
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
CDD: 342	CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor

Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da Faculdade de Direito da PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Advogado em São Paulo.

Rodrigo Pagani de Souza

Doutor e Mestre em Direito pela USP. Master of Laws pela Yale Law School (EUA). Advogado em São Paulo.

Resumo: Este estudo pretende demonstrar que os modernos vínculos de parceria do Estado com o Terceiro Setor já têm conteúdo que os aproxima de verdadeiros contratos administrativos, voltados à prestação de serviços de relevância pública. Mas é preciso que a legislação torne mais sistemático o tratamento dessas parcerias como contratos. Além disso, é necessário disciplinar, por lei, um processo administrativo de chamamento público adequado à celebração desses contratos.

Palavras-chave: Parcerias. Terceiro Setor. Processo administrativo. Administração Pública.

Sumário: 1 Introdução – 2 A contratualização das parcerias públicas com o Terceiro Setor – 3 A flexibilidade na aplicação dos recursos financeiros recebidos – 4 Equiparação do pessoal do Terceiro Setor aos funcionários públicos – 5 Equiparação das entidades do Terceiro Setor a entidades estatais – 6 Um grave erro a evitar – 7 Considerações finais

1 Introdução

O moderno exercício da atividade de administração pública envolve, com frequência, a colaboração entre entes estatais e entidades privadas sem fins lucrativos e de fins públicos, integrantes do chamado Terceiro Setor. Tal colaboração faz-se comumente por meio de vínculos jurídicos de parceria, os quais objetivam a prestação de serviços de relevância pública à população. Proliferam, dessa forma, o que se poderia chamar de parcerias públicas com o Terceiro Setor.

Uma característica desses vínculos merece atenção: eles estão se contratualizando. Contratualizam-se inclusive aqueles vínculos do Estado com o Terceiro Setor que se supunha serem em boa medida distintos dos instrumentalizados por contratos e, por isso mesmo, se apregoava como afeitos a espécies diferentes de instrumentos, como os convênios e instrumentos congêneres; hoje se descobre que muitos deles não são

opostos, mas sim perfeitamente assemelhados aos regidos por contratos administrativos de prestação de serviços. Bem por isso, a despeito da denominação diversa que recebem os respectivos instrumentos, são vínculos verdadeiramente contratuais.

Ao observador atento vai ficando nitidamente obsoleta a pretensão de universalidade da tradicional descrição de convênio disseminada pela obra de Hely Lopes Meirelles,¹ vez que ela não dá mais conta de toda a realidade das parcerias. Pode descrever parte, mas não o todo dela. Modernamente, é cada vez mais usual o vínculo de parceria que não se deixa descrever pela tradicional descrição, afeiçoando-se muito mais à descrição de contrato. Noutras palavras, enxerga-se no multifacetado universo das parcerias do Estado com o Terceiro Setor que muitas delas já são contratos e, como tais, merecem o correspondente tratamento jurídico.

Importa perceber, inclusive, que a moderna parceria cuja essência é a de um contrato vai, paulatinamente, em sintonia com esta sua própria natureza, se deixando chamar por contrato (p. ex., “contrato de gestão”, “contrato de repasse”, “contrato de direito público” ou “contratação”). Quando isto não sucede e ela continua a atender, a despeito da sua essência, pelos apelidos de antigamente — “acordo”, “termo”, “ajuste” ou qualquer outro que fuja à chapa contratual — o apelido de fuga explica-se por uma de duas alternativas: 1) a inércia da tradição no uso de expressões correntes no tráfico jurídico; ou 2) a necessidade gerencial de fuga do regime licitatório ditado pelo defasado Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos Brasileiro (Lei nº 8.666/93).

A despeito da inércia da tradição envolvida no uso de certas expressões, esta vai sendo quebrada. A prática das parcerias, assim como as normas e as tendências normativas contemporâneas, encarregam-se por si de evidenciar que descrições e denominações feitas com os olhos doutra época perdem a utilidade como categorias dogmáticas e merecem ser superadas por outras, mais afeitas ao presente.

¹ Dizia o professor e magistrado na célebre passagem: “Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objeto comum, desejado por todos.” (Direito administrativo brasileiro. 17. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 354-355).

Já passou o tempo em que as parcerias do Estado com o Terceiro Setor não tinham caráter sinalagmático e não inspiravam os cuidados de um contrato, mas, supunha-se, exigiam apenas a atenção de um instrumento de outro naipe, cujo regime era um tanto incerto e nisso não se viam maiores problemas. Hoje, fazem-se parcerias que envolvem prestações e contraprestações, implicam gastos de milhões de reais, revelam-se indispensáveis à prestação de diversos serviços de relevância pública e, ainda, são meio de fomento à realização de valores caríssimos à sociedade moderna, como a defesa de direitos difusos e coletivos, a cidadania, o associativismo e a filantropia.

Por todas essas suas novas e importantes características, as modernas parcerias passaram a inspirar cuidados semelhantes, no mínimo, aos suscitados por outros vínculos jurídicos com a Administração Pública tipicamente instrumentalizados por contratos, como os constitutivos da obrigação de realizar obra, prestar serviço ou fornecer bens. Tornaram-se inclusive alvo prioritário de atenção dos órgãos de controle (tribunais de contas, controladorias e comissões parlamentares de inquérito) durante a primeira década do século XXI.

Diante desse contexto, perde o sentido continuar a chamá-las de modo neutro e cresce a necessidade de que sejam reconhecidas como contratos que são (ou, pelo menos, melhor chamá-las de contratos de parceria, de colaboração, de fomento ou algo do gênero, mas sempre de contratos). Não mais se justifica o apego a apelidos descompassados com a realidade das modernas parcerias, ou mesmo a fórmulas de redação contratual (p. ex., alusão às partes como “partícipes”, ao objeto como a “conjunção de esforços em prol de um objetivo comum”) que mais servem para confundir do que para precisar a verdadeira relação formalizada pelo instrumento.

Quanto à referida necessidade do gestor público de fuga do defasado regime licitatório da Lei nº 8.666/93, trata-se de uma realidade que requer cuidado. É certo que, ainda que se assemelhem a contratos de prestação de serviços, as modernas parcerias com o Terceiro Setor podem ser firmadas, no mais das vezes, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A dispensa é por vezes prevista na lei como legítima política de Estado, a privilegiar a contratação de organizações que melhor encarnem valores públicos encarecidos pela Constituição.

A inexigibilidade, não sendo caso de dispensa, possivelmente decorrerá da circunstância de a Lei nº 8.666/93 ter uma lógica sobremodo afeiçoada à contratação de obras e serviços de engenharia e, bem por isso, inadequada à contratação de serviços de relevância pública tipicamente objeto das modernas parcerias. Inadequada para esses objetos, a licitação nos termos da Lei nº 8.666/93 será inexigível. O problema é que os órgãos de controle poderão não enxergar as coisas assim; poderão na prática — e o risco é grande — simplesmente não estar preocupados com a inadequação da lei ao objetivo de realização da melhor contratação, mas simplesmente obsequiosos de exigir que a lei, supostamente pertinente ao caso, seja aplicada, ainda que em prejuízo dos melhores resultados.

Temeroso de uma possível penalização, o gestor público terá então que abrir uma licitação à luz da Lei nº 8.666/93 para a celebração da parceria com o Terceiro Setor. O resultado será uma contratação longe, muito longe do ideal, mas isso já não será, supostamente, um problema seu ou de quem o controla — e sim da sociedade que elegeu guiar-se por legislação inadequada.

Donde a solução prática desenvolvida pelos administradores públicos: evitar chamar suas avenças com o Terceiro Setor de “contratos”, mas sempre de “convênio” ou algo do gênero, para não levantarem suspeitas de atração do inadequado regime licitatório da Lei nº 8.666/93. A situação, como se vê, é inaceitável. Melhor seria se tivéssemos uma lei instituidora de um processo administrativo garantidor de tratamento isonômico às entidades do Terceiro Setor interessadas em firmar esses contratos de parceria, o qual superasse as duas soluções ruins hoje verificadas na prática: a inexigibilidade de licitação ou, então, a licitação nos moldes de lei inadequada.

O fato é que, seja pela tradição, seja pela verdadeira necessidade de afastar-se do inadequado regime licitatório da Lei nº 8.666/93, a moderna parceria pública com o Terceiro Setor por vezes evita o apelido de contrato. Mas há indícios de que, apesar do eventual disfarce, ela é na essência um contrato, havendo casos em que essa essência contratual já é desabridamente declarada pelas normas.

Enfim, é para este fenômeno — o da contratualização das modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor — que pretendemos chamar a atenção com o presente estudo. Ao apresentarmos as evidências de que

se trata de um fenômeno crescente e presente, pretendemos salientar também que se trata de processo em curso, ainda inacabado. Notamos que a contratualização ainda é parcial e tem fomentado o choque das velhas nomenclaturas e concepções jurídicas com uma nova realidade, que não se deixa explicar pelas velhas ideias. O resultado é um contexto de confusão jurídica, de muita nebulosidade quanto ao Direito em vigor, em que há risco de abusos.

