

A NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS DE PARCERIA SOCIAL CELEBRADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

*The legal nature of the social partnership between Public
Administration and civil society organizations*

Bruno Luís Amorim Pinto¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da natureza jurídica. 2.1. Da natureza de convênio administrativo ou mero acordo de vontades. 2.2. Da natureza de contrato administrativo *lato sensu*. 2.3. Da natureza de ato administrativo complexo. 2.4. Da posição defendida. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO

Analisando a doutrina jurídica brasileira e a legislação nacional aplicável, o presente artigo investiga a natureza jurídica dos instrumentos de parceria social celebrados entre a Administração Pública e as chamadas *organizações da sociedade civil*, demonstrando suas implicações para o regime jurídico desses mecanismos de colaboração.

Palavras-chave: Administração Pública – Organizações da Sociedade Civil – parcerias sociais – natureza jurídica – doutrina – regime jurídico.

ABSTRACT

Analyzing the Brazilian legal doctrine and the national applicable law, this paper investigates the legal nature of social partnerships engaged by Public Administration with the so-called *civil society organizations*, presenting its implications to the legal regime of these collaborative mechanisms.

Keywords: Public Administration – Civil Society Organizations – social partnerships – legal nature – doctrine – legal regime.

1. INTRODUÇÃO

Sob o influxo do perfil cidadão da Constituição Federal de 1988 e do imperativo da *eficiência administrativa*² que norteou, em nosso país, a ainda inacabada *Reforma de 1990*³, a Administração Pública Brasileira vem recorrendo cada vez mais

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito do Estado – Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 103) coloca a eficiência como um dos quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno, traduzindo-a como uma “qualidade essencial da boa governança”, uma eficiência socioeconômica consistente em produzir bens e serviços de melhor qualidade, o mais rápido e na maior quantidade possíveis e com os menores custos para a sociedade.

³ No centro do movimento reformista que se espalhou pelo mundo nas décadas de 1980 e 1990 está a crise endógena do Estado Social ou Providência, marcado por uma Administração Pública altamente burocratizada, ineficiente e capturada por interesses privados (Luiz Carlos BRESSER PEREIRA e Nuria Cunill GRAU, 1999, p. 15-16). De acordo com Odete MEDAUAR (2003, p. 132), pretendia-se uma Administração a serviço do cidadão, a partir dum novo modelo de se relacionar com a sociedade, com mais transparência e eficiência administrativas, transferindo-se atribuições públicas [de interesse

às parcerias com a iniciativa privada sem fins lucrativos para desenvolver serviços sociais e concretizar os *interesses públicos*⁴, atendendo as necessidades coletivas numa perspectiva democrática, pluralista e consensual⁵ de ação estatal, construindo aquilo que se intitula de *Estado Parceiro*⁶.

Trata-se do crescente recurso à atividade de fomento administrativo, uma das decorrências do princípio da subsidiariedade estatal, a partir da lógica de que a não

público] ao setor privado e expandindo-se técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, tendo como eixos centrais, ao menos nos países periféricos como o Brasil, o controle da inflação e a busca do equilíbrio econômico, com a redução do aparelhamento administrativo e o controle da despesa pública. Tarso Cabral VIOLIN (2010, p. 97-109) explica que, no Brasil, esse movimento surgiu principalmente com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) na gestão de Fernando Henrique Cardoso, cujo Ministro era justamente Luiz Carlos BRESSER-PEREIRA, orientada pelos postulados do Consenso de Washington, ocorrido em 1989 nesta localidade, reunindo os organismos de financiamento internacional de Bretton Woods (FMI, BID e Banco Mundial), funcionários do governo norte-americano e economistas latino-americanos, com o intuito especial de orientar o processo nos países em desenvolvimento –, em 1995, seguido pela reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e por normas infraconstitucionais, a exemplo da edição da Lei Federal nº 9.637/1998, que instituiu e disciplinou os contratos de gestão com as organizações sociais.

- ⁴ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 113) ensina que a *noção objetiva de público como algo inerente e próprio, quando não exclusivo, do Estado é mito dominante do século XX, hoje substituído pela ideia de espaço decisório dum conjunto de interesses metaindividuais da sociedade compartilhado com o Estado, a romper com o presumido monopólio estatal sobre inúmeras funções de interesse transindividuais, historicamente por ele absorvidas. Segundo Luiz Carlos BRESSER PEREIRA (1999, p. 21), o público deve ser atualmente entendido como o que é de todos e para todos; o privado, o que está voltado para o lucro ou para o consumo; e o corporativo, o que está orientado para a defesa política de interesses setoriais ou grupais; sendo possível distinguir dentro do público o estatal e o não estatal.*
- ⁵ Almiro do Couto e SILVA (2013, p. 429) leciona que *Administração Concertada, Administração Consensual ou Soft Administration são expressões que refletem novas formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, que deverão ser resolvidas mediante acordo. Nessa mesma toada, Silvio Luís Ferreira da ROCHA (2006, p. 20) afirma que o modelo estatista levou à transformação de uma Administração impositiva e burocrática em outra consensual e gerencial, substituindo-se o modelo clássico da coerção pelo da colaboração, num sistema de gestão baseado em instrumentos consensuais e negociais*
- ⁶ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 21-23) explica a evolução do papel do Estado na seguinte sequência: (i) Estado de Polícia ou Gendarme, de garantia do homem livre – liberalismo; (ii) Estado Providência, de garantia da igualdade material, próprio dos séculos XIX e XX e marcado pela concentração de poder e hipertrofia do aparelho estatal, cortes autocráticos e absolutistas nas versões mais radicais, desequilíbrio entre a liberdade e a igualdade e Estado como tutor ou dirigente da coletividade; e (iii) Estado Parceiro, que reentroniza o homem como responsável e destinatário do progresso, concentrando a confiança em suas potencialidades elementares, encarando-se o corpo estatal como mero instrumento de realização dos interesses coletivos, não mais cabendo ao ente estatal a tarefa de dirigir, mas a de executar a vontade de sociedades abertas. Para o Autor (2006, p. 379), o Estado Parceiro, longe de diminuir, ganhará importância, já que, fortalecido pela segurança ética que lhe dará o princípio da subsidiariedade, concentrará sua ação em seu próprio campo decisório – o da finalidade pública –, uma vez que esta somente pode ser realizada efetivamente com sua ação. De acordo com Luis Martin REBOLLO (2003, p. 111), o Estado Parceiro é “Um Estado que, agora, sobretudo, regula, inspeciona, sanciona. Acentua esse papel vigilante, sem prejuízo de que às vezes preste diretamente serviços”. Referindo-se à doutrina de Gaspar Ariño ORTIZ, Gustavo Justino de OLIVEIRA (2007c, p. 223-226) prefere falar em Estado contratual e Estado financiador, figuras que seriam complementares entre si e expressariam a vocação do Estado contemporâneo de funcionar como “[...] agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social”.

intervenção direta do Estado naquelas atividades em que os particulares têm condições de assumir satisfatoriamente impõe, como contrapartida, a fim de garantir os interesses públicos, a coordenação, fiscalização e estímulo à iniciativa privada (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2012, p. 35; Silvio Luís Ferreira ROCHA, 2006, p. 20).

Nomeadamente, cuida-se do estímulo à iniciativa privada sem objetivo de lucro de fins comunitários públicos ou de solidariedade social, denominada no presente artigo simplesmente de *organizações da sociedade civil*, em consonância com a expressão empregada pela recente Lei Federal nº 13.019/2014, sem prejuízo, é claro, das diversas locuções comumente empregadas para designar as entidades não estatais sem fins lucrativos que firmam ajustes colaborativos com o Estado para, ao seu lado, oferecer utilidades à coletividade, *exempli gratia*: entidades paraestatais, terceiro setor, fundações privadas e associações sem fins lucrativos, entidades de colaboração, entre outras⁷.

Oportuno esclarecer que, independentemente da expressão utilizada, o legítimo fomento com repasse de recursos públicos a entidades não estatais exige que elas sejam *sem fins lucrativos, institucionalizadas, autoadministradas e voluntárias*⁸, além de, como bem pontuado por Paulo Eduardo Garrido MODESTO (2006, p. 06), possuírem *fins comunitários, públicos ou de solidariedade social*. Esta última característica, destaque-se, significa a sua vocação à prestação de serviços sociais em benefício de toda a coletividade, em oposição àquelas entidades que proporcionam benefícios somente a seus associados, o chamado *espaço corporativo* (Luiz Carlos BRESSER PEREIRA e Nuria CUNILL GRAU, 1999, p. 21), como é o caso dos serviços sociais autônomos.

Nessa linha reformista, ao longo dos anos, proliferaram-se em nossa legislação diversos instrumentos jurídicos de emparceiramento social entre a Administração e as organizações da sociedade civil⁹, desde, no plano federal pelo menos, o tradicional convênio administrativo, passando pelos contratos de gestão com organizações sociais, pelos termos de parceria com organizações da sociedade civil, até, mais recentemente, os termos de fomento e termos de colaboração contemplados na Lei Federal nº 13.019/2014¹⁰.

⁷ Paulo Eduardo Garrido MODESTO (2011, p. 11) observa que a própria Constituição Federal se vale das mais variadas expressões, a saber: *instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos* (art. 150, VI, c); *entidades filantrópicas* (art. 199, § 1º); *entidades sem fins lucrativos* (art. 199, § 1º); *entidades beneficentes* (art. 204, I); e *entidades não governamentais* (art. 227, § 1º).

⁸ Conforme estudo conjunto do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais e GIFE – Grupo de Institutos, Fundações e Empresas em 2005 (reeditado em 2010).

⁹ Sem prejuízo da confusão que possa despertar com as parcerias público-privada tratadas na Lei Federal nº 11.079/2004, espécie de contrato administrativo de concessão de serviços públicos, Carlos Ari SUNDFELD (2011, p. 20-22) refere-se à expressão parcerias público-privadas em sentido amplo para designar “múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”, incluindo os contratos de colaboração, abrangendo, portanto, os vínculos formais de cooperação com organizações da sociedade civil aqui estudados.

¹⁰ Rodrigo Pagani de SOUZA (2009, p. 312) questiona a concorrência desses instrumentos de par-

Muito embora existam diferenças pontuais entre si, todos esses ajustes compartilham de uma *unidade de sentido*, qual seja a finalidade colaborativa, com obrigações assumidas pelas partes dirigidas ao mesmo objetivo de interesse público, visando ao desenvolvimento de serviços sociais à coletividade. Fica, então, a pergunta acerca de sua natureza jurídica, isto é, daquilo que são para o Direito, da categoria jurídica sob a qual todos esses vínculos colaborativos podem ser reunidos.

Ressalte-se, ainda, que a pesquisa da natureza jurídica dos instrumentos de colaboração social entre os setores público e privado sem fins lucrativos não é mero exercício de intelecto, sendo fator determinante para definição do regime jurídico dessas parcerias sociais, eis que define a competência [constitucional] legislativa sobre a matéria e, por consequência, o universo de normas incidentes.

2. DA NATUREZA JURÍDICA

A doutrina brasileira diverge em relação à natureza jurídica das parcerias sociais com as organizações da sociedade civil, com alguma prevalência para a sua caracterização enquanto convênio administrativo ou mero acordo de vontades, especialmente no intuito de, afastando o caráter contratual desses vínculos, eximi-los da necessidade de observar a regra da licitação pública prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Analizando a doutrina administrativista brasileira, Carolina Caiado LIMA (2010, p. 37-48) identifica pelo menos 03 (três) correntes: (i) *acordo de vontades ou convênio administrativo*; (ii) *contrato administrativo*; e (iii) *ato administrativo complexo*. Vejamos:

2.1. Da natureza de convênio administrativo ou mero acordo de vontades

Preliminarmente, importante destacar que é possível falar em convênio tanto como uma espécie de instrumento de parceria social entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil¹¹ quanto como uma categoria jurídica genérica, numa

ceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil em nosso ordenamento jurídico justamente diante da igualdade de propósito entre eles, afirmando ser essa redundância um dos problemas fundamentais do Direito vigente. Para o autor, essa multiplicidade de regimes de parceria traz complexidade desnecessária ao Direito positivo brasileiro, permitindo o tratamento desigual de entidades que, fundamentalmente, se encontram na mesma situação. Interessante observar que a crítica do autor permanece atual mesmo após o advento da Lei Federal nº 13.019/2014, a qual pretende conviver com os contratos de gestão e termos de parceria (art. 2º, VII e VIII), determinando ainda a sua aplicação subsidiária (“naquilo que couber”) a estes últimos (art. 4º), apenas impedindo a formalização das parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada sem fins lucrativos por meio de convênios, que ficarão restritos às relações de cooperação interfederativa prevista no art. 241 da Constituição Federal (art. 84).

¹¹ Os convênios assim intitulados possuem, no plano federal, disciplina própria, dada pelo Decreto Federal nº 6.170/2007 (art. 1º, § 1º, I), pela Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 (art. 1º, § 2º, VI) e pela IN STN nº 01/97 (art. 1º, § 1º, I), não se aplicando aos contratos de gestão com organizações sociais (Lei Federal nº 9.637/1998), aos termos de parceria com organizações da sociedade

noção de convênio *lato sensu*, designativa, na linha conceitual de Hely Lopes MEIRELLES (2002, p. 383), de todos os “[...] acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum”. É neste segundo sentido que se fala em *categoria jurídica de convênio administrativo ou de mero acordo de vontades*.

Em estudo aprofundado sobre a matéria, Carolina Caiado LIMA (30-36) insere todas as parcerias sociais entabuladas entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil na noção de *convênio administrativo colaborativo ou de cooperação*, firmados entre a Administração e entidades privadas com o objetivo de incentivar, no contexto da atividade administrativa de fomento, ações e atividades livres à iniciativa privada e que estão afetadas ao interesse público/coletivo. Tal categoria contrapõe-se ao dito *convênio de cooperação federativa*, previsto no art. 241 da Constituição Federal de 1988, celebrado entre entidades estatais para a gestão associada de serviços públicos¹².

Da mesma forma, Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 116-117) conclui que o termo *convênio* abrange:

[...] todos os vínculos jurídicos celebrados entre a Administração Pública, no exercício da atividade de fomento, e os entes no exercício de atividades referentes ao terceiro setor [...], [tratando-se de] acordos de vontade, em que os partícipes visam a um interesse comum, colaborando mutuamente para o desenvolvimento do projeto. [...] [Dessa forma,] todo o estudo realizado acerca dos convênios administrativos (principalmente quanto à natureza jurídica) aplica-se também aos contratos de gestão, termos de parceria e eventuais outros institutos criados por leis específicas no intuito de regular os acordos celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos, para atender a objetivos comuns.

É esse também o entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2015, p. 293-294), para quem os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público [e os recentes termos de fomento e de colaboração] assemelham-se aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para

civil de interesse público (Lei Federal nº 9.790/1999), nem aos noveis termos de colaboração e termo de fomento firmados com organizações da sociedade civil (Lei Federal nº 13.019/2014). É importante destacar que, com o advento da Lei Federal nº 13.019/2014 (art. 84), o convênio propriamente dito, regido pelo mencionado diploma normativo, não mais poderá ser utilizado para instrumentalizar as parcerias sociais entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, ressalvados os convênios de saúde, por força de seu assento constitucional (art. 199, §1º).

¹² Nesse mesmo sentido, Gustavo Justino de OLIVEIRA (2008b, p. 269-270) explica que os convênios possuem multifuncionalidade no sistema administrativo brasileiro, podendo ser encarados tanto como *acordos administrativos organizatórios* quanto como *acordos administrativos colaborativos*: os primeiros instrumentalizam a descentralização de atividades de um órgão ou ente administrativo para outros órgãos ou entes administrativos; e os segundos formalizam vínculos de colaboração entre a Administração e quaisquer tipos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, independentemente de serem detentoras de uma qualificação especial prévia.

formalizar a atividade de fomento, tratando-se de “[...] acordo de vontades em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how (...)”¹³.

A defesa da natureza de convênio administrativo sustenta-se na ideia de que as parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil envolvem mero acordo de vontades, porquanto não existiriam interesses contrapostos nem reciprocidade de obrigações entre os partícipes ou convenientes.

Nessa perspectiva, seguindo as lições de Hely Lopes MEIRELLES, José Eduardo Sabo PAES (2013, p. 802-803) defende que o único ponto comum entre o convênio e o contrato é a existência do acordo de vontades, diferenciando-se porque, no primeiro, os interesses das partes são divergentes e opostos, enquanto que, no segundo, eles são coincidentes e comuns, havendo um evento de interesse recíproco em regime de mútua cooperação.

Assim é a compreensão mais tradicional e prevalente na doutrina brasileira acerca da natureza jurídica das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, defendida, *verbi gratia*, por Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728), José dos Santos CARVALHO FILHO (2013, p. 224-228) e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2015, p. 238-239), que caracterizam os ajustes aqui examinados convênios administrativos ou meros acordos de vontades, sempre se referindo à ausência de interesses contrapostos e de reciprocidade de obrigações entre os partícipes.

Filiando-se igualmente a essa corrente, Maria Nazaré Lins BARBOSA (2011, p. 535) sintetiza as seguintes características do convênio, que o diferenciariam do contrato: os interesses são recíprocos, e não contrapostos; os entes conveniados têm objetivos institucionais (competências institucionais) comuns, reunindo-se para alcançá-los; por almejem o mesmo objetivo, os seus signatários não são rigorosamente partes, não cobrando taxa ou remuneração entre si; o valor eventualmente entregue por um dos convenientes ao outro somente pode ser utilizado para os fins previstos no instrumento, não se tratando de remuneração, que passa a integrar o patrimônio da entidade que a recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo¹⁴.

¹³ Registre, ainda, o similar vaticínio de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 610-612), segundo o qual “a esses atos caberia adequadamente a denominação de convênios”. Negando a natureza contratual dos acordos de colaboração, o autor critica duramente a designação “contrato de gestão” prevista na Lei Federal nº 9.637/1998, afirmando que nem mesmo a expressão “termo de parceria” da Lei Federal nº 9.790/1999 seria adequada, já que “ignora a correta e pacífica denominação de convênios [de cooperação], já adotada pelo legislador constitucional para instrumentar a gestão associada de serviços públicos (CF, art. 241) [grifos no original]. Ousamos discordar do autor neste último ponto, entretanto, dado que o aludido dispositivo constitucional se refere aos convênios interfederativos, cuja alusão somente traria dificuldades quanto às normas jurídicas aplicáveis, embora não olvidemos da previsão constitucional de convênios entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos na área da saúde (art. 199, § 1º).

¹⁴ Neste particular, distinguindo convênio de contrato, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2013, p. 348) entende que, “no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o órgão repassador a utilização que será feita do mesmo”,

É Hely Lopes MEIRELLES (2002, p. 383) quem ainda acrescenta como marcas dos convênios administrativos [diferenciando-os dos contratos] a instabilidade e a precariedade, na medida em que se permitiria que qualquer partícipe o denunciasse e retirasse sua cooperação quando o desejar, sendo-lhe atribuídas apenas as obrigações e vantagens referentes ao tempo em que participou voluntariamente do acordo. Para ele, “a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes”¹⁵.

Afigura-se curioso o raciocínio espacial e direcional construído por Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728), de acordo com o qual os “Convênios administrativos são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”. O autor, então, classifica os convênios administrativos em acordos de cooperação, quando todas as pessoas estão preordenadas para o fim desejado; e acordos de colaboração, quando um dos convenientes desempenha atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares do outro, para o objetivo comum.

O Tribunal de Contas da União – TCU parece seguir essa primeira linha de pensamento, tendo diferenciado expressamente convênio de contrato no Acórdão nº 1.077/2005, principalmente pela [suposta] ausência de reciprocidade de obrigações do primeiro, um vez que, no contrato, uma das partes se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa mediante pagamento previamente acertado, ao passo que, no convênio, os interesses são comuns e a contraprestação em dinheiro não precisa existir, tratando-se de ajuste de mútua colaboração para atingimento de objetivo comum.

Também o Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou por essa primeira corrente de pensamento, encampando expressamente a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES no RE nº 119.256-9/SP, chegando a afirmar a precariedade dos convênios, no qual não haveria direito adquirido dos seus partícipes à manutenção do vínculo¹⁶.

daí porque, ao revés, no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste e, tratando-se de verbas públicas, o conveniente não estatal deverá prestar contas ao Tribunal de Contas.

¹⁵ Igualmente, Edmir Netto de ARAÚJO (2012, p. 728) e José dos Santos CARVALHO FILHO (2013, p. 225), este último para quem imperaria no convênio o princípio do informalismo, podendo o pactuante se retirar do ajuste (denúncia do convênio) a qualquer tempo sem suportar efeitos negativos de maior relevância e não sendo exigível o pressuposto da personalidade jurídica (ao contrário do que ocorre com o contrato). Neste ponto, registramos que, encampando a tradicional visão acerca dos convênios e instrumentos congêneres de cooperação mútua, o Decreto Federal nº 6.170/2008 veda a oposição de cláusula de permanência – como não poderia de ser, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de associação – ou sancionadora do denunciante, a despeito de prever que ficam os partícipes “responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo”.

¹⁶ Recentemente adotada no julgamento do mérito da ADI nº 1.923/DF, que consignou que o contrato de gestão com as OSs consiste, em linhas gerais, num convênio, e não exatamente num contrato de direito

Anote-se que essa tradicional distinção entre convênio e contrato já constou textualmente do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no art. 48 do Decreto nº 93.872/1986, que acabou sendo revogado pelo Decreto Federal nº 6.170/2007 e assim dispunha:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

§ 1º. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço ou ajuste constitui contrato.

2.2. Da natureza de contrato administrativo *lato sensu*

Numa outra perspectiva, denominada *atual* por Janaina SCHOENMAKER (2011, p. 59), não se nega a natureza convencional das parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil¹⁷, mas se incluem os convênios na noção de *contrato administrativo em sentido amplo*, numa relação de gênero e espécie.

Filiando-se a essa segunda corrente de pensamento, Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 657-660) afirma que o contrato, enquanto instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas, a saber: contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos; e contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses.

Essa também é a visão de Odete MEDAUAR (2013, p. 241-242), de acordo com a qual, assim como ocorreu com os contratos administrativos clássicos dos primórdios do século XX¹⁸, é possível incluir os instrumentos convencionais (decorrentes do consenso, acordo e cooperação) num *módulo contratual*, bastando para tanto que se deixe de lado a concepção restrita de contrato vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial, e se retome a ideia básica de contrato predominante na Grécia

público, senão nominalmente, daí a sua conclusão de que, em princípio, haveria desnecessidade de processo licitatório.

¹⁷ É importante ter clareza de que afirmar que os instrumentos de parcerias sociais entre os setores público e privado sem fins lucrativos são contratos não afasta a tradicional concepção de convênio administrativo, senão quanto às características de ausência de obrigações recíprocas e de estabilidade, mantendo-se a ideia de assunção de compromissos em direção a um objetivo comum.

¹⁸ Quando acabou se firmando a *noção francesa de contrato administrativo enquanto ajustes celebrados pela Administração Pública com particulares para a aquisição de obras, serviços e compras e realização de concessões e alienações públicas, marcados pela relativização do princípio da intangibilidade contratual e da igualdade formal dos contratantes, com prerrogativas e sujeições exorbitantes do Direito Comum (Civil)*.

Clássica e no Direito Romano mais antigo, baseada no intercâmbio de bens e prestações, regido pelo Direito, com possibilidade de regimes jurídicos diversos¹⁹.

Da mesma forma, reconhecendo a insuficiência intrínseca da *teoria [moderna] do contrato administrativo* para explicar o complexo fenômeno contratual da Administração, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 242-246) defende a existência dum gênero contratual no qual se incluem os convênios *lato sensu*, falando em *módulos convencionais* ou *contratuais em sentido amplo*. Para ele, todos esses instrumentos convencionais de cooperação celebrados pela Administração criam situações jurídicas subjetivas [direitos e obrigações exigíveis juridicamente], na medida em que produzem regras aplicáveis individualmente às pessoas envolvidas, estabelecendo-se obrigações das partes em relação às atividades a serem realizadas, com metas e prazos de execução fixados.

Com precisão, Marçal JUSTEN FILHO (2005, p. 25-26) pontua não haver na *Teoria Geral do Direito* uma categoria de ato jurídico específica e autônoma denominada *convênio*, apontando como justificativa para a utilização desta expressão no Direito Administrativo Brasileiro a intenção de evitar confusões com as avenças tradicionalmente praticadas entre a Administração Pública e particulares, marcadas que são pela desigualdade, imperatividade e poderes extroversos. Para o autor, os convênios são espécie de *contrato plurilateral*, avença caracterizada pela possibilidade de participação de mais de duas partes e pela inexistência de câmbio de riquezas entre os contratantes, objetivando a realização de certa atividade de interesse comum por meio da organização de bens e esforços²⁰.

Também se alinhando pela natureza contratual dos convênios, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA (2006, p. 53-53) entende não haver diferença quanto à natureza, mas apenas de conteúdo, dado que inexistiria no convênio as chamadas *cláusulas exorbitantes*, tratando-se de verdadeiro contrato associativo.

Registre-se, ainda, as lições de Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p.), de acordo com o qual “[...] os argumentos utilizados pela doutrina tradicional para negar natureza contratual aos convênios não resistem à análise dos contratos e dos convênios segundo a *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, vez que o consenso (acordo de vontades) e a direção à produção de efeitos jurídicos (criação, modificação ou extinção de determinada relação jurídica) seriam os únicos requisitos inquestionáveis para a celebração do contrato, estando presentes também nos acordos colaborativos (convênios), que ostentariam a natureza de verdadeiros contratos bi/plurilaterais de *natureza reflexiva*”²¹.

¹⁹ Odete MEDAUAR (1995, p. 75-81) demonstra situações em que os interesses convergentes são objeto de contrato e os interesses contrapostos se fazem presentes nos convênios; que o suposto exercício de competências comuns nos convênios não existe no caso de parcerias com os particulares; e que, ainda que não se fale em preço, o repasse de verbas num convênio tem sentido remuneratório.

²⁰ Sem prejuízo, Marçal JUSTEN FILHO (2013, p. 473-473) afirma que o convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido restrito, tratando-se de contrato associativo/cooperativo/associativo, em que a prestação de uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra, inexistindo, portanto, o caráter comutativo, não se falando em transferência entre si da titularidade de bens e serviços.

²¹ Referindo-se à ampla doutrina civilista, em especial aos ensinamentos de Pontes de MIRANDA, Gus-

Janaina SCHOENMAKER (2011, p. 60) observa que a negação da natureza contratual das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil busca especialmente liberar a celebração desses instrumentos negociais da regra constitucional da licitação pública (art. 37, XXI), afastando a aplicação integral da Lei Federal nº 8.666/1993, que incidiria, nos termos do seu art. 116, “apenas naquilo que couber”²².

É o caso de Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA (2005, p. 19), que entendem inaplicáveis a *Lei Geral de Licitações* aos termos de parceria celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público por [supostamente] não se tratar de contratação administrativa, mas duma nova modalidade de acordo administrativo, cujo objetivo consiste em fomentar a prestação de serviços públicos sociais e a promoção de direitos fundamentais.

Partindo da distinção entre contratos e convênios, nomeadamente da ausência de obrigações recíprocas que existiria nesta segunda modalidade de ajuste celebrada pela Administração, Maria Sylvia de Zanella DI PIETRO (2005, p. 310-314) sustenta que o convênio não se submete à licitação pública em razão do próprio teor do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993, que restringe a aplicação da lei às contratações de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões e locações, e oferece, em seu parágrafo único, conceito de contrato excludente da noção de convênio. Ela explica essa exclusão legal na inviabilidade de competição [supostamente] ínsita ao seu regime de mútua cooperação (sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis e de *know-how*), não se cogitando de preço ou remuneração que admita disputa²³. A autora (2015, p. 237)

tavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 175) desconstrói a exigência de contraposição de interesses no contrato, demonstrando que aquilo que exige nos negócios jurídicos bilaterais (contratos) é a *enantiomorfia dos interesses, vale dizer, se tratar de interesses distintos e complementares, convergentes para um negócio jurídico. Para o autor, “Trata-se da complementaridade dos distintos interesses representados em um negócio bilateral. Tanto no contrato quanto no convênio existem interesses distintos (sob pena de se ter uma única parte no negócio), que se complementam no intuito de atingir o objeto da avença”*.

²² Igualmente, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2013, p. 44) explicam que chamar de convênio as modernas parcerias públicas com o terceiro setor configura verdadeiro apelido de fuga, explicado, a par da inércia da tradição no uso de expressões correntes no ambiente jurídico, justamente pela “[...] necessidade gerencial de fuga do regime licitatório ditado pelo defasado Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos brasileiro (Lei 8.666/1993)”. Também Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 230) constata que a suposta natureza não contratual dos convênios é o principal argumento da doutrina dominante nacional para afastar a realização de licitação prévia como condição para a sua celebração.

²³ O argumento da inviabilidade de competição falece diante daquelas parcerias em que haja transferência de recursos públicos financeiros ou patrimoniais. É que, sendo os recursos públicos essencialmente escassos, a Administração, vinculada que está constitucionalmente aos princípios da isonomia, imparcialidade, moralidade e eficiência, deve assegurar a todos os interessados o direito de disputar o emparelhamento com o Estado na realização de atividades sociais, buscando, outrossim, a cooperação com as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos mais aptas à realização dos objetivos coletivos perseguidos, dispendendo o dinheiro público segundo a máxima realização do interesse público. Nesse mesmo diapasão, confirmam-se os votos dos Ministros Ayres BRITTO e Luiz FUX no julgamento

assevera, inclusive, que, se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade da previsão contida no caput do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/1993 (“Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”), porque a aplicação da Lei já decorreria dos seus arts. 1º e 2º²⁴.

Destaque-se, contudo, que o art. 84 da Lei Federal nº 13.019/2014 acabou com a celeuma acerca dos limites da aplicação da expressão “apenas naquilo que couber” contida no art. 116 da Lei Geral de Licitações [além de toda a legislação relativa aos convênios administrativos *stricto sensu*], na medida em que afastou peremptoriamente sua incidência aos termos de fomento e de colaboração trazidos na novel legislação e aos termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público. Quanto ao contrato de gestão com as organizações sociais previstas na Lei Federal nº 9.637/1998, expressamente liberada da aplicação da recente Lei de Parcerias, sua não sujeição à regra constitucional da licitação adveio, de forma definitiva, com a interpretação conforme dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.923/DF.

Nada obstante, na esteira do entendimento firmado no julgamento da ADI nº 1.923/DF e, no plano federal, em respeito à expressa previsão normativa neste sentido para os convênios *stricto sensu*, termos de parceria e para os recentes termos de fomento e de colaboração – art. 8º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, art. 23 da atual redação do Decreto Federal nº 3.100/1997 e arts. 2º e 23 da Lei Federal nº 13.019/2014, respectivamente –, a celebração de parcerias sociais com organizações da sociedade civil exige da administração a observância de processo seletivo público, objetivo e simplificado, em nome dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, especialmente diante da possibilidade de repasse de recursos públicos.

do mérito da ADI nº 1.923/DF. Sem embargo, mesmo nos casos em que não haja entrega de valores ou bens ao ente fomentado, em verdadeira inviabilidade de competição, os princípios da moralidade e da eficiência administrativas, associados ao princípio setorial da adequação dos serviços públicos, reclamam que a Administração não estimule a prestação de serviços sociais de baixa qualidade. Nessa linha de raciocínio, como bem colocado por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 245), “Mesmo se tratando de entidades sem fins lucrativos a se conveniarem, e também de situações em que a Administração não perceba benefício econômico, pode haver critérios técnicos para se avaliar comparativamente a qualidade de potenciais interessados em um convênio”. Registre-se, contudo, a posição de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 666), que, focado na proteção do princípio da igualdade, entende que somente deverá ser realizado procedimento objetivo de seleção de entidades de colaboração quando não for possível a celebração da parceria com todas as entidades privadas sem fins lucrativos interessadas.

²⁴ Sem embargo, a autora (2015, p. 300) entende que esses procedimentos objetivos simplificados de seleção são espécie de licitação, que simplesmente são regidos por legislação própria.

2.3. Da natureza de ato administrativo complexo

De menor ressonância na doutrina nacional, há ainda a ideia de que as parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil ostentam a natureza jurídica de *ato administrativo complexo*.

É o entendimento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 206-217), para quem os atos administrativos complexos e os contratos administrativos seriam espécies do gênero *pacto*, entendido como todo e qualquer ato bilateral/multilateral celebrado pela Administração Pública. Anotando a sua origem alemã (na teorização de Otto GIERKE, aperfeiçoada pela diferenciação tedesca que se seguiu entre contrato e acordo e da sua aplicação à fenomenologia do Direito Administrativo pela doutrina jurídica italiana), ele conceitua o ato administrativo complexo como:

[...] o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto nas modalidades de cooperação quanto de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas.

Nessa linha, o autor fluminense (2014, p. 207) explica que os atos administrativos complexos não se confundiriam com os contratos administrativos por duas razões: (i) quanto às vontades, que, no contrato, se comporiam, resultando uma terceira vontade, ao passo que, no ato complexo, elas se acresceriam uma à outra, atuando autônomas e paralelamente²⁵; e (ii) quanto aos interesses, que, no contrato, seriam distintos e opostos, enquanto que, no ato complexo, seriam comuns e convergentes, daí a designação também corrente de ato-união.

Ainda segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 208), os atos administrativos complexos compõem gênero aberto, no qual se incluem as espécies tradicionais do convênio [em sentido próprio] e do consórcio público, assim como as mais recentes figuras do acordo de programa, ajustamento de conduta, conferência de serviços, acordo substitutivo, protocolo de intenção, concertos administrativos e tantas outras figuras recolhidas na literatura jurídica dos *acordos não contratuais*.

Percebe-se que essa terceira corrente doutrinária aproveita-se dos ensinamentos contidos naquela dita tradicional inaugurada por Hely Lopes MEIRELLES,

²⁵ O autor (2014, p. 209) observa que, no contrato, o consenso atua sob a forma de *composição de vontades, partindo originalmente de visões antagônicas, com vistas a interesses distintos, para compor a vontade ficta contratual, enquanto que, no ato complexo, ele atua como elemento de “conjugação de vontades”, que se mantêm paralelas e unidirecionadas, já que se dirigem à realização de interesses comuns.*

afirmando se tratar de *acordo ou coordenação de vontades*, simplesmente trazendo essas noções para o âmbito do Direito Administrativo (mais especificamente, para a teoria do ato administrativo), destacando a vontade e a competência da Administração Pública na celebração desses pactos colaborativos.

2.4. Da posição defendida

Servindo-nos, aqui, da referida ideia de que o contrato é figura pertencente ao Direito como um todo e um instrumento disciplinador de prestações e bens voltados à realização dos interesses divergentes e convergentes das partes envolvidas (caráter reflexivo do negócio jurídico bilateral), filiamo-nos à segunda corrente e colocamos todas essas parcerias sociais entre os setores público e privado sem fins lucrativos (convênio propriamente dito, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração, termo de fomento, acordos em geral, etc.) como espécies de *contrato administrativo lato sensu*²⁶.

Sucedo que tanto no convênio [em sentido amplo] quanto no contrato existem vontades dirigidas à realização de um único negócio (interesses enantiomórficos, complementares), com obrigações recíprocas assumidas por todos os envolvidos, estando a sua satisfação na dependência da entrega da prestação com a qual se comprometeram as partes²⁷.

²⁶ Não negamos que o reconhecimento da natureza contratual dos contratos de colaboração (convênios administrativos colaborativos firmados com a iniciativa privada de interesse público) se apresenta, hoje, muito mais fácil de ser feito. É que, como bem observa Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 53), as parcerias públicas com as entidades sem fins lucrativos no Brasil passaram por mudanças especialmente a partir do século XXI: da vagueza do objeto, falta de reciprocidade das obrigações de parte a parte, burocracia do controle e precariedade do vínculo presentes nas *parcerias tradicionais, passou-se, nas parcerias modernas, a exigir perfeita definição do seu objeto, fixação de obrigações de parte a parte com grau de reciprocidade, controle focado no resultado e vínculo firme e permanente*.

²⁷ Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 52) assinalam que, modernamente, mais do que obrigações claras e específicas, essas parcerias [contratos de colaboração] se notabilizam por instituir obrigações com certo grau de reciprocidade de parte a parte, fixadas de tal modo que o cumprimento de dada obrigação por uma das partes seja o motivo para a exigibilidade do cumprimento de outra obrigação pela outra parte, a exemplo do condicionamento da liberação de recursos pelo Poder Público à execução satisfatória da prestação assumida pelo parceiro não estatal. Para os autores, “[...] 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 [privado]”. Também é essa a posição de Fernando Dias de MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 236-246), para quem é o próprio Direito Brasileiro que reconhece a natureza obrigacional dos vínculos formais convencionais colaborativos, os quais criam situações jurídicas para os participantes, com direitos e obrigações exigíveis juridicamente. Nessa mesma toada, Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO (2005, p. 117) assenta que os convênios são contratos em sentido amplo (acordos de vontade), na medida em que criam obrigações relativas para as partes conveniadas, particularizando-se pela [suposta] ausência de sinalagma, reciprocidade e antagonismo obrigacional. Por sua vez, comentando os termos de parceria celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público, Marcela Roza Leonardo ZEN (2008, p. 84) coloca que “A entidade deve realizar o programa de trabalho pactuado dentro dos prazos estipulados e com a qualidade prevista. O parceiro público deve orientar, supervisionar e cooperar na implementação do projeto, liberar os recursos que constam do cronograma de desembolso, além de exigir probidade e qualidade nos serviços prestados pela OSCIP”. Finalmente, conquanto negue a natureza contratual, o próprio Diogo de Figueiredo MO-

Parece-nos falaciosa, então, a ideia de que as posições jurídicas dos partícipes de um convênio [*lato sensu*] são idênticas, pois, embora persigam um objetivo comum, cada um assume uma prestação própria – e complementar –, obrigando-se em relação aos demais convenientes, que possuem legítima expectativa de realização do objeto pactuado, podendo, assim, demandar o cumprimento da obrigação devida pelos demais partícipes.

Nesse diapasão, embora os convenientes estejam livres para denunciar o ajuste colaborativo a qualquer tempo, eles não são, exatamente tal qual ocorre com os contratos em geral, irresponsáveis em relação aos interesses da outra parte. Nessa linha, pensamos não ser inerente aos convênios a precariedade do vínculo, revelando-se perfeitamente admissível, por conseguinte, a sanção por descumprimento²⁸.

Perfilhamos, portanto, a linha do Anteprojeto de Normas Gerais sobre a Administração Pública Direta e Indireta, as Entidades Paraestatais e de Colaboração²⁹, que, em seu Título IV, emprega a expressão *contrato público de colaboração*

REIRA NETO (2014, p. 207) também reconhece que a coordenação de vontades [por coordenação ou por colaboração] gera conteúdo obrigacional, exigindo prestações dos partícipes.

²⁸ Gustavo Alexandre MAGALHÃES (2012, p. 184-185) leciona ser impossível distinguir os convênios dos contratos com base na precariedade do vínculo, o que representaria “grande equívoco quanto à compreensão não só dos convênios, mas também do próprio instituto do contrato”, porquanto que a precariedade do vínculo decorreria da possibilidade de uma das partes rescindi-lo a qualquer tempo sem que a ruptura acarretasse para a outra parte direito à indenização [ou alguma forma de sancionamento], deixando de existir sempre que se apusesse um prazo determinado de duração. Para nós, a precariedade inexistente nos contratos de colaboração não apenas quando fixado um lapso certo de duração da parceria, mas também sempre que forem estabelecidos objetivos e metas precisos como contrapartida ao fomento estatal, sujeitando o parceiro privado que desista de persegui-los não apenas à perda do incentivo oficial, mas também a sanções previstas em lei e no instrumento colaborativo. Nesse exato diapasão, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 53) defendem que enquanto a *parceria tradicional – os autores reconhecem mudanças nos vínculos colaborativos desenvolvidos no Brasil a partir do século XXI – se notabiliza pela precariedade, dizendo-se passíveis de denúncia a qualquer tempo pelos partícipes, sem que se antevissem maiores consequências jurídicas para a abrupta retirada de um deles; a moderna parceria pretende ser firme e estável, prevendo-se para o parceiro que se retira o dever de indenizar os danos causados em virtude da sua saída, além da sujeição a sanções em caso de inadimplência na execução do pacto. Registre-se, inclusive, que o próprio inciso XVI do art. 42 da novel Lei Federal nº 13.019/2014 prevê como cláusula essencial dos termos de colaboração e de fomento a “faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidade (art. 73), além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias”, o que espanca qualquer dúvida sobre a natureza obrigacional de tais instrumentos de parceria, com a responsabilização da entidade privada colaboradora em caso de descumprimento dos compromissos assumidos.*

²⁹ Trata-se de Anteprojeto elaborado por uma Comissão de juristas constituída pela Portaria 426/2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal, entregue oficialmente em 16 de julho de 2009 propondo uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e das suas relações com entes de colaboração. Os trabalhos desenvolvidos na elaboração deste Anteprojeto deram origem à preciosa obra *Nova Organização Administrativa Brasileira*, livro coordenado pelo Professor Paulo Eduardo Garrido MODESTO e que reúne artigos dos membros da Comissão. Como bem observa o Ex-Ministro Paulo Bernardo, “[...] O Anteprojeto não é uma simples lei de estruturas e organização, mas de definição jurídico-legal dos entes que constituem a administração pública em seu espaço ampliado de atuação institucional, dos princípios a que estão submetidos e dos seus instrumentos e mecanismos de planejamento, articulação e controle” (Paulo Eduardo Garrido MODESTO, 2010, p. 15).

para designar todo e qualquer meio de cooperação entre o Estado e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos no desempenho de atividades, ações ou programas de relevância pública, deixando claro, por conseguinte, ser contratual a natureza jurídica dessas parcerias sociais entre os setores público e privado³⁰.

Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2013, p. 43) vão além e afirmam que as *modernas parcerias com o terceiro setor* se assemelham aos contratos de prestação de serviços, [supostamente] porque, diferentemente dos *vínculos tradicionais de colaboração*, o parceiro não estatal presta serviços à coletividade e recebe do parceiro privado estatal, em contraprestação, *pagamentos* em recursos financeiros³¹.

Em decorrência da natureza contratual das parcerias sociais entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, a competência constitucional legislativa para discipliná-los é concorrente, cabendo à União, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal de 1988, a edição de normas gerais sobre qualquer modalidade de contratação administrativa, podendo os Estados, Municípios e Distrito Federal legislar suplementarmente conforme o princípio da predominância do interesse, nos termos dos arts. 24, § 2º, 25, § 1º, e 30, I, todos da Lei Maior Brasileira³².

De forma coerente, defendemos que o inciso XXI do art. 37 da Constituição – e, por conseguinte, as disposições da Lei Federal nº 8.666/1993³³ – não se

³⁰ O § 4º do art. 73 do Anteprojeto estabelece que “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”.

³¹ Percebe-se que os autores praticamente equiparam os contratos de colaboração com as concessões administrativas da Lei Federal nº 11.079/2004 quando a Administração figura como usuária indireta dos serviços públicos prestados pelo particular contratado (art. 1º, § 2º). Com o devido respeito, esse não nos parece o melhor entendimento, especialmente porque não existe relação de equivalência (sinalagma) entre as prestações dos parceiros, não se medindo a contribuição estatal ao projeto comum pela quantidade de serviços desenvolvidos pela entidade de colaboração, não se falando, portanto, em remuneração propriamente dita. Com efeito, a ação estatal é de fomento, o qual sequer precisa ser em recursos financeiros. Essa [discutível] premissa dos autores, contudo, possui um objetivo claro em sua construção teórica acerca dos contratos de colaboração: enquanto contraprestação equivalente pelos serviços de relevância pública prestados pelos parceiros privados em favor da sociedade, os recursos públicos transferidos seriam privados, assegurando-se, assim, certa flexibilidade em seu gerenciamento. A natureza dos recursos públicos repassados às entidades de colaboração será examinada em capítulo próprio na segunda parte deste trabalho.

³² Em sentido oposto, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2014, p. 195) entende que, como os convênios e outros acordos do gênero seriam pactos sem natureza contratual, eles não estariam abrangidos pela competência federal do art. 22, XXVII, da Constituição, de modo que cabe a cada entidade política, no desempenho de seus respectivos poderes administrativos, dispor sobre essas figuras. Nessa toada, complementa o autor que o dispositivo do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/1993 não seria norma geral, aplicando-se, portanto, exclusivamente à Administração Pública Federal, e, pela mesma razão, o seu § 2º seria inconstitucional, por invadir a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para disporem sobre sua organização política e administrativa (art. 18 da Constituição).

³³ Não é de se desconsiderar, outrossim, que a própria redação dos arts. 1º e 2º da Lei Geral de Licitações não abrange os acordos de mútua cooperação (convênios administrativos).

aplicam aos convênios administrativos não porque estes não possuem natureza contratual, mas em razão de tal dispositivo constitucional se referir a uma forma específica de contratação inconfundível com os acordos ou ajustes de cooperação, na medida em que trata da aquisição de obras, serviços, compras e alienações em favor da própria Administração Pública, que retribui/remunera as prestações do contratado privado, inclusive com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro (“mantidas as condições efetivas da proposta”)^{34 35}.

Ocorre que, como bem esclarece a epígrafe dessa Lei, ela foi elaborada basicamente com fundamento no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, regulamentando a contratação de obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública segundo a lógica [retributiva/remuneratória] do tradicional contrato administrativo, fixando o regime jurídico da licitação pública e as cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (*preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*). A Lei Geral de Licitações, portanto, não busca fundamento de validade no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal Brasileira, apenas dele se utilizando para estender às parcerias sociais com as organizações da sociedade civil algumas de suas disposições, desde que compatíveis com o regime de cooperação harmônica e equilibrada que lhe é próprio, exatamente nos termos do referido art. 116 da Lei³⁶.

³⁴ Reconhecendo a natureza contratual das *modernas parcerias públicas com o terceiro setor*, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA (2011, p. 45) fundamentam a sua não submissão à Lei Geral de Licitações na dispensa que é por vezes prevista na lei como legítima política de Estado e na inexigibilidade decorrente da incompatibilidade da Lei Federal nº 8.666/1993 como objeto desses ajustes colaborativos. Explica Carlos Ari SUNDFELD (2011, p. 22) que o modelo da Lei Federal nº 8.666/1993 pode ser bom para as contratações de empreitadas, mas não se ajusta tão bem aos contratos de parceria, na medida em que: (i) o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o perfil público; (ii) os arranjos de parceria atribuem aos particulares responsabilidades de gestão, e seu bom exercício exige liberdade de meios, incompatível com as prescrições da Lei Geral de Licitações.

³⁵ Não é esse, contudo, o entendimento de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2015, p. 231), segundo a qual, se os convênios tivessem natureza contratual, o art. 116 da Lei de Licitações não lhes teria determinado a aplicação “no que couber”, porque a incidência da Lei Federal nº 8.666/93 já decorreria dos arts. 1º e 2º deste diploma normativo. Assinale-se que, embora rejeite a natureza contratual dos convênios administrativos colaborativos em geral, a Autora (2015, p. 296-297) justifica a referência a *normas gerais contida na epígrafe da recente Lei Federal nº 13.019/2014 no fato de tratar-se de matéria de contratação e licitação, inserida na competência privativa da União, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal*.

³⁶ Não negamos ser profundamente problemática a extensão das disposições da Lei Federal nº 8.666/1993 aos convênios feita por esse art. 116, não existindo efetivamente um critério seguro para a aplicação das suas normas “naquilo que couber”. É bem por isso que, conforme já destacado, o art. 84 da recente Lei Federal nº 13.019/2014 excluiu expressamente a incidência da Lei de Licitações nas relações de fomento e de colaboração disciplinadas no novel diploma normativo.

3. CONCLUSÕES

Como importante reflexo do movimento crescente de participação social e busca por eficiência na Administração Pública Brasileira, através do reconhecimento da sociedade civil não apenas como destinatária das prestações de interesse público, mas, principalmente, como responsável pela sua adequada realização, verificamos o fomento estatal à iniciativa privada sem fins lucrativos por meio de parcerias sociais.

Todos esses vínculos jurídicos de parceria social com as organizações da sociedade civil possuem a mesma unidade de sentido, tratando-se de acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública com o objetivo de, mediante a assunção de obrigações recíprocas por seus partícipes, realizar um fim comum de interesse público.

Tal unidade de sentido justifica a existência de um regime jurídico único base, cuja definição parte da identificação da natureza jurídica desses instrumentos de cooperação entre os setores público e privado sem fins lucrativos, com repercussões importantes acerca da competência legislativa sobre a matéria e, assim, das normas incidentes na relação colaborativa.

Examinando a doutrina nacional, é possível identificar duas grandes correntes doutrinárias acerca da natureza jurídