de haver necessidade de prever prazo para a execução das atividades e cumprimento das metas, bem como houve flexibilização dos parâmetros (que não precisam mais ser indicados quantitativa e qualitativamente), até, por fim, a exclusão de diversas outras previsões, como a demonstração de compatibilidade dos custos com os preços praticados no mercado, o plano de aplicação de recursos, a estimativa dos valores a serem recolhidos para pagamento de encargos previdenciários e trabalhistas das pessoas envolvidas diretamente na consecução do objeto, entre outras.

Por outro lado, também é questionável se tal grau de detalhamento seria compatível com a competência do Congresso Nacional para editar normas gerais sobre contratações públicas. Além disso, outra questão pertinente é em que medida as exigências originárias não afetariam e prejudicariam a adaptação da política nacional frente à realidade heterogênea dos Estados e Municípios brasileiros,¹⁸³ especialmente considerando as maiores dificuldades de gestão enfrentadas pelos últimos.

O artigo 23 contém prescrições que tornam possível notar característica peculiar do chamamento público:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. Sempre que possível, a administração pública estabelecerá critérios a serem seguidos, especialmente quanto às seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

- I - objetos;
- II - metas;

¹⁸³ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 12.

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV - custos;

V - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI - indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

No chamamento público a Administração deve adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados, de maneira a facilitar o acesso das entidades interessadas, já que se trata de uma parceria, de cooperação entre as partes. Tal regra não encontra paralelo nas contratações administrativas comuns, em que o procedimento se presta, principalmente, a garantir concorrência e melhores condições de contratação para a Administração, mas sem uma preocupação específica em promover o diálogo entre os setores envolvidos.

Na mesma linha do artigo 22, o artigo 23 prescreve que a Administração Pública deverá estabelecer critérios a serem seguidos, especialmente quanto aos objetos, metas, custos e indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados. Nota-se que a escolha do vocábulo “sempre que possível” parece deixar aberta a possibilidade de tais critérios não serem fixados (outra abertura preocupante).

Vale ainda ressaltar que todos esses critérios serão definidos casuisticamente, ou seja, na fase interna de cada chamamento público.

Por fim, ainda na fase de planejamento, insere-se um novo canal de comunicação aberto pela lei, o chamado procedimento de manifestação de interesse social.

A expressão “procedimento de manifestação de interesse”, já prevista em outras legislações, pode ser entendida como o recebimento de estudos, projetos e investigações, pela Administração Pública, de pessoas físicas ou jurídicas interessadas em fazê-lo com o objetivo de instruir um procedimento licitatório.¹⁸⁴

Trata-se, assim, de procedimento, instaurado pela Administração Pública, por sua iniciativa ou a pedido dos interessados, que tem por objetivo orientar a participação deles na elaboração de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações.

O procedimento de manifestação de interesse possuía como objetos de aplicação, até a Lei n. 13.019/2014, apenas as concessões comuns e as parcerias público-privadas.¹⁸⁵ Contudo, a lei insere a possibilidade de utilização do procedimento para a realização de parcerias sociais.

¹⁸⁴ LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Direito e Infraestrutura, v. 2). pp. 81-82.

¹⁸⁵ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse social (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 68

Assim sendo, por meio do procedimento de manifestação de interesse social 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.

Caso as propostas sejam consideradas viáveis, poderão levar à realização de chamamento público para sua efetivação.

O artigo 19 da lei elenca os requisitos da proposta contida no procedimento de manifestação de interesse social:

Art. 19: A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá atender aos seguintes requisitos:

I - identificação do subscritor da proposta;

II - indicação do interesse público envolvido;

III - diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida.

O procedimento de manifestação de interesse social promove diálogo entre as entidades do terceiro setor, Administração Pública e sociedade, sendo que a última deve ser ouvida sobre o tema:

Art. 20: Preenchidos os requisitos do art. 19, a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema.

Parágrafo único. Os prazos e regras do procedimento de que trata esta Seção observarão regulamento próprio de cada ente federado, a ser aprovado após a publicação desta Lei.

Vale ressaltar que não necessariamente esse diálogo resultará na realização do chamamento público, o que dependerá dos interesses da Administração, ou seja, trata-se de uma decisão discricionária.

Além disso, a realização do procedimento de manifestação de interesse social não dispensa a realização do chamamento público para a realização da parceria, nem impede que o proponente participe da seleção, nos termos do artigo 21, que veda, ainda, que a realização de chamamento público ou celebração de parceria seja condicionada à previa realização de procedimento de manifestação de interesse social.

4.3 Abertura

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da licitação, fixando os requisitos de participação, definindo o objeto e as condições básicas do contrato e convidando todos os interessados para que apresentem suas

propostas.¹⁸⁶ Hely Lopes Meirelles aduz ser o edital a “lei interna” da licitação, vinculando inteiramente a Administração e os proponentes,¹⁸⁷ apesar de não se tratar de lei em sentido formal.

Considera Adilson Abreu Dallari que a licitação somente tem início no momento em que a Administração manifesta publicamente sua intenção de encontrar um determinado particular, que pretenda com ela celebrar um contrato, para a prestação de um objeto determinado e sob determinadas condições,¹⁸⁸ ou seja, a partir da publicação do instrumento convocatório, gênero do qual o edital é espécie. É com essa publicação que tem início a fase externa do procedimento.

O artigo 24 da Lei n. 13.019/2014 trata dos requisitos do edital, que deve especificar as regras do chamamento público, especialmente a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria; o objeto da parceria; datas, prazos, condições, local e forma de apresentação das propostas; datas e 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; valor previsto para a realização do objeto; condições para interposição de recurso administrativo; minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria; e, de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.

Peculiaridade importante no regime de licitação de fomento reside na possibilidade de os critérios de seleção e julgamento das propostas serem definidos no âmbito do edital, conforme se depreende da leitura do inciso V.

Tal previsão é totalmente distinta do que ocorre na Lei n. 8.666/1993, na qual os critérios são previamente definidos no artigo 45, parágrafo 1º, a saber, menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, devendo o edital mencionar qual o tipo de licitação escolhido.¹⁸⁹

Impõe-se admitir que os tipos de licitação previstos no referido artigo da Lei n. 8.666/1993 não parecem se acomodar bem à realidade das parcerias, em que o valor econômico deixa de ser a variável mais importante a ser analisada, tendo em vista que aquilo que será repassado não será recebido a título de remuneração, mas será integralmente revertido para a realização do objeto da parceria, conforme analisado no item 3.6 do presente trabalho.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 291.

¹⁸⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

¹⁸⁹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 174.

O artigo 24, em seu parágrafo 2º, prevê a proibição, nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, à semelhança do que faz o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n. 8.666/1993.

Contudo, o artigo admite medidas discriminatórias para assegurar a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da federação onde será executado o objeto da parceria, além do estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades, ou da execução de projetos, conforme estabelecido em políticas setoriais.

Por fim, o artigo 26 determina que ao edital deve ser dada ampla publicidade, o que deve ser feito por meio de publicação *online*, com antecedência mínima de 30 dias. Tal previsão pode ser considerada salutar no que toca à desburocratização do procedimento, já que a Lei n. 8.666/1993 prevê que a publicação do resumo do edital deve se dar no Diário Oficial da Administração envolvida, além de em jornal diário de grande circulação, o que seria mais dispendioso.

Uma lacuna deixada pela Lei n. 13.019/2014 ao disciplinar o edital é a ausência de previsão do direito de impugnação, que consiste, por um lado, em canal por meio do qual os licitantes acabam por “negociar” os termos da licitação com o Estado, inclusive apontando falhas ou ilegalidades, e, de outro lado, em instrumento de controle social, já que na disciplina da Lei n. 8.666/1993 qualquer indivíduo, independente de relação na competição pelo contrato, pode se utilizar dele para questionar o ato, no intuito de zelar pelos princípios da Administração. Contudo, ainda que não prevista, deriva da própria interpretação constitucional a possibilidade de impugnação ao edital, já que expressa o direito fundamental de petição, se justificando, ainda, como instrumento de controle e canal de democratização da Administração Pública.¹⁹⁰

Como não existe previsão na lei, pode-se aplicar a sistemática da Lei de Processo Administrativo federal nos chamamentos da União. Assim, os recursos administrativos podem ser dirigidos à autoridade que proferiu a decisão para fins de reconsideração, a qual deve encaminhar à autoridade superior caso não reconsidere. No âmbito dos Estados e Municípios, devem ser aplicadas as leis próprias de processo administrativo ou a lei de processo administrativo federal, por analogia, quando houver lacuna.¹⁹¹

¹⁹⁰ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 14.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 304.

Convém ressaltar que o edital é o documento mais importante do procedimento licitatório, pois todas as fases subsequentes são afetadas por seu conteúdo, que condiciona, inclusive, o futuro contrato.¹⁹² Assim, também no chamamento, vale o princípio geral licitatório de vinculação estrita ao ato convocatório.

4.4 Julgamento e classificação das propostas

A Lei n. 13.019/2014, à semelhança do que fez anteriormente a Lei n. 10.520/2002 (lei do pregão), inverte a ordem das fases de habilitação dos licitantes e classificação das propostas. Essa inversão proporciona vantagens na medida em que reduz a litigiosidade, já que costumeiramente quem perde na classificação tem menos interesse em impugnar a participação de todos os demais participantes.¹⁹³

O julgamento e a classificação das propostas deverão ser feitos de maneira objetiva, conforme comando contido no artigo 24, parágrafo 1º, V, analisado no tópico anterior, que determina que 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, devem ser definidos pelo edital.

Em consonância com os princípios da igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório, nada, nenhum fator, critério ou elemento poderá ser considerado no julgamento das propostas se não previsto expressamente no edital.¹⁹⁴

Contudo, tais critérios não são apontados de maneira explícita pela lei, de modo que os Estados e Municípios podem definir seus próprios critérios por lei ou, alternativamente, decidir não estabelecer nenhum critério legal, deixando no campo da discricionariedade administrativa a elaboração dos critérios de julgamento em cada caso.¹⁹⁵

Apesar da abertura legal, um critério consta da lei, sendo obrigatório para o julgamento: o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o objeto da parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento público. Inclusive, caso não seja selecionada a proposta mais adequada ao valor de referência, a decisão deverá ser justificada, nos termos do artigo 27 da lei.

¹⁹² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

¹⁹³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 105.

¹⁹⁴ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

¹⁹⁵ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 15.

O administrador público está autorizado a gastar mais que o inicialmente previsto durante a etapa de planejamento, desde que justifique sua escolha e que haja recursos disponíveis para tanto.

No que toca ao valor de referência, de fato é conveniente que se estabeleçam parâmetros para aferir se um determinado valor é ou não viável. Aqui o tratamento é similar ao das contratações tradicionais, nas quais nada impede que se aumentem os encargos do particular e as vantagens ou garantias da Administração Pública, já que isso não violaria direitos ou interesses de eventuais licitantes que não apresentaram propostas, reputando-se também admissíveis modificações do projeto que visem ao melhor atendimento do interesse público.¹⁹⁶

Porém, nas contratações tradicionais há a preocupação com a equivalência das obrigações, já que há um preço envolvido. Não é o que ocorre nas parcerias, em que eventual valor a ser repassado será integralmente revertido na consecução do objeto, de modo que se torna compreensível a escolha de proposta mais dispendiosa que o inicialmente previsto.

As propostas devem ser sérias, ou seja, elaboradas com o propósito de serem mantidas; firmes, ou seja, não apresentando cláusulas restritivas, resolutivas ou excepcionais, que as tornem alterável; e concretas, não apresentando traços indeterminados. Além disso, as propostas devem guardar estrita conformidade com as cláusulas estipuladas no instrumento de abertura, sendo necessário, ainda, que sejam perfeitamente exequíveis. As propostas inviáveis devem ser excluídas do procedimento, sendo desclassificadas.¹⁹⁷

Para desclassificar uma proposta, contudo, é necessário que haja justificção, pois deve ser demonstrada a desconformidade ou inexecutabilidade da proposta, não se tratando aqui de uma faculdade discricionária da Administração, mas de um poder vinculado às condições objetivas da proposta que, em confronto com os dados concretos da realidade, demonstram sua inviabilidade.¹⁹⁸

Findo o julgamento e classificação das propostas, a Administração deve proceder à homologação do julgamento, em conformidade com a previsão do artigo 27, parágrafos 4º e 6º, de acordo com o qual a divulgação do resultado da homologação deve ser publicada *online*.

Na homologação, antes de celebrar a parceria com a entidade selecionada, a Administração passa em revista todos os atos praticados durante o procedimento seletivo, por meio de um ato de controle lastreado no poder de autotutela administrativa. A autoridade

¹⁹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115.

¹⁹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 151-153.

¹⁹⁸ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.

competente para praticar o ato controlador deve ser a mesma competente para firmar a eventual parceria.¹⁹⁹

A homologação indica, assim, a fase de aprovação do procedimento de licitação. Na sistemática da Lei n. 8.666/1993, a homologação ocorre apenas após o julgamento dos recursos interpostos da habilitação e da classificação, que possuem efeito suspensivo.²⁰⁰ Contudo, a Lei n. 13.019/2014 fez opção por inserir a homologação após a etapa de classificação, porém antes da etapa de habilitação, o que pode causar estranhamento.

Dessa forma, a homologação não gera, e nem poderia gerar, direito à celebração da parceria, tendo em vista que na Lei n. 13.019/2014 a homologação ocorre antes da habilitação da entidade selecionada.

4.5 Habilitação

A fase de habilitação no chamamento público ocorre apenas após o encerramento da etapa competitiva do certame, à semelhança do que ocorre obrigatoriamente no pregão e facultativamente nas parcerias público-privadas. Nesse momento, a administração pública fará a verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos contidos nos artigos 33 e 34 da lei.

Caso a organização da sociedade civil selecionada não atenda aos requisitos, aquela imediatamente mais bem classificada poderá ser convidada a aceitar a celebração da parceria nos termos da proposta por ela apresentada, e, nesse caso, havendo aceitação, será feita a verificação dos documentos dessa entidade para conferir, também, o cumprimento dos requisitos dos artigos 33 e 34 da lei.

O artigo 33 traz requisitos relativos às normas de organização interna da sociedade civil e requisitos de natureza técnico-operacionais:

Art. 33: Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

III - que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹⁹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 187.

²⁰⁰ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 175.

- IV - escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- V - possuir: (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- 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. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- § 1º: Na celebração de acordos de cooperação, somente será exigido o requisito previsto no inciso I. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- § 2º: Serão dispensadas do atendimento ao disposto nos incisos I e III as organizações religiosas. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- § 3º: As sociedades cooperativas deverão atender às exigências previstas na legislação específica e ao disposto no inciso IV, estando dispensadas do atendimento aos requisitos previstos nos incisos I e III. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- § 4º: (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
- § 5º: Para fins de atendimento do previsto na alínea c do inciso V, não será necessária a demonstração de capacidade instalada prévia. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Nota-se que a lei traz requisitos de natureza institucional e requisitos de natureza técnico-operacionais. Na disciplina da Lei n. 8.666/1993 os requisitos são divididos em habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e comprovação de emprego regular de trabalho de menores²⁰¹, o que denota serem as exigências muito mais rígidas que as previstas para as parceiras sociais da Lei n. 13.019/2014.

Os requisitos de natureza institucional dizem respeito às normas de funcionamento da organização da sociedade civil, sua finalidade, sua submissão a requisitos de contabilidade e a limitação estatutária sobre o destino de seus bens. Os requisitos de natureza técnico-operacionais dizem respeito ao prazo mínimo de existência da organização da sociedade civil, ao seu conjunto de experiências prévias e às condições estruturais que deve possuir para participar de uma parceria.²⁰²

A previsão de prazo mínimo de existência, exigência de instalações e condições materiais e capacidade técnico-operacional visam coibir a criação de organizações fantasma, com a única finalidade de captar recursos a partir do fomento público.

²⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 160.

²⁰² MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 19.

Um problema, contudo, consta do parágrafo 5º do artigo, que prevê a desnecessidade de demonstração de capacidade instalada prévia, o que parece um contrassenso frente às previsões imediatamente anteriores.

Contudo, é preciso manter outra peculiaridade importante das parcerias em mente: aqui, ao contrário do que ocorre nas contratações comuns, não é preciso demonstrar qualificação econômico-financeira, que significa a disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação, já que geralmente incumbe ao contratado executar com recursos próprios o contrato, e a carência de recursos implicaria uma presunção de que ou o objeto não poderá ser adequadamente executado ou haverá a possibilidade de inadimplência.²⁰³ Nas contratações de parceria, diferentemente, a entidade contará com o fomento do poder público, que será aplicado diretamente na consecução do objeto acertado. Nessa medida, a previsão do parágrafo 5º do artigo 33 se torna compreensível, tendo em vista que o fomento pode ser dirigido, justamente, a implementar instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional.

O artigo 34 traz uma relação dos documentos que devem ser apresentados pela organização da sociedade civil para a habilitação: 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; 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; e, por fim, comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado.

A disciplina da lei falha ao não exigir a comprovação da regularidade com a seguridade social, o que representa condição para o atendimento do conteúdo do artigo 195, parágrafo 3º da Constituição, o qual veda que a Administração Pública licite ou contrate com pessoa jurídica em débito com a Previdência Social.²⁰⁴

Trata-se de abertura preocupante na medida em que, apesar de parte trabalhadores das entidades poder se constituir de voluntários, o terceiro setor também emprega trabalhadores remunerados, por meio do regime celetista, de modo que não se pode tolerar a outorga de

²⁰³ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 164.

²⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 161.

benefícios sob o abrigo de uma parceria social à entidade que não respeite a previdência social e a legislação trabalhista.

Finalmente, o artigo 39 prevê uma série de amplas hipóteses que tornam uma organização da sociedade civil impedida de celebrar parcerias com o Poder Público.

Determina o artigo que fica impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista na lei a organização da sociedade civil que não esteja regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional.

Além disso, não pode a organização da sociedade civil estar omissa em seu dever de prestar contas de parcerias anteriormente celebradas, ou caso suas contas tenham sido rejeitadas nos últimos cinco anos, salvo se for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e quitados os débitos eventualmente imputados, for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição, ou, ainda, caso a apreciação das contas estiver pendente de decisão de recurso com efeito suspensivo. O impedimento ocorre também caso as contas da parceria tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos oito anos, contudo, não são considerados débitos os decorrentes de atrasos na liberação de repasses pela Administração Pública ou que tenham sido objeto de parcelamento, caso ele esteja em situação regular.

Fica impedida a entidade que tenha sido punida com suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública; suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora; e, por fim, declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo.

No mesmo sentido, causa impedimento à entidade manter dirigentes 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 oito anos. Não pode haver dirigentes que tenham sido julgados responsáveis por falta grave e inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (enquanto durar a inabilitação), ou que tenham sido considerados responsáveis por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos pela lei de improbidade administrativa.

Importante ressaltar que, nesses casos, o impedimento perdura apenas pelo período que durar a penalidade imposta pela Administração. Não obstante, persiste o impedimento para

celebrar parceria enquanto não houver ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente.

Ainda no que toca aos dirigentes, não pode haver 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. Trata-se de importante previsão no sentido de preservação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, visando coibir eventual troca de favores ou pressões indevidas.

Contudo, essa vedação não se aplica à celebração de parcerias com entidades que, pela sua própria natureza, sejam constituídas pelas autoridades referidas, sendo apenas vedado que a mesma pessoa figure no termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação simultaneamente como dirigente da entidade e administrador público. Ressalta-se, ainda, não serem considerados membros de Poder os integrantes de conselhos de direitos e políticas públicas.

Em caso de impedimento, são vedadas as transferências de novos recursos mesmo em parcerias que ainda estejam em execução, excetuados os casos de serviços essenciais que não podem ser adiados, sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da Administração Pública, sob pena de responsabilidade solidária.

Caso algum dos requisitos de habilitação analisados seja descumprido, ou caso seja detectada hipótese de impedimento, torna-se inaceitável a celebração da parceria, de modo que se a organização da sociedade civil selecionada for desabilitada, poderá a entidade pública, a seu juízo discricionário baseado na ponderação de princípios administrativos e interesses públicos primários, suspender a contratação ou convocar a segunda colocada na fase de julgamento.²⁰⁵

Convém esclarecer que a Lei n. 13.019/2014 não fez previsão expressa à etapa de adjudicação do procedimento, que significa atribuir ao vencedor o objeto disputado no certame, sendo o ato final do procedimento licitatório, efetivado pela mesma autoridade que procedeu à homologação.²⁰⁶

²⁰⁵ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016. p. 22.

²⁰⁶ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 175.

Faz-se, contudo, evidente que o procedimento deverá ser encerrado por meio da adjudicação do objeto da parceria à entidade selecionada, por meio de sua revogação, por motivos de interesse público, ou, ainda, por sua anulação, por motivo de ilegalidade.

4.6 Contratação direta, dispensa e inexigibilidade

Conforme análise anterior, a exigibilidade de licitação pública tem por causa os princípios a que é adstrita a Administração, bem como o comando contido no artigo 37, XXI da Constituição Federal, que estabelece que obras, serviços, compras e alienações são contratados mediante licitação, ressalvados os casos especificados na legislação.²⁰⁷

E é justamente isso o que faz a Lei n. 13.019/2014: especifica casos em que o certame é afastado, a saber, a contratação direta de acordo de cooperação, a contratação direta de termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de chamamento público.

A lei prevê, no artigo 29, que os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais serão celebrados sem chamamento público.

Vale ressaltar que, com relação às emendas, a Constituição prevê em seu artigo 166, parágrafo 3º, que somente poderão ser aprovadas caso: sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; indiquem os recursos necessários admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Apesar da disciplina constitucional, a previsão é preocupante na medida em que as emendas parlamentares são, em muitas ocasiões, negociadas em troca de apoio político ao Poder Executivo, o que abre margem para a ocorrência de imoralidades.²⁰⁸

Também prescinde do procedimento de chamamento público a celebração de acordo de cooperação, que se trata de instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias

²⁰⁷ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 123.

²⁰⁸ GARCIA, Emerson. A corrupção na elaboração e na gestão do orçamento público: o caso das emendas parlamentares na realidade brasileira. *CONAMP*, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/convenios/dynamus/item/1063-a-corrupcao-na-elaboracao-e-na-gestao-do-orcamento-publico-o-caso-das-emendas-parlamentares-na-realidade-brasileira.html>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

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, conforme redação do artigo 2º, inciso VIII-A. Tendo em vista que não há transferência de recursos financeiros, o artigo 24 não menciona o acordo de cooperação ao estabelecer a obrigatoriedade de realização do chamamento público:

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

Contudo, caso a celebração do acordo de colaboração acarrete a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, o chamamento público torna-se compulsório, conforme comando do artigo 29 da lei.

Além disso, existem as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. A obrigatoriedade de licitar encontra limites, porque há casos em que não poderia se desenvolver regularmente. Trata-se da inexigibilidade, ou seja, hipóteses em que não se poderia exigir que o certame fosse realizado, uma vez que, mesmo que a Administração Pública quisesse, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso devido à inviabilidade da competição.²⁰⁹

Em outras situações, conquanto seja viável a competição, não haveria utilidade em licitar, já que o interesse público seria comprometido, o que configura as hipóteses de dispensa. Em suma, a inexigibilidade relaciona-se à impossibilidade de proceder à licitação pública por inviável a competição, enquanto a dispensa relaciona-se à inutilidade da licitação pública para a consecução do interesse público.²¹⁰

Para Toshio Mukai, tratando-se de inexigibilidade ou dispensa de licitação, não há que se cogitar de princípio da isonomia, pois não haveria outras pessoas físicas ou jurídicas que poderiam ter sido contratadas para o mesmo fim.²¹¹

O artigo 30 especifica as hipóteses de dispensa do chamamento público, que são quatro: urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa

²⁰⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 37-39.

²¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 37-39.

²¹¹ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

comprometer sua segurança; e, por fim, 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 pública.

Por sua vez, o artigo 31 especifica as situações de inexigibilidade de chamamento público, o que ocorre na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade determinada, especificando duas situações: quando o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; e quando a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do parágrafo 3o do artigo 12 da Lei no 4.320/1964, observado o disposto no artigo 26 da Lei Complementar no 101/2000, a lei de responsabilidade fiscal.

Mesmo nas hipóteses dos artigos 30 e 31, a ausência de realização do chamamento público deverá ser justificada pelo administrador público, conforme redação do artigo 32 da lei. O extrato da justificativa deve ser publicado, sob pena de nulidade do ato de formalização da parceria, na mesma data em que for efetivado, no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da Administração Pública.

Admite-se impugnação à justificativa, que deve ser apresentada no prazo de cinco dias a contar de sua publicação. O teor da impugnação deve ser analisado pelo administrador público responsável também no prazo de cinco dias do respectivo protocolo.

Caso se decida pela procedência da impugnação, deve ser revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, sendo imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.

Ressalta-se que as situações de dispensa e a inexigibilidade do chamamento público não afastam a aplicação dos demais dispositivos da lei.

Com isso, encerra-se o estudo do chamamento público, modalidade de licitação de fomento inserida no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.019/2014, que constitui uma das mais importantes medidas moralizadoras das parcerias com o terceiro setor inseridas pela lei com objetivo de combate à corrupção, proteção do patrimônio público e da concorrência, e na busca maior segurança jurídica nas relações de parceria.

CAPÍTULO 5 – CONCLUSÕES

Com a ênfase dada ao princípio da subsidiariedade após a Reforma Gerencial, o Estado passa a deixar livres à iniciativa privada as atividades que tenha condições de desempenhar sozinha, subsidiando-a quando for deficiente, num movimento de verdadeiro compartilhamento da proteção ao interesse público com os particulares.

Concluiu-se que, de todas as maneiras pelas quais o Estado pode atuar para intervir na ordem econômica, direcionando-a aos fins públicos que por ele devem ser protegidos, o fomento se trata da mais branda, pois aqui a Administração Pública não realiza a atividade pretendida diretamente, nem limita a liberdade dos administrados ou os coage para que façam ou deixem de fazer.

Tendo em vista que o fomento se trata de uma atividade consensual, o maior espaço para sua utilização aberto com a Constituição Federal de 1988 acarretou franca expansão na utilização das parcerias, modalidades de ajustes entre os setores público e privado para a consecução de objetivos comuns.

Nesse contexto ganha destaque a atuação do terceiro setor, composto por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais e voltados para a solução de problemas sociais, com o objetivo final de gerar serviços de caráter público.

O terceiro setor, muito embora seja composto de associações e fundações (e, excepcionalmente, cooperativas, quando qualificadas como sociais), trabalha com diversas qualificações jurídicas concedidas pelo Poder Público para diferenciar a atuação das entidades, criando um regime jurídico específico que visa padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento casuístico e estabelecendo mecanismos de controle.

Essas entidades, qualificadas ou não, celebram instrumentos de parceria com o poder público. Tradicionalmente, o instrumento utilizado para tanto era o convênio, que, contudo, possuía tratamento jurídico deficitário.

Ocorre que, com o fortalecimento das parcerias, cresceu a preocupação com a necessidade de promoção de controle adequado, que protegesse o patrimônio público e os cidadãos usuários dos serviços. Tendo em vista que ao celebrar a parceria o Poder Público concede uma vantagem a ser usufruída por determinados particulares, passou-se a questionar acerca da necessidade de realização de procedimento administrativo para seleção da entidade parceira, nos casos em que haja mais interessados do que a Administração Pública seja capaz de atender com seu fomento.

Da análise dos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa, chegou-se à conclusão de que seria necessária, sim, a imposição de procedimento administrativo para a seleção da entidade. Contudo, constatou-se também a inaplicabilidade das regras da Lei n. 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitação e contratos administrativos.

Referida inaplicabilidade advém, de um lado, da constatação de que a aplicação da lei se restringe aos acordos de vontade onde haja estipulação de obrigações recíprocas, o que não ocorre nas parcerias com o terceiro setor, onde as obrigações são colaborativas.

De outro lado, a inaplicabilidade decorre de inexigibilidade na modalidade inviabilidade de competição, que advém da cooperação de esforços empreendida entre as partes para a consecução de objetivos comuns, o que singulariza o objeto e torna desnecessária a licitação, especialmente considerando-se que não há proveito econômico para o parceiro privado, que deve aplicar eventuais valores recebidos integralmente na consecução do objeto da parceria.

Ademais, a Lei n. 8.666/1993 ainda prevê, em seu artigo 24, inúmeras hipóteses de dispensa de licitação para a contratação direta de entidades sem fins lucrativos.

Tornou-se evidente, assim, que as normas da Lei n. 8.666/1993 não só não se aplicam às parcerias de fomento como não são a elas adequadas, tendo em vista que a lei foi desenhada sob a premissa de disputa entre sociedades empresárias que visam ao lucro.

Concluiu-se, então, pela real necessidade de imposição de procedimento próprio para a seleção das entidades parcerias para firmar relações de fomento, para que fossem levadas em consideração as características peculiares desse tipo de ajuste.

A partir de então foi iniciado o estudo acerca da Lei n. 13.019/2014, denominada “marco regulatório das organizações da sociedade civil”, que pretendeu regular a relação de fomento e colaboração entre Estado e organizações da sociedade civil, contribuindo para a segurança jurídica das relações, inserindo novos princípios, fundamentos e diretrizes para a relação, ampliando os mecanismos de transparência e de controle social, auxiliando no planejamento e gestão pelo Poder Público, reconhecendo as particularidades das entidades privadas sem fins lucrativos e a importância de realização de mecanismos de colaboração junto ao Poder Público.

Ressaltou-se que, antes mesmo de sua entrada em vigor, o texto original da lei sofreu profundas alterações pela Lei n. 13.204/2015, que ampliou seu período de vacância, revogou e alterou inúmeros dispositivos. O estudo promovido foi feito com base no texto alterado da lei, já que foi esse que entrou em vigor.

Dentre as medidas moralizadoras previstas pelo diploma legal, o presente trabalho focou-se no estabelecimento do chamamento público, procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Trata-se da criação nova modalidade de licitação no ordenamento jurídico brasileiro, à qual o trabalho denominou “licitação de fomento”.

Na condição de procedimento administrativo, o chamamento público compreende uma série de atividades que, embora autônomas, são interligadas e preordenadas à produção de apenas um resultado jurídico: a escolha de um parceiro para a Administração. Dessa forma, as diversas atividades que integram o procedimento foram agrupadas em etapas, fases da licitação.

Embora a Lei n. 13.019/2014 não tenha previsto a divisão do procedimento em fases, a disciplina do chamamento público tornou possível identificar uma fase interna, de planejamento, e outra externa, subdividida em abertura, julgamento e classificação das propostas e habilitação.

Na fase interna foram estudados o plano de trabalho, a possibilidade de realização do procedimento de manifestação de interesse social e a instituição da comissão de seleção. Na fase de abertura, foram analisados os requisitos do edital, com o qual se inicia tal fase. Na fase de julgamento e classificação das propostas foram estudados os critérios de classificação e a homologação do julgamento. Por fim, na fase de habilitação, foram estudados os requisitos exigidos e os documentos que devem ser apresentados para sua comprovação, além de uma ampla lista de impedimentos para a celebração de parcerias por parte de organizações da sociedade civil.

Por fim, o trabalho analisou as hipóteses de contratação direta (dos acordos de cooperação, e dos termos de fomento e colaboração que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais), além das hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Apesar de a Lei n. 13.019/2014 se tratar, efetivamente, de importante passo no que toca à uma disciplina adequada das parcerias de fomento, seu texto é merecedor de diversas críticas, especialmente após a alteração promovida pela Lei n. 13.204/2015.

Isto porque as alterações relativizaram sobremaneira várias exigências e requisitos que constavam do texto original. Inclusive, uma das mais flagrantes relativizações diz respeito ao âmbito de aplicação da lei, que, no regime anterior, somente deixava de aplicar-se às

transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitam com a lei, quando os recursos envolvidos fossem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento; às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houvesse disposição expressa em contrário; e aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei n. 9.637/1998.

Na nova redação, as exigências da lei deixam de se aplicar às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitam com a lei; aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.637/1998; aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do parágrafo 1º do artigo 199 da Constituição Federal; aos termos de compromisso cultural referidos no parágrafo 1º do artigo 9º da Lei n. 13.018/2014; aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.790/1999; às transferências referidas no artigo 2º da Lei n. 10.845/2004, e nos artigos 5º e 22 da Lei n. 11.947/2009; aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por membros de Poder ou do Ministério Público, dirigentes de órgãos ou de entidades da Administração Pública, pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública; e, por fim, às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

Assim, conclui-se que, de todas as qualificações jurídicas concedidas ao terceiro setor identificadas por essa pesquisa, escapam à aplicação da lei as organizações sociais, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, as organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos. Resta, somente, a aplicação às cooperativas sociais, tendo em vista que “entidade de apoio” não se trata propriamente de uma qualificação jurídica.

Não fosse bastante, a Lei n. 13.204/2015 ainda relativizou os requisitos do plano de trabalho, que eram muito mais rígidos na redação original; diminuiu o nível de detalhamento dos requisitos que devem constar do edital de abertura; ampliou as hipóteses de contratação direta, dispensa e inexigibilidade; reduziu o número de documentos a serem apresentados quando da habilitação; e, por fim, ainda restringiu as vedações à celebração de parcerias contidas no texto anterior.

É possível defender que tais modificações foram úteis e necessárias do ponto de vista da desburocratização do procedimento, especialmente tendo em vista que a lei carrega normas gerais, aplicáveis a todas as esferas da federação, podendo-se mesmo argumentar que maior nível de detalhamento não seria compatível com o fundamento de competência da edição da lei, instituidora de normas gerais.

Contudo, seria prematuro chegar a tal conclusão nesse momento.

Dessa forma, levando em consideração todo o exposto, ao invés de tentar oferecer respostas, o que consistiria em exercício infrutífero de futurologia, o presente trabalho conclui por levantar mais questionamentos, já que ainda não se sabe ainda qual será, efetivamente, o âmbito de aplicação da lei, tendo em vista as várias hipóteses de exclusão previstas, e se o chamamento público será realmente capaz de atingir seus objetivos de moralização das relações de parceria entre Estado e terceiro setor. Somente com o tempo a aplicação prática da lei fornecerá respostas conclusivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTARA, Christian Mendez. *O modelo gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre estado e sociedade civil em busca de legitimidade. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O novo direito administrativo brasileiro – o público e o privado em debate*. vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. 2006. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991

BRASÍLIA. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Relatório final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil*. 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, vol. 34, 2000.

BROCHARDT, Viviane. Histórico do marco regulatório das organizações da sociedade civil. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/historico>>. Acesso em: 20 de jun. de 2016.

CARNOTA, Enrique Gómez-Reino; VILELA, Fernando Adolfo de Abel. Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado. In: MOREIRA NETO,

Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Terceirização de Serviços na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 3, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Teoria geral e princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v.1).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Administração pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 2).

DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, v. II.

FRANCO, Augusto de. *Terceiro setor: a nova sociedade civil e seu papel estratégico para o desenvolvimento*. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002.

GARCIA, Emerson. A corrupção na elaboração e na gestão do orçamento público: o caso das emendas parlamentares na realidade brasileira. *CONAMP*, jan. 2016. Disponível em:

< <http://www.conamp.org.br/pt/convenios/dynamus/item/1063-a-corrupcao-na-elaboracao-e-na-gestao-do-orcamento-publico-o-caso-das-emendas-parlamentares-na-realidade-brasileira.html>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na administração pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Reflexões acerca do princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4).

LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Direito e Infraestrutura, v. 2).

MÂNICA, Fernando Borges. As novas mudanças na lei n. 13.019/14 e o futuro das parcerias com o terceiro setor. *Blog da pós*, nov. 2015. Disponível em: < <http://www.up.edu.br/blogs/pos-graduacao/as-novas-mudancas-na-lei-n-13-01914-e-o-futuro-das-parcerias-com-o-terceiro-setor-por-fernando-borges-manica/>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. 6ª ed. Norte-Americana. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Fundações de apoio e universidades públicas: os estímulos da crise à fuga para o direito privado. *Crise econômica e Soluções Jurídicas*. n. 16, 2015.

MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 100, 2005.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natalia Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, 2016.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor? *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, ano n. 2, jan-jun 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 6ª edição. São Paulo: RT, 2002, p. 283.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed, 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos Tribunais*, vol. 890, 2009.

MEREGE, Luiz Carlos. Terceiro setor: finalmente no PIB. *Gife*, mai. 2007. Disponível em: < <http://site.gife.org.br/artigo-terceiro-setor-finalmente-no-pib-11933.asp>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 5, vol. 1, mar/abri/mai 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 9, 2014.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. 2011. 268 fls. Tese (Livro-Docência em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6).

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I – parte general*. 15ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na gestão pública do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O novo direito administrativo brasileiro – o público e o privado em debate*. vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, v. 54, 1949.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua aplicação no direito brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RIBEIRO, Juscimar Pinto. As organizações sociais e os contratos de gestão: uma discussão jurídica ainda em aberto. In: Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG); MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público atual: estudos em homenagem ao professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor*. 2004.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse social (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIQUEIRA, Mateus Eduardo; BERTONCINI, Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Leandro Marins de. *Parcerias entre a administração pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação*. 2010. 288f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Leis de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan. 2006.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 16, jul-dez 2010.

VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Privatização e eficiência. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.