Um deles — bastante nítido — é o risco de exigência de que entidades do Terceiro Setor mimetizem comportamentos de Estado, como se os seus contratos com o Estado fossem pactos de importância menor, sua ação fosse mera extensão da atividade estatal, os recursos que lhes são dados estivessem sempre gravados como estatais, os seus agentes fossem na verdade funcionários públicos — enfim, como se na prática fossem organizações estatais, desprovidas da liberdade que o mundo privado e a Constituição lhes asseguram.

Advogamos que o caminho correto, para seguirmos avançando e aprimorando o Direito brasileiro, seria reconhecer as entidades do Terceiro Setor inequivocamente como entidades privadas, sujeitas ao Direito Privado, sem equiparações desarrazoadas de seu regime com o regime de Direito Público, bem como tratar os ajustes que firmam com o Poder Público como contratos que são, os quais deveriam ser antecedidos de um adequado procedimento — precisamos urgentemente de uma lei para instituí-lo — assegurador de igualdade de oportunidades aos interessados em firmá-los. Animados por esses objetivos, apresentamos a seguir o roteiro de nossa exposição.

No próximo item procuramos explicar que esses vínculos de parceria têm realmente apresentado, por força de inovações na legislação e na prática contemporânea das contratações públicas, significativos pontos de identidade com os contratos de prestação de serviços. Um dos principais pontos de identidade está no fato de que, nos modernos vínculos de parceria, observa-se que a Administração Pública assume obrigações de pagamento ao parceiro privado em contraprestação por serviços prestados, numa relação sinalagmática tal qual ocorre em típicos contratos de prestação de serviços. Os vínculos de parceria assumem, desse modo, um caráter contraprestacional e contratual, que não costumavam ter antigamente.

Um dos resultados importantes deste fenômeno, consoante destacamos no terceiro item deste estudo, é o de que os recursos financeiros

dados em pagamento pelo parceiro estatal são recebidos pelo parceiro privado como recursos privados, devendo ser reconhecida a este último certa flexibilidade no seu gerenciamento, à semelhança do que ocorre num típico contrato de prestação de serviços.

Assentadas estas premissas sobre o moderno fenômeno da contratualização das parcerias e da assunção por estas de um caráter contratual, passamos ao exame, no quarto e quinto itens deste estudo, de alguns riscos de edição, ou interpretação desarrazoada, de normas que pretendam uma equiparação entre as entidades do Terceiro Setor e as repartições estatais. Atentamos para o exemplo de normas que chegaram a demandar das entidades do Terceiro Setor a realização de licitação pública para a contratação de bens, serviços, obras e alienações com recursos transferidos da União (Decreto nº 5.504/2005, art. 1º), bem como para o exemplo da equiparação dos trabalhadores dessas entidades a funcionários públicos para efeitos penais (Código Penal, art. 327, §1º).

Fazemos no sexto item deste estudo, antes de terminar, uma advertência quanto ao equívoco de se pressupor que as entidades do Terceiro Setor e os seus funcionários, quando em parceria com o Estado mereçam, até prova em contrário, um tratamento idêntico ao reservado às repartições e aos funcionários estatais. Advertimos que mesmo quando contratado pelo Estado, o Terceiro Setor não é Estado; a sua equiparação a este só cabe excepcionalmente, à luz de normas que façam esta equiparação. E, enquanto a norma penal, ao permitir uma equiparação do gênero, felizmente foi cautelosa, talvez ciente do grave erro que seria dar azo à estatização da gestão organizacional privada, melhor sorte não teve a norma regulamentar que exigiu o pregão às entidades do Terceiro Setor; esta, felizmente, hoje está derogada.

Apresentamos então nossas considerações finais, resultantes da demonstração do fenômeno da contratualização das modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor e da defesa da necessidade de seu reconhecimento e aprofundamento.

2 A contratualização das parcerias públicas com o Terceiro Setor

As parcerias do Estado com entidades privadas sem fins lucrativos, realizadoras de atividades de relevância pública, têm sido cada vez mais frequentes neste início de século XXI. Os recursos transferidos a estas

entidades se avolumam,² denotando a importância destas parcerias para a moderna Administração Pública. Disseminam-se, no Brasil, as parcerias do Estado com o chamado Terceiro Setor, assim considerado o setor econômico movimentado por agentes que não se confundem nem com os da iniciativa privada de fins lucrativos (as empresas), tido como Primeiro Setor, nem com os integrantes do aparelho do Estado (órgãos e entidades estatais), dito Segundo Setor. Os entes do Terceiro Setor apresentam identidade própria, reunindo num só corpo algumas características típicas dos dois tipos de agentes anteriores — os estatais e os não estatais. São figuras híbridas na medida em que têm missões de relevância pública — como o Estado —, embora pertençam à iniciativa privada — não são estatais, portanto. Na síntese que se tornou conhecida no Brasil a partir de meados da década de 90, são entidades públicas, porém não estatais.³ Também são conhecidas como entidades da iniciativa privada de interesse público.

Organizam-se sob uma das formas admitidas pela legislação civil para as pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa — como associações, fundações, organizações religiosas ou sociedades civis.⁴ Algumas pleiteiam e recebem títulos jurídicos especiais do Poder Público,

² Dados do Portal da Transparência do governo federal indicam que, no ano de 2004, de um total de aproximadamente R\$106 bilhões em transferências de recursos realizadas pelo governo federal, a parcela de cerca de R\$2 bilhões foi destinada a entidades sem fins lucrativos; no ano de 2005, dos cerca de R\$120 bilhões transferidos, aproximadamente R\$2,5 bilhões foram para as entidades sem fins lucrativos; em 2006, dos cerca de R\$145 bilhões transferidos, foram quase R\$3 bilhões; em 2007, dos cerca de R\$165 bilhões transferidos, foram quase 3,5 bilhões; em 2008, dos cerca de R\$204 bilhões, foram novamente quase 3,5 bilhões; em 2009, dos cerca de R\$209 bilhões, foram aproximadamente 4 bilhões; e, no último ano de 2010, dos cerca de R\$185 bilhões transferidos, foram aproximadamente 4,5 bilhões para as entidades sem fins lucrativos. Vê-se que, ano após ano, cresce, em números absolutos, a quantidade de recursos financeiros transferidos a entidades sem fins lucrativos pelo governo federal. No intervalo de seis anos (2004-2010), o volume que lhes foi destinado cresceu mais de 125%. Dados disponíveis em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPrincipal2.asp>>. Acesso em: 04 jan. 2011.

³ É o que identificava o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, cujo lançamento pelo governo federal, no primeiro mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso, pretendia servir de pacto político, substrato teórico e conjunto de diretrizes para a reforma da Administração Pública brasileira à época desencadeada. Um de seus principais idealizadores foi o então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira. O Plano Diretor, a certa altura, distinguia diferentes “formas de propriedade”, apontando que, além das conhecidas propriedade estatal e privada, há “... no capitalismo contemporâneo uma terceira forma, intermediária, extremamente relevante: a PROPRIEDADE PÚBLICA NÃO-ESTATAL, constituída pelas organizações sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público” (BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. p. 43).

⁴ É o que se depreende do art. 44 e seguintes do Código Civil. O art. 44, nos seus incisos I a IV, enumera, como pessoas jurídicas de direito privado, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos. Das disposições pertinentes a cada uma delas extrai-se que todas têm fins não lucrativos, exceto as sociedades, que podem vir a ser constituídas, por seus estatutos, tanto como entidades com fins lucrativos quanto como entidades sem fins lucrativos. Já os partidos políticos, embora sejam pessoas jurídicas sem fins lucrativos, sujeitam-se a um regime de colaboração com o Estado que os coloca numa categoria distinta das anteriores, tidas como mais independentes da esfera estatal do que os partidos.

como o título de OSCIP,⁵ além dos de Organização Social — OS,⁶ Entidade Beneficente de Assistência Social,⁷ Fundação de Apoio⁸ e Entidade de Utilidade Pública.⁹ Tais títulos lhes conferem, ao menos em tese, o benefício de se tornarem objeto privilegiado de medidas de fomento estatal, desde que obedeçam a padrões mais elevados de governança do que a média das entidades do Terceiro Setor. Alguns desses títulos podem ser outorgados não apenas pela União, mas também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, que o fazem com base na legislação federal ou, então, em leis próprias.

As entidades do Terceiro Setor podem vir a firmar vínculos de parceria com o Estado para a prestação de serviços de relevância pública — como os de saúde e educação —, recebendo recursos, sobretudo financeiros, para tanto. Estes vínculos podem ser pactuados por meio de diferentes tipos de instrumento, a depender da legislação aplicável: termos de parceria sob a Lei nº 9.790/99, próprios somente para vínculos com entidades qualificadas como OSCIP; contratos de gestão sob a Lei nº 9.637/98, somente para vínculos com entidades qualificadas como Organizações Sociais; e contratos de repasse, convênios e outros instrumentos congêneres sob a Lei nº 8.666/93, que têm servido tanto a vínculos com entidades que não detêm qualquer título jurídico especial quanto a vínculos com entidades que os detêm. É deste fenômeno das parcerias do Estado com o Terceiro Setor que importa tratar neste estudo.¹⁰

⁵ Além de regido pela Lei nº 9.790/99 (Lei das OSCIP), o título de OSCIP também se encontra disciplinado pela respectiva regulamentação, dada pelo Decreto nº 3.100/99 e pela Portaria nº 361/99 do Ministério da Justiça.

⁶ Sujeito à Lei nº 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais).

⁷ Sujeito às Leis nºs 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) e 12.101/2009 (Lei da Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social), esta última regulamentada pelo Decreto nº 7.237/2010.

⁸ Sujeito à Lei nº 8.958/94 (Lei das Fundações de Apoio), regulamentada pelo Decreto nº 5.205/2004.

⁹ Sujeito à Lei nº 91/35 (Lei das Entidades de Utilidade Pública), regulamentada pelo Decreto nº 50.517/61.

¹⁰ Vale o registro de que o Direito aplicável a essas parcerias ainda é excessivamente fragmentado, dispersando-se por diversas normas que carecem de uma sistematização. Num esforço de identificação das normas potencialmente aplicáveis às parcerias do Estado com o Terceiro Setor e ao controle estatal sobre elas incidente, um dos subscritores do presente estudo identificou nada menos do que nove “regimes” ou conjuntos normativos — três deles “gerais” (incidentes sobre qualquer parceria) e outros seis “especiais” (incidentes a depender do tipo de parceria e do tipo de entidade envolvidos). São eles: o Regime Orçamentário-Financeiro, o do Controle Interno e o do Controle Externo (“gerais”); e os das Entidades de Utilidade Pública, das Entidades Beneficentes de Assistência Social, das Entidades Conveniadas, das Fundações de Apoio, das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (“especiais”). Cf. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. f. 36 et seq. Mais do que em razão do problema da sua excessiva fragmentação, o Direito vigente padece por sua insuficiência, geradora de um ambiente de grande insegurança jurídica. Basta notar que a principal lei de regência das ditas parcerias — Lei nº 8.666/93 — revela-se enigmática em muitos aspectos, ao ditar em seu art. 116 que as normas da própria lei se aplicam aos convênios e instrumentos congêneres “no que couber”, deixando aos intérpretes a tarefa, no mínimo desafiadora, de acordarem sobre o que efetivamente cabe e o que não cabe como norma aplicável a tais ajustes. Um diagnóstico dos principais problemas dessa legislação e um apontamento de algumas sugestões para o

Consideramos de grande relevância notar que a disseminação do uso das parcerias no Brasil, especialmente ao longo da primeira década do século XXI, teve uma característica marcante: as parcerias passaram a assemelhar-se a contratos de prestação de serviços, apresentando com estes significativos pontos de identidade. Noutras palavras, o moderno vínculo de parceria, diferentemente do tradicional, assemelha-se na sua essência a um vínculo contratual, por meio do qual o parceiro não estatal presta serviços à coletividade e recebe do parceiro estatal, em contraprestação, pagamentos em recursos financeiros.

Vejam-se os pontos de identidade entre estes modernos vínculos de parceria e os vínculos contratuais de prestação de serviços.

Primeiramente, a experiência tem revelado uma paulatina mutação quanto ao objeto típico das parcerias do Estado com o Terceiro Setor. Se antes, na parceria tradicional, o objeto costumava ser descrito de maneira ampla, em termos relativamente vagos, sem uma discriminação precisa de obrigações e metas, na moderna parceria a tendência tem sido a estipulação do objeto de forma circunstanciada, em termos precisos, especificando-se claramente quais as obrigações a cumprir e as metas a atingir.

E esta maior clareza na fixação de obrigações vale tanto para o parceiro não estatal, geralmente o executor do objeto, quanto para o parceiro estatal, aportador de recursos financeiros. Para o parceiro não estatal, a moderna parceria estipula prestações ou etapas intermediárias de execução, em planos de trabalho muito bem detalhados. Já para o parceiro estatal, estabelece cronograma de liberação de recursos a ser executado em estrita consonância com a aferição de prestações cumpridas pelo parceiro não estatal.

O resultado notável, nesta ambiência, é a inadmissibilidade de parcerias de objetos inespecíficos, meramente sugeridos em textos vagos e outrora admitidos simplesmente porque denotavam algum grau de identidade com a realização do “bem comum” ou de “serviço desinteressado à coletividade”; o que se espera e o que se admite, na atualidade, é um ajuste muito melhor elaborado, com objeto bem delimitado, envolvendo obrigações precisas e metas a atingir.

seu enfrentamento podem ser encontrados no citado trabalho (op. cit., p. 230 et. seq.). No presente estudo também buscamos diagnosticar o que se passa com o Direito vigente e a prática das parcerias do Estado com o Terceiro Setor, só que aqui atentamos para um fenômeno mais específico e pontual, o qual, de todo modo, é juridicamente impactante e nem sempre apercebido.

Mais do que pelo estabelecimento de obrigações claras e específicas, a moderna parceria se notabiliza por instituir obrigações com certo grau de reciprocidade de parte a parte — ou seja, instituídas de tal maneira que o cumprimento de dada obrigação por uma das partes seja motivo para a exigibilidade do cumprimento de outra obrigação pela outra parte. Assim, se antes, na parceria tradicional, a liberação de recursos pelo Poder Público era um tanto independente da demonstração do cumprimento de etapas intermediárias pelo parceiro executor, agora a tendência é a fixação de um cronograma de liberação de recursos em estrita consonância com a demonstração do cumprimento de etapas intermediárias ou metas pelo executor. Cada liberação de recursos pelo Poder Público assume, na prática, a função de uma contraprestação, paga justamente por uma prestação cumprida pelo executor do projeto pactuado.

Também se tem observado uma mutação quanto ao tipo de controle tipicamente esperado sobre a execução dessas parcerias. Se antes, na parceria tradicional, não importava tanto um controle de resultados (até porque sequer havia resultados bem definidos cujo alcance se pudesse exigir), importando, isto sim, um controle de meios ou burocrático, focado na gestão de recursos financeiros e na sua aplicação ao objeto, algo diverso se passa com o controle das parcerias modernas. Nestas, importa sobremaneira o controle de resultados — ou seja, o controle do cumprimento de todas e cada uma das obrigações pactuadas, bem como a avaliação do desempenho do executor quanto ao alcance das metas estabelecidas —, de sorte que a efetiva realização do objeto pactuado, a apresentação dos resultados almejados, constitui indício relevante da escorreita aplicação dos recursos.

Noutros termos, enquanto o controle da parceria tradicional focava-se na comprovação de gastos “legítimos” pelo parceiro executor, como que a pretender capturar a sua “boa intenção” a partir de notas fiscais de dispêndios e recibos de pagamento, o controle da moderna parceria passou a se preocupar, com maior ênfase, com os resultados apresentados pelo executor. Seus gastos continuam a ter de realizar-se segundo padrões de probidade e moralidade — e este controle de gastos continua relevante, por certo —, mas a verificação da efetiva execução do objeto pactuado ganhou proeminência.

Ademais, nota-se uma mutação quanto ao grau de segurança jurídica tipicamente almejado para os vínculos de parceria. Na parceria

tradicional, dizia-se estarem em pauta vínculos marcados pela nota da precariedade, afirmando-se que seriam denunciáveis a qualquer momento pelos partícipes, sem que se anteviessem maiores consequências jurídicas para a abrupta retirada de um deles; na moderna parceria, o vínculo se pretende firme e estável, prevendo-se, para o parceiro que se retira, o dever de indenizar pelos danos que causar em razão da sua retirada, além da sua sujeição a sanções caso caracterizada a sua inadimplência na execução do pacto. Noutras palavras, a moderna parceria se pretende segura como um contrato, ao invés de precária como se supunha a parceria tradicional.

Toda essa mutação das parcerias mais tradicionais para as mais modernas pode ser descrita, em resumo, como um fenômeno de assemelhação das parcerias aos contratos de prestação de serviços. Em síntese, esta aproximação se revela na medida em que, em lugar da tradicional parceria, calcada na vagueza do objeto, na falta de reciprocidade das obrigações de parte a parte, na burocracia do controle e na precariedade do vínculo, vislumbram-se cada vez mais modernas parcerias cujos objetos estão bem definidos, cujas obrigações de parte a parte guardam reciprocidade, cujos controles focam-se na apresentação de resultados e cujos vínculos se pretendem firmes — tudo em conformidade com o que se espera de um típico contrato.

Tendo se contratualizado, os modernos vínculos de parceria assemelham-se a vínculos contratuais de prestação de serviços e não a contratos de outra sorte por duas razões. A primeira, mais óbvia, é a de que, tal como o contrato de prestação de serviços, a moderna parceria tem por fim instrumentalizar justamente uma prestação de serviços (geralmente os serviços são prestados pela entidade do Terceiro Setor para a população). A segunda razão, menos óbvia — porém relevante juridicamente —, está neste significativo ponto de identidade que guarda com o contrato de prestação de serviços, residente no fato de que, tal como este, a moderna parceria envolve o pagamento de contraprestações financeiras por serviços prestados. Realmente, a reciprocidade de obrigações de parte a parte, nas modernas parcerias, reside fundamentalmente nesse ponto, consistente no fato de que o parceiro do Terceiro Setor recebe pagamentos em dinheiro do parceiro estatal em contraprestação por cada etapa de serviço concluída. É o caráter contraprestacional da relação que vai se tornando nítido na moderna parceria nos serviços de relevância

pública e aproximando-a, a toda evidência, do contrato de prestação de serviços.

Nítida está, portanto, a assemelhação entre as parcerias do Estado com o Terceiro Setor e os vínculos contratuais de prestação de serviços.

Longe de ser uma especulação, este fenômeno de assemelhação já se nota muito claramente na moderna legislação administrativa brasileira.

Nas grandes leis de nosso Direito Administrativo, as normas incentivam a contratualização dos vínculos de parceria entre Estado e Terceiro Setor para a prestação de serviços de relevância pública. A começar pelas sucessivas alterações no regime da dispensa de licitação previsto no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, cujo efeito conjunto tem sido o de criar sempre novas hipóteses de dispensa para a contratação — frise-se, contratação — pelo Estado de entidades privadas sem fins lucrativos. Deveras, independentemente da polêmica acerca da existência ou não, em princípio, de um dever estatal de licitar para a constituição dessas parcerias com entidades sem fins lucrativos, o fato é que elas são tratadas como contratos. Nesse sentido, vejam-se os incisos XIII, XX, XXIV e XXVII do art. 24 do Estatuto:

Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993

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;¹¹

(...)

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;¹²

(...)

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;¹³

(...)

XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva

¹¹ Inciso XIII com a redação determinada pela Lei nº 8.883/94.

¹² Inciso XX acrescentado pela Lei nº 8.883/94.

¹³ Inciso XXIV acrescentado pela Lei nº 9.648/1998.

de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;¹⁴

Note-se que, à luz desses dispositivos, determinados vínculos de prestação de serviços, quando estabelecidos pelo Estado com entidades privadas sem fins lucrativos — sejam entidades de ensino e pesquisa, de desenvolvimento institucional ou de recuperação social de presos, sejam associações de portadores de deficiência física ou de catadores de materiais recicláveis, sejam, ainda, quaisquer entidades qualificadas como Organizações Sociais — são todos constituídos por intermédio de contratos. Estas entidades, integrantes do Terceiro Setor, podem vir a ser prestadoras de serviços contratadas pelo Poder Público.

Em linha com o movimento de prever a constituição de vínculos de parceria mediante contratos, a nova regulamentação federal dos convênios e instrumentos congêneres põe ênfase na celebração de contratos de repasse; nestes, a transferência de recursos se processa por meio de instituição financeira pública federal, atuando como mandatária da União,¹⁵ a qual geralmente fica encarregada da fiscalização da execução do contrato pelo parceiro não estatal, liberando recursos na medida da aferição de etapas de execução já concluídas.¹⁶ Parcerias que envolvam a realização de obras, por exemplo, devem ser constituídas, em princípio, mediante contratos de repasse.¹⁷

Mas não é só o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos e sua moderna regulamentação que preveem o contrato para a constituição de vínculos de parceria. Também o fazem diversas leis especiais, voltadas a disciplinar certas parcerias, com certos objetos ou certos parceiros.

¹⁴ Inciso XXVII com a redação determinada pela Lei nº 11.445/2007.

¹⁵ Nesse sentido, o inciso II do §1º do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007 estabelece: “Art. 1º. (...) §1º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se: (...) II – contrato de repasse – instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União”.

¹⁶ A ideia inspiradora dos contratos de repasse, previstos originalmente em sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias até virem a ser definitivamente incorporados pela nova regulamentação federal dos convênios, era, justamente, a de que as instituições financeiras públicas federais teriam melhores condições do que muitos outros órgãos federais de bem fiscalizar a execução das parcerias. A experiência dos contratos de repasse, no geral, parece ter sido positiva, pois sua celebração é incentivada pela moderna regulamentação.

¹⁷ Nesse sentido, o art. 8º, caput, do Decreto nº 6.170/2007: “Art. 8º. A execução de programa de trabalho que objetive a realização de obra será feita por meio de contrato de repasse, salvo quando o concedente dispuser de estrutura para acompanhar a execução do convênio.”

Um exemplo é a Lei das Fundações de Apoio (nº 8.958/94), que disciplina os vínculos de parceria entre as fundações privadas qualificadas como Fundações de Apoio, de um lado, e as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica por elas apoiadas, de outro; ao discipliná-las, dita lei dispõe expressamente que podem constituir-se mediante convênios e contratos,¹⁸ ficando claro que o contrato é uma opção.

Outro exemplo é a Lei das Organizações Sociais (nº 9.637/98), que prevê o já aludido contrato de gestão para a constituição de parcerias entre a União e entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais (estas últimas atuantes, necessariamente, nas áreas de ensino, pesquisa científica, meio ambiente, cultura e saúde).¹⁹ É o contrato, portanto, o instrumento de constituição do vínculo de parceria.

Outro exemplo, ainda, é a Lei das OSCIP (nº 9.790/99), que prevê que o Estado poderá firmar termo de parceria com entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP,²⁰ deixando claro que tal pacto constitui, na essência, um contrato. A mera ausência do rótulo “contrato”, substituído pela expressão “termo de parceria”, não elide o caráter essencial do vínculo, que é nitidamente contratual. Pela lei, o termo de parceria é um instrumento para a constituição de vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OSCIP, que discrimina direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias;²¹ ora, a celebração de um acordo de vontades, fixador de direitos, responsabilidades e obrigações de parte a parte, é nitidamente a de um contrato.

Ademais, é bom lembrar que o contrato de gestão com as entidades qualificadas como Organizações Sociais, nos termos da Lei nº 9.637/98, tem exatamente o mesmo conteúdo mínimo que um termo de parceria

¹⁸ Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 8.958/94: “Art. 1º. As Instituições Federais de Ensino Superior – IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs, sobre as quais dispõe a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos” (grifos acrescentados).

¹⁹ Nesse sentido, o art. 5º da Lei nº 9.637/98: “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” (grifos acrescentados).

²⁰ O termo de parceria está previsto no art. 9º da Lei nº 9.790/99, nos seguintes termos: “Art. 9º. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º desta Lei”.

²¹ Cf. art. 10 da Lei nº 9.790/99.

firmado à luz da Lei nº 9.790/99; ambas as leis foram, inclusive, gestadas em paralelo, à mesma época, o que contribuiu para a identidade entre elas quanto à essência do vínculo que preveem; nitidamente, o vínculo constituído por intermédio de termo de parceria é exatamente o mesmo constituído por meio de contrato de gestão, diferenciando-se apenas os rótulos dos instrumentos (este é contrato, aquele é termo); mas caberia atribuir rótulo contratual ao termo de parceria também? É claro que sim. Aliás, as definições de contrato de gestão na Lei nº 9.637/98 e de termo de parceria na Lei nº 9.790/99 são praticamente idênticas entre si; confira-se:

Lei nº 9.637/98

Art. 6º. O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.
(...)

Lei nº 9.790/99

Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

Essencialmente, portanto, os vínculos aludidos nas duas leis são contratuais, ainda que o apelido num caso seja contrato e noutro seja termo. Importa a essência, não o rótulo.

De resto, mesmo que não se tome a moderna legislação das parcerias, mas a própria Constituição Federal como referência, nota-se espaço para a constituição de vínculos de parceria com entidades privadas sem fins lucrativos por intermédio de contratos. Nesse sentido, veja-se o disposto no art. 199, §1º do texto constitucional:

Constituição Federal

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (grifos acrescentados).

O aludido contrato de direito público é posto, assim, à disposição do Poder Público, tal como o convênio, para fins de celebração de acordos com as ditas “entidades filantrópicas” e as “sem fins lucrativos”. E nem se diga que, com estas, só caberia a celebração de tradicionais convênios,

ficando o aludido contrato de direito público apenas para ajustes com empresas (entidades com fins lucrativos) da área de saúde; além de o texto constitucional não reservar o contrato apenas para ajustes com empresas (nada nele faz esta reserva), a própria lei, ao regulamentar a preferência estatuída no art. 199, §1º da Constituição, alude a contratações com as entidades beneficentes e as sem fins lucrativos da área de saúde. Veja-se o disposto no art. 7º da Lei nº 12.101/2009:

Lei nº 12.101/2009

Art. 7º. Quando a disponibilidade de cobertura assistencial da população pela rede pública de determinada área for insuficiente, os gestores do SUS deverão observar, para a contratação de serviços privados, a preferência de participação das entidades beneficentes de saúde e das sem fins lucrativos.

Não restam dúvidas, portanto, de que cabem contratos para a constituição de vínculos de parceria com entidades sem fins lucrativos na área de saúde, à luz da Constituição e da legislação setorial.

Em suma, do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos e sua regulamentação, até leis setoriais disciplinadoras de parcerias com as mais diversas entidades do Terceiro Setor — ou seja, com as Fundações de Apoio, com as Organizações Sociais, com as OSCIP e com as Entidades Beneficentes de Saúde —, a característica comum é a previsão da possibilidade de contratualização de vínculos de parceria. Nesses contratos discriminam-se obrigações de prestação de serviços, às quais podem corresponder contraprestações em recursos financeiros do Poder Público. Donde estar comprovada, na própria legislação administrativa brasileira, a assemelhação dos vínculos de parceria a vínculos contratuais de prestação de serviços.

Se por acaso, em contrariedade a todas as evidências apontadas, ainda sobraem dúvidas sobre a existência de um movimento legislativo no sentido da contratualização das parcerias com o Terceiro Setor, resta ainda um firme exemplo de proposição legislativa neste sentido. O exemplo sugere que o futuro dos vínculos de parceria esteja, realmente, na forma contratualizada.

Deveras, é isto o que reconhece o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, de 2009, elaborado por comissão de juristas a convite do governo federal, constituída mediante ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, a qual um dos subscritores

do presente artigo teve a honra de integrar.²² O anteprojeto que se propôs reconhece o fenômeno da disseminação das parcerias do Estado com as entidades do Terceiro Setor, as quais chama de entidades de colaboração. Atento à importância dessas parcerias para a moderna Administração Pública, cria o instrumento do contrato público de colaboração. Este é tido como obrigatório para a constituição de quaisquer vínculos de colaboração entre o Estado e entidades do Terceiro Setor, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, cuja aplicação há de ser subsidiária.²³

O propugnado contrato público de colaboração não é contrato apenas no nome, mas também na essência. Nesse sentido, o Anteprojeto de Lei exige que seja formalizado por escrito e estipule, adequadamente, os direitos e obrigações dos contratantes — tal como se espera de um típico contrato.²⁴ E, na medida em que definir o que seriam tais vínculos de colaboração mostrava-se, na elaboração do Anteprojeto, fundamental para bem delimitar o âmbito de incidência da nova exigência de contrato público de colaboração, apresentaram-se as definições no próprio bojo da proposição normativa:

Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública

Art. 74. Vínculo de colaboração é o que tem por objeto:

I – o fomento, pela entidade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal;

II – a atribuição, a entidade não estatal, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal;

III – a execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública.

Note-se que o tipo de vínculo de colaboração — ou de parceria, o que dá no mesmo — aludido no inciso II, supra, é justamente o que se

²² A referida comissão foi constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, alterada pela Portaria nº 84, de 23 de abril de 2008, ambas do então Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Paulo Bernardo Silva. Tendo apresentado o resultado de seus trabalhos em 16 de julho de 2009, foi integrada pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira.

²³ Nesse sentido, os §§3º e 4º do art. 73 do Anteprojeto de Lei: “§3º. O vínculo de entidade estatal com as entidades referidas no caput [entidades de colaboração] será estabelecido exclusivamente por contrato público de colaboração, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica. §4º. Sujeita-se ao regime do contrato público de colaboração todo instrumento que institua vínculo de colaboração, nos termos definidos nesta Lei, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente.”

²⁴ Confira-se o art. 80, caput, do Anteprojeto: “Art. 80. O contrato público de colaboração deve ser formalizado por escrito, com a estipulação adequada dos direitos e obrigações dos contratantes, incluindo os procedimentos de controle, fiscalização e prestação de contas a serem adotados.”

tem visto com bastante frequência nos tempos modernos: entidade estatal atribui a uma entidade não estatal, sem fins lucrativos, a execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartida — frise-se, contrapartida — da entidade estatal. Fica claro, nesse caso, que há um caráter contraprestacional entre a execução da ação ou programa pela entidade não estatal, de um lado, e as contrapartidas do Estado, de outro.

Enfim, seguindo a tendência da legislação em vigor, o Anteprojeto de Lei para a modernização da máquina administrativa brasileira adota a solução da contratualização dos vínculos de parceria entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor, assemelhando estas parcerias a contratos de prestação de serviços.

Tudo de modo a permitir a conclusão, em suma, de que o fenômeno da contratualização das parcerias do Estado com o Terceiro Setor se faz presente nas leis e na citada proposição legislativa, parecendo impulsionar a celebração, em larga escala, de instrumentos assemelhados a contratos de prestação de serviços de relevância pública, cujos prestadores são entidades do Terceiro Setor.

3 A flexibilidade na aplicação dos recursos financeiros recebidos

Algo muito importante se passa com os recursos financeiros transferidos pelo parceiro estatal para o parceiro não estatal, por intermédio das modernas parcerias, assemelhadas que estão a contratos de prestação de serviços. Nessas, tal como se passa num contrato administrativo de prestação de serviços, os recursos financeiros estatais, uma vez transferidos ao parceiro não estatal, tornam-se privados. Isto ocorre por duas razões.

A primeira é, justamente, o caráter contraprestacional da avença. Os recursos financeiros não são transferidos pelo parceiro estatal para que o parceiro privado os administre e os aplique como se Estado fosse, gerenciando orçamento público, independentemente de contrapartidas; o são — esta é a realidade — em contraprestação por serviços prestados. Tanto isso é verdade que os ajustes estabelecem esta reciprocidade de obrigações: se não houver prestação de serviços, não deve haver transferência de recursos; se houver, cabe a transferência. No fundo, as transferências operam como pagamentos em contraprestação por serviços prestados. É claro que nalguns casos pode haver certo adiantamento de recursos, feito antes mesmo de qualquer prestação de serviços; porém,

mesmo nesses casos, o adiantamento é uma contraprestação, só que dada de antemão, por uma parcela de serviços ainda por ser executada.

Na essência as coisas se passam nestas modernas parcerias de modo semelhante à contratação pelo Estado de uma empresa privada (entidade com fins lucrativos, portanto) para a prestação de um serviço — a grande diferença é que, nas ditas parcerias, a contratada é uma entidade sem fins lucrativos, o que suscita algumas peculiaridades, como a dispensa ou inexigibilidade de licitação. O que essencialmente importa, em ambos os casos, é a prestação do serviço pela entidade privada, contratada para isso — seja ela com ou sem fins lucrativos. Os recursos financeiros são recebidos pelas parceiras privadas para que estas, justamente pela qualidade de não estatais, bem executem as tarefas pactuadas, em lugar de ocuparem-se — como se Estado fossem — do gerenciamento do orçamento público.

Veja-se que muitas parcerias, à semelhança do que é a praxe em contratos de prestação de serviços, sequer pressupõem que o parceiro privado vá se valer exclusivamente dos recursos pagos pelo Estado para prestar os serviços. Pressupõem, antes, que este parceiro não estatal organize por sua conta e risco os meios de prestação do serviço conforme se faça necessário, de tal sorte que as transferências de recursos sejam mesmo pagamentos por cada unidade ou parcela de serviço comprovadamente executada.

A segunda razão pela qual os recursos, uma vez recebidos pelo parceiro não estatal, tornam-se privados, reside no fato de que estas modernas parcerias estão enfaticamente voltadas ao alcance de resultados. O alcance de resultados, posto em proeminência, torna sem sentido a exigência de que as entidades não estatais se comportem como a repartição pública na gestão de recursos e na prestação de suas contas. Quer-se o resultado e, para isso, reconhece-se flexibilidade de gestão às contratadas para que apliquem os recursos conforme se faça necessário. O apego cego a rubricas de despesa previstas no plano de trabalho não é delas exigido, mas antes o resultado, isto é, o adimplemento cabal e satisfatório do pacto — sem ele, de nada adianta o esmero na prestação de contas da execução financeira.

Para ilustrar o significado prático desta ênfase em resultados, veja-se, por hipótese, o exemplo da universidade comunitária contratada pelo Poder Público, mediante instrumento de parceria, para realizar

estudos médico-científicos sobre determinada epidemia, de nítido interesse público; de nada adianta que, ao cabo dos trabalhos, preste contas detalhadas de cada bolsa de pesquisa concedida, cada equipamento de laboratório adquirido, cada passagem e diária para pesquisas de campo consumidas, cada folha de papel e tinta de impressora gastas, se o estudo em si, os relatórios intermediários e finais apresentados, ficarem aquém do razoavelmente esperado à luz das exigências do instrumento de convocação de interessados (ou pior, se sequer forem apresentados esses resultados).

Talvez a prestação de contas da execução financeira do objeto denote a realização de algum trabalho investigativo, mas não constituirá prova alguma — absolutamente nenhuma — de adimplemento do objeto, que é a apresentação dos resultados dos estudos médico-científicos e é, qualquer observador há de convir, o que mais importa. Agora, se a mesma parceira privada desde cedo mobilizar seus recursos humanos e financeiros para a realização da pesquisa, apresentando os devidos relatórios intermediários e conclusivos e recebendo as transferências do órgão estatal por isso, bem como apresentando prestação de contas da gestão financeira dos recursos recebidos, indicando que agiu com probidade e moralidade na aplicação desses recursos — ainda que os tenha remanejado de uma rubrica a outra do plano de trabalho para atender às necessidades surgidas —, a única conclusão possível será a da absoluta correção de sua conduta. Neste último caso, a flexibilidade de gestão financeira, reconhecida à parceira, funciona como fator necessário ao alcance dos bons resultados que lhe tenham sido exigidos.

Em suma, o modo de gestão dos recursos financeiros transferidos está mais próximo, na moderna parceria, do “modelo gerencial de gestão”, focado no alcance de resultados, que caracteriza tipicamente a iniciativa privada, do que do “modelo burocrático de gestão”, focado na execução do orçamento a qualquer custo — inclusive em prejuízo do alcance dos melhores resultados —, que ainda caracteriza a atuação de boa parte da máquina estatal.

Resta claro, portanto, que os recursos recebidos pelo parceiro não estatal, em virtude da parceria, tornam-se privados a partir do momento em que recebidos. Concorrem para isso o caráter contraprestacional do vínculo e a ênfase por este conferida a obrigações de resultado para o parceiro prestador de serviços. Este parceiro prestador, não estatal,

detêm assim flexibilidade gerencial para gastar os recursos que receba do Estado.²⁵

A despeito das razões que fundamentam a conclusão de que tais recursos financeiros, uma vez recebidos pelo parceiro não estatal, tornam-se privados, tendo este flexibilidade para geri-los, reconhecemos que dúvidas a esse respeito ainda podem surgir em virtude de dois tipos de possíveis cláusulas da parceria. Uma é a cláusula que exija a devolução dos recursos recebidos pela entidade não estatal e porventura não utilizados; outra é a cláusula que lhe imponha a obrigação de prestar contas de todas e cada uma das despesas executadas com os recursos recebidos. Ambas as cláusulas, possivelmente previstas no pacto, impõem obrigações que podem suscitar dúvida quanto à natureza dos recursos recebidos e da sua gestão pela entidade não estatal. Noutras palavras, são cláusulas que podem suscitar a suspeita de que os recursos repassados não constituam pagamentos em contraprestação por serviços prestados, mas simples repasses de recursos públicos, para que a entidade não estatal colabore com a tarefa estatal de gerenciamento de recursos que permanecem, onde estiverem, recursos públicos. Em lugar de uma gestão privada de recursos privados (recebidos em pagamento), ter-se-ia uma colaboração privada com a gestão estatal de recursos públicos.

Mesmo na presença de qualquer das duas cláusulas aludidas, o pacto pode, sim, manter o seu caráter contraprestacional e assemelhar-se a um contrato de prestação de serviços, no qual a gestão de recursos pelo prestador só pode ser encarada como uma atividade privada, atinente à aplicação de recursos privados.

Relativamente à primeira espécie de cláusula — exigência de devolução dos recursos eventualmente sobejantes —, é preciso perceber que em geral ela visa a assegurar a devolução de recursos apenas na eventualidade de descasamento entre os pagamentos e a correspondente execução do objeto. Noutras palavras, ela serve à hipótese de a execução do objeto não ser integralmente concluída, o que constituiria impedimento a que a entidade recebesse por um serviço que não prestou integralmente.

²⁵ É verdade que, num típico contrato administrativo de prestação de serviços, a liberdade de gastos pelo contratado seria total; afinal, nesses contratos simplesmente costuma não importar como o contratado gasta os recursos que lhe são dados em pagamento, mas apenas se bem executa o objeto pactuado; no contrato de parceria cujo objeto seja a prestação de serviços de relevância pública, por outro lado, o prestador costuma deter uma liberdade relativa, balizada por determinados limites, para aplicar tais recursos. Ainda que possa gastá-los como necessário, deve prestar contas desse dispêndio. De todo modo, esta sua liberdade relativa está mais próxima do regime de liberdade total de gestão financeira que caracteriza o contrato de prestação de serviços, do que de um regime estritamente vinculado, que caracteriza o modo tradicional de gestão da máquina estatal.

De fato, pode acontecer de algumas obrigações de execução do objeto previamente avençadas não serem (ou não poderem ser) cumpridas, gerando até mesmo a extinção antecipada da avença. É óbvio que, nessas situações de inexecução parcial da avença, a parceira executora não poderá receber por sua execução integral, sob pena de enriquecimento sem causa. Nesses casos, é justo e necessário que devolva os valores recebidos que correspondam à parcela não executada dos serviços. É para isso que existem as cláusulas que lhe impõem a devolução de recursos sobejantes — sobejantes, note-se bem, por falta de execução de todo o serviço que se comprometeu a prestar.

Agora, ela tem o direito de gastar todos os recursos recebidos; devolvê-los, só na hipótese de sobra de recursos, hipótese esta que só ocorre, verdadeiramente, quando porventura não execute o que se comprometeu a executar. Nítido está, portanto, que a cláusula de devolução pode não infirmar o caráter contraprestacional de vínculos que prevejam pagamentos, pelo Poder Público, a entidades sem fins lucrativos pela prestação de serviços de relevância pública; pelo contrário: em muitos casos a cláusula até reafirma o caráter contraprestacional da avença, na medida em que impede que pagamentos sejam feitos na ausência de cabal prestação dos serviços.

Acrescente-se o fato de que, na hipótese de o parceiro privado sem fins lucrativos, nestas modernas parcerias assemelhadas a contratos, necessitar de mais dinheiro do que o convencionado para honrar suas obrigações de prestação dos serviços, ele não receberá mais dinheiro para tanto — terá, isto sim, que se esmerar em executar o que se comprometeu com os recursos que tenha recebido, já considerados privados. Nítido está, também por esta ótica, o caráter contraprestacional da avença, já que, presente ou ausente — tanto faz — a dita cláusula de devolução de recursos sobejantes, o parceiro executor há de executar o que se comprometeu, recebendo em contraprestação o exato valor avençado. Não lhe é dado receber recursos por simples destinação orçamentária, como se fosse gestor da conta corrente do Estado; é um prestador de serviços, por um valor determinado, como qualquer contratado do Estado para tal.²⁶

²⁶ É claro que pode haver a possibilidade de aditamento do pacto para aumento do quantitativo de serviços a serem prestados e, por óbvio, aumento correspondente do volume de recursos a serem recebidos em contraprestação pelo parceiro privado. O aumento do objeto é uma possibilidade, aliado ao correspondente aumento dos pagamentos — como em qualquer contrato. O que não é possível, em virtude do nítido caráter contraprestacional do vínculo, é permitir ao parceiro não estatal que receba recursos por simples destinação orçamentária.

Relativamente à segunda espécie de cláusula — exigência de demonstrativo de despesas —, claro está que ela também não elimina, por si só, o caráter contraprestacional de uma avença. O seu propósito pode ser propiciar ao parceiro estatal uma noção da realidade dos custos de prestação dos serviços, por meio do acesso às informações internas da entidade prestadora. Reduz-se, com esta exigência de abertura de custos, a assimetria de informações entre os contratantes. Prestar contas dos dispêndios com a execução do objeto pactuado, portanto, é obrigação privada que pode ter este sentido, de propiciar informações relevantes ao Estado, não se confundindo com um ato de gestão de recursos públicos.

A exigência de demonstração das despesas incorridas na execução de um ajuste não é rara em contratações pelo Estado. Isso ocorre quanto a empresas concessionárias de serviços públicos regidas pela Lei nº 8.987/95, sujeitas que estão ao dever de “prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos em contrato” (art. 31, III, da citada lei); ante esse permissivo, pode o contrato estipular, para a concessionária, a obrigação de apresentar demonstrativos da execução físico-financeira do objeto ao poder concedente. Mais do que isso, as concessionárias sujeitam-se ao dever legal de “permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época (...) a seus registros contábeis” (art. 31, V), o que viabiliza o acesso pelo poder concedente, em última análise, ao detalhamento de todos os custos da execução contratual.

Até mesmo nos contratos de obras da Lei nº 8.666/93, a informação sobre os custos efetivos da empreiteira por vezes tem interesse para a Administração e deve ser a ela fornecida. Isso ocorre, por exemplo, em caso de pedido de revisão baseado na teoria da imprevisão, que depende não só da demonstração da imprevisibilidade, como também do efetivo aumento excepcional de custos; em outras palavras, a contratada terá de “prestar contas”, mostrar seus custos, provar que foram efetivamente suportados. Isso, claro, não retira o caráter contraprestacional dos pagamentos do Estado.

Em suma, queremos dizer que todas estas obrigações relativas à abertura dos custos da execução de um contrato podem não desnaturar o caráter sinalagmático de uma avença, como as modernas parcerias. Trata-se de mecanismo de garantia ao Poder Público de acesso a um

conjunto de informações de grande importância. A importância dessas informações para o Poder Público é dupla: de um lado, permitem constituir e atualizar um banco de dados sobre os custos de execução das contratações públicas, útil à fixação e à atualização de sua política de contratações e de preços; de outro lado, permitem melhor acompanhar a execução das avenças, logo identificando — ciente dos custos de cada passo — quando há risco de inexecução parcial ou total de uma avença e tomando tempestivamente as providências corretivas que julgar necessárias.

Dúvida não pode haver, portanto, de que nas modernas parcerias do Estado com o Terceiro Setor, assemelhadas que são a contratos de prestação de serviços, a prestadora — uma entidade não estatal — recebe do Estado pagamentos em contraprestação por serviços prestados, sendo estes recursos, uma vez recebidos, de natureza privada e gerenciamento flexível, tal como se há de esperar de uma entidade não estatal.

4 Equiparação do pessoal do Terceiro Setor aos funcionários públicos

Esclarecida a natureza dos modernos vínculos de parceria do Estado com o Terceiro Setor — essencialmente contraprestacional, equivalente a vínculos contratuais de prestação de serviços com entidades não estatais — passamos ao exame de normas que talvez pudessem sugerir o contrário. São normas que, nalguma medida, equiparam as entidades do Terceiro Setor a entidades estatais e os seus agentes a funcionários públicos, como se inexistisse um vínculo contratual entre uma parte e outra (Estado e Terceiro Setor), mas apenas continuidade. Será que estas normas de equiparação infirmam tudo o que viemos de dizer?

Veja-se, neste tópico, a norma que equipara a “funcionário público”, para efeitos penais, “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (Código Penal, art. 327, §1º). É preciso compreender o sentido e o alcance dessa norma de equiparação.

A equiparação vale, por exemplo, para a prática do crime de peculato (art. 312), mas também para outros crimes próprios de funcionário público previstos na legislação penal e, em especial, para os “crimes praticados por funcionário público contra a administração pública em geral”, cuja tipificação é dada pelo capítulo de mesmo nome do Código Penal. Confrim-se as disposições legais:

Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Título XI – Dos crimes contra a administração pública

Capítulo I

Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública em geral

Peculato

Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

(...)

Funcionário público

Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000).

Para ser possível a equiparação a funcionário público (§1º do art. 327), a pessoa que trabalha para a empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada do Poder Público deve dedicar-se à execução de “atividade típica da Administração Pública”.

Não basta, portanto, para estar sujeito à equiparação, ser trabalhador de entidade prestadora de serviços contratada ou conveniada da Administração Pública, mas é preciso que a contratação tenha sido feita para o desempenho de “atividade típica da Administração Pública” e, mais do que isto, estar, como trabalhador, envolvido justamente no exercício desta atividade. São duas, portanto, as perguntas a serem feitas para se aferir a possibilidade ou não de equiparação: saber se há ou não contratação para o desempenho de “atividade típica da Administração Pública” e, em caso positivo, saber se o funcionário da contratada agiu ou não no desempenho desta atividade.

Quanto à primeira questão, geralmente é fácil encontrar contratações de empresas ou entidades sem fins lucrativos pelo Poder Público para a prestação de serviços — contratações do gênero ocorrem aos montes. Mais difícil, porém, é identificar qual das atividades realizadas no interior da empresa ou entidade contratada constitui “atividade típica da Administração Pública”.

É certo que nem toda operação realizada pela entidade pode ser considerada “atividade típica da Administração Pública”. O próprio texto da norma (§1º do art. 327) já pressupõe isto, ao qualificar a atividade como “típica” e excluir, pois, do alcance normativo, a atividade que não o seja. Além disso, é de conhecimento geral que a norma penal há de ser interpretada restritivamente em decorrência do princípio da estrita legalidade que impera nesta seara do Direito. Tanto maior é esta necessidade de interpretação estrita quando a norma encerra ficção jurídica, equiparando cidadãos. As duas razões, portanto — a textual e a hermenêutica —, concorrem no sentido de que nem toda atividade da entidade contratada possa ser considerada “típica da Administração Pública”.

Afinal, se não é qualquer atividade da entidade que pode ser reputada “típica da Administração Pública”, qual poderá sê-lo? Trata-se da específica atividade-fim, de natureza estatal, cuja realização é delegada pelo instrumento ao parceiro privado.

Atividades como a prestação de serviços sociais — notadamente, os serviços de saúde e educação —, regidas, aliás, por normas de direito público (ainda que também sejam livres à iniciativa privada), podem ser consideradas “típicas da Administração Pública” quando realizadas em nome e por delegação desta.

Por outro lado, atividades como a confecção e venda de uniformes, a produção e comercialização de alimentos, entre tantas outras ligadas à agricultura, à indústria e ao comércio, ainda que possam constituir objeto de contratação com o Poder Público, não podem ser consideradas “típicas da Administração Pública” para efeitos penais. Nesses casos, o contrato com o particular não envolve a delegação, a ele, de atividade-fim típica do Estado.

Pois bem, superada desta forma a primeira indagação há que se enfrentar a segunda. Se, em um caso concreto, estiver em pauta uma prestadora de serviços contratada para desempenhar uma “atividade típica da Administração Pública”, caberá ainda indagar acerca da caracterização ou não da conduta individualizada do funcionário desta prestadora como uma conduta adotada no desempenho de “atividade típica da Administração Pública”. Noutras palavras, haverá que se aferir se o funcionário efetivamente exerceu dita “atividade típica”, sob pena de ser impossível a sua equiparação a funcionário público. Atentar para

a especificidade da conduta do funcionário da organização privada é um imperativo que decorre não apenas do teor do §1º do art. 327 do Código Penal, mas também da sabida necessidade de individualização das condutas e das penas.

A “atividade típica da Administração Pública” nas modernas parcerias com entidades do Terceiro Setor só pode ser a efetiva prestação dos serviços de relevância pública — isto é, as atividades-fim estatais delegadas. Outras atividades, ainda que disciplinadas pela avença — como, por exemplo, a escolha do pessoal a ser usado nos serviços contratados — não se enquadram no conceito de “atividade típica da Administração Pública”.

Tomem-se, para exemplificar, serviços de saúde cuja execução tenha sido delegada a uma entidade privada sem fins lucrativos. Constituirá “atividade típica da Administração Pública”, no âmbito desses contratos, a efetiva prestação à população dos serviços de saúde por profissionais incumbidos de realizá-los — médicos, enfermeiros, motoristas de ambulância, etc. Não será juridicamente admissível a equiparação de atividades de outro gênero, como o gerenciamento de pagamentos recebidos por tais entidades, a “atividade típica da Administração Pública”. Afinal, se algo típico da Administração terá sido colocado sob a incumbência delas, este algo só poderá ter sido a prestação de serviços de saúde.²⁷

Lembre-se que, nas modernas parcerias, como nos contratos de prestação de serviços, os recursos transferidos ao parceiro privado o são a título de contraprestação, tornando-se privados assim que recebidos. É impossível reputar a gestão de recursos privados como uma “atividade

²⁷ Milita em favor deste entendimento o próprio acórdão proferido pelo STF (1ª Turma) no HC nº 83.830-8/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.3.2004. Na ocasião, os acusados, potencialmente equiparados a funcionários públicos, “...desenvolviam atividade na Fundação Hospitalar Pio XII e, aí, cobraram dos pacientes do Sistema Único de Saúde, a partir da premissa da inexistência de vagas e da insuficiência da cobertura do sistema, adicionais nos atendimentos prestados” (excerto do voto do Min. Marco Aurélio). Vê-se — ao menos aparentemente — que prestavam diretamente serviços médicos à população, o que não corresponde à hipótese do administrador de entidade particular que cuida apenas da administração da entidade, sem se envolver com a prestação de serviços, isto é, com a atividade-fim, com o serviço delegado. Noutro acórdão do STF, este de sua 2ª Turma (HC nº 87.227-1/RS, rel. Min. Ellen Gracie, j. 21.3.2006), os potencialmente equiparados a funcionários públicos também, aparentemente, eram médicos que teriam praticado conduta supostamente criminosa na direta prestação de serviços à população; nesse sentido o excerto do voto da relatora, Min. Ellen Gracie: “A suposta concussão teria ocorrido em 21.09.93 (...) no interior do Hospital Astrogildo de Azevedo, em Santa Maria (RS), estabelecimento privado que mantinha convênio com o SUS. A despeito disso, segundo a denúncia, o paciente, provedor do hospital, e outros co-denunciados (médicos) exigiram da vítima, beneficiário do SUS, vantagem indevida (pagamento de despesas médicas, hospitalares, além de remédios, exames e outros gastos).” Mais uma vez, a prestação de serviços médicos esteve envolvida no suposto delito. Vale lembrar, de todo modo, que ambos os acórdãos citados, do STF, absolveram os réus em razão da circunstância de suas condutas terem ocorrido antes da entrada em vigor da nova norma de equiparação a funcionários públicos introduzida pela Lei nº 9.983/2000 no §1º do art. 327 do Código Penal.

típica da Administração Pública”. Vale nova exemplificação para bem ilustrar esta impossibilidade.

Considere-se por hipótese um diretor financeiro de banco que atenda o Poder Público. Caso ele se aproprie de dinheiro do banco, recebido em pagamento, pelo Estado, de serviços bancários, terá ele praticado crime de funcionário público contra a Administração Pública? Não. Primeiro porque a apropriação pelo diretor, nesse caso, terá sido não de recursos públicos, mas de recursos privados, pertencentes à instituição financeira não estatal desde o momento em que a ela foram transferidos em pagamento pelo Estado. O ilícito, portanto, terá sido cometido contra a empresa — não contra a Administração Pública. Segundo porque a conduta do diretor não terá ocorrido no exercício de “atividade típica de Administração Pública”, mas sim no exercício de atividade privada, de gerenciamento da própria instituição financeira privada.

Se todas as atividades dos trabalhadores de entidades contratadas pelo Poder Público fossem equiparáveis às de funcionários públicos para efeitos penais, possivelmente seria multiplicada, exponencialmente, a prática de supostos “delitos contra a Administração Pública”. Qualquer ilícito praticado por empregado em prejuízo de empresa, quando esta estivesse contratada do Poder Público, seria, potencialmente, transfigurado em delito contra a Administração Pública. Neste cenário a tipificação dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal passaria a servir a fim diverso daquele para a qual foi concebida: em lugar de proteger a gestão dos interesses públicos, passaria a tutelar o patrimônio e os interesses do empresariado.

Em suma: a equiparação é muito restrita e limitada a situações em que a entidade do Terceiro Setor tiver sido contratada para o desempenho, por delegação, de atividade-fim típica do Estado. E só caberá quando o agente da entidade do Terceiro Setor tiver efetivamente exercido essa atividade-fim de natureza estatal. Portanto, não se admite uma equiparação ampla, irrestrita, do pessoal das entidades do Terceiro Setor contratadas pelo Estado com os funcionários públicos.

5 Equiparação das entidades do Terceiro Setor a entidades estatais

Outro exemplo de norma de equiparação do Terceiro Setor ao Estado foi a resultante do art. 1º do Decreto Federal nº 5.504/2005. Veja-se o teor das disposições:

Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005

Art. 1º. Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§1º. Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§2º. A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§3º. Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§4º. Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§5º. Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Como se vê, dessas disposições extraia-se norma exigindo a realização de licitação pública para as contratações de serviços e obras, bem como para as compras e alienações, feitas com utilização de recursos repassados pela União mediante parcerias. Para a contratação de bens e serviços comuns com uso desses recursos, exigia-se a licitação na modalidade de pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica. E — o que era curioso — tais providências eram exigidas, inclusive, das entidades privadas sem fins lucrativos.

Tais normas, contudo, foram longe demais na pretendida equiparação e, com razão, tiveram que ser derogadas. A derrogação ficou a cargo do Decreto nº 6.170/2007 que, ao instituir o novo regime regulamentar para as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu a regra constante de seu art. 11, a saber:

Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Veja-se que, de acordo com a nova regra, as entidades privadas sem fins lucrativos, para a contratação de bens e serviços com recursos oriundos da União, sujeitam-se apenas ao dever, que é próprio de qualquer administrador diligente, de cotação prévia de preços no mercado. Não mais se lhes impõe o dever de realização de licitação na modalidade de pregão, como se fossem típicas repartições de Estado. A norma do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 foi tacitamente derogada no que tange às entidades privadas sem fins lucrativos, passando a aplicar-se apenas às entidades estatais que recebam recursos da União (ou seja, os Municípios, Estados, o Distrito Federal e as entidades pertencentes às respectivas Administrações Indiretas).

Veja-se como o derogado art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 partia do equivocado pressuposto de que, para atender a uma exigência de licitação supostamente constante do art. 116 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (disse “[p]ara efeito do disposto no art. 116...”), as entidades privadas sem fins lucrativos teriam que licitar. Ora, o aludido art. 116 não leva e jamais levou a uma exigência nesse sentido; ele diz apenas que as normas da Lei nº 8.666/93 aplicam-se “no que couber” aos convênios e instrumentos congêneres, sendo certo que as normas da Lei nº 8.666/93, ao imporem o dever de licitar, o fazem dirigindo-se apenas, como é apropriado, a entes e entidades estatais, integrantes do aparelho administrativo do Estado — jamais se dirigem a entidades não estatais.²⁸ A imposição legal do dever de licitar dirige-se a organismos estatais até mesmo pelo fato de a lei servir para regulamentar esse dever que é antes constitucional, sendo certo que, já na sua conformação constitucional, o dever se reporta, sem sombra de dúvidas, ao Estado.²⁹ Não caberia nem

²⁸ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/93 claramente estabelece: “Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Ou seja, somente se aplica o regime das licitações públicas a entidades estatais.

²⁹ Nesse sentido, o art. 37, XXI, da Constituição, dispõe que “[a] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá...” a determinadas

cabe supor que o art. 116 da Lei nº 8.666/93 estaria a exigir das entidades não estatais qualquer mimetismo de Estado, qualquer dever de licitar como se repartições públicas fossem.

Tanto era excessiva a exigência de pregão para as entidades sem fins lucrativos que acabou derogada, sendo substituída por uma norma — a que exige cotação prévia de preços no mercado — finalmente consentânea com o regime de direito privado, apropriado à atividade de gestão privada de recursos privados (ainda que para fins públicos) que se passa nestas entidades.

6 Um grave erro a evitar

Diante dos exemplos de normas de equiparação entre Estado e Terceiro Setor supracitados, vale salientar o alerta para este grave equívoco a ser evitado pelos aplicadores da moderna legislação atinente às parcerias entre um e outro. Trata-se do equívoco de supor que o Terceiro Setor, pelo só fato de atuar como legítimo colaborador do Estado na execução das múltiplas tarefas estatais, mereça tratamento idêntico — tal e qual, sem distinções — ao reservado pelo Direito ao Estado e suas repartições públicas.

Como é de conhecimento geral, as entidades do Terceiro Setor não integram o aparelho do Estado; pertencem, isto sim, ao mundo privado. Não se sujeitam aos ônus, tampouco usufruem dos privilégios que ordinariamente estão atrelados às entidades e atividades estatais.

Em matéria de ônus, não têm, por exemplo, dever de licitar como as entidades estatais. Ainda em matéria de ônus, também não têm o dever de contratar seus agentes por concurso público.

Em matéria de benefícios, não integram a máquina pública e, por isso, não têm prazos processuais e prescricionais próprios, não se beneficiam da imunidade tributária recíproca, não recebem recursos públicos por simples destinação orçamentária, não exercem poder de polícia, etc. Seus agentes também não têm vantagens funcionais que a Constituição e as leis dão aos servidores públicos.

Em suma, além de, definitivamente, não serem Estado, as entidades do Terceiro Setor, mesmo quando constituem com o Estado vínculos de parceria para a prestação de serviços de relevância pública, não se

regras, entre elas a de contratação de obras, serviços, compras e alienações "...mediante processo de licitação pública...". E o art. 175, ao impor o dever de licitar para a outorga de concessão ou permissão de serviços públicos, dirige-se ao "Poder Público". Sempre, invariavelmente, o sujeito obrigado a licitar é um ente estatal, jamais um particular.

transformam em Estado. Sujeitam-se, evidentemente, a determinados ônus relacionados à circunstância de estarem atuando como contratadas do Poder Público; porém, isto não autoriza que se lhes aplique todo o tratamento reservado às repartições estatais.

Por tudo isso, tratar estas entidades da iniciativa privada de interesse público e os seus funcionários como, respectivamente, repartições públicas e funcionários públicos, seria um erro. A legislação, quando permite alguma equiparação entre o universo estatal e o não estatal, o faz expressa, excepcionalmente e com cautela, como é o caso da regra do §1º do art. 327 do Código Penal. A cautela da norma penal é justificada, pois não quer ser a ponta-de-lança da estatização da vida privada, muito menos da estatização criminal da vida privada.

Quando uma tentativa de equiparação porventura deixar de ser cautelosa e justificada, pretendendo aplicar-se de forma corrente e não excepcional, como se o Terceiro Setor fosse o próprio Estado — um exemplo paradigmático foi a exigência de que o Terceiro Setor licitasse na forma do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 —, ela não merecerá prosperar, como de fato não prosperou a citada exigência.

Veja-se, ademais, que aplicar às entidades do Terceiro Setor o regime a que se submete o Estado, *tout court*, é anular a flexibilidade de gestão que essas entidades têm a oferecer e, com ela, os bons resultados que podem alcançar. É contrariar o principal objetivo — legítimo e republicano — da realização das parcerias do Estado com o Terceiro Setor: maior eficiência na prestação de serviços à população, por meio da flexibilidade gerencial e do compromisso com resultados oferecidos pela iniciativa privada de interesse público.

7 Considerações finais

O fenômeno da assemelhação das modernas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor com contratos de prestação de serviços, enquanto processo inacabado, precisa ser levado adiante e às suas últimas consequências. Tais parcerias precisam ser reconhecidas como contratos.

O Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos que temos em vigor está emperrando esse avanço. Com o seu regime licitatório inadequado às modernas parcerias, produz seja o efeito de permitir que sejam celebradas por inexigibilidade de licitação, seja o efeito de incentivar os administradores públicos a negarem o seu caráter contratual para supostamente fugirem do indesejado modelo de licitação.

O ambiente jurídico é de muita incerteza e envolve o risco de abusos por parte do Estado e das entidades. Ao se negligenciar o caráter contratual das modernas parcerias, corre-se o risco de tratar os vínculos que as entidades do Terceiro Setor mantêm com o Estado como ajustes de importância menor, os recursos que tais entidades recebem em pagamento por serviços prestados como recursos estatais em mãos privadas, os trabalhadores que contratam como funcionários públicos, as obrigações a que se sujeitam como equivalentes às típicas de Estado — em suma, todo o Terceiro Setor como um espelho perfeito do Estado. Nada disso é desejável.

Para que resgatem a segurança jurídica e prossigamos avançando na direção correta da contratualização podemos começar reconhecendo que as modernas parcerias já são contratos. Paralelamente, cumpre-nos enfrentar a necessidade de instituição, por lei, de um processo administrativo para a celebração de contratos de parceria do Estado com o Terceiro Setor, que se afigure adequado às características dessas avenças e pelo qual seja garantida igualdade de oportunidades a potenciais interessados. Com isso, as dúvidas geradas pela inadequada disciplina do tema na atual legislação estarão superadas. Uma proposição nesse sentido já consta do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, de 2009.

The Modern Public Partnerships with the Third Sector

Abstract: This study aims to demonstrate that the modern bonds of partnership between State and the Third Sector already have a content that approximates them to real administrative contracts, focused on the provision of services that have public importance. But it is necessary that legislation turns more systematic the treatment of these partnerships as contracts. Moreover, it is necessary to regulate, by law, an administrative process of public notice adequate to the celebration of such contracts.

Key words: Partnerships. Third Sector. Administrative Procedure. Public Administration.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

Recebido em: 31.01.11

Aprovado em: 15.03.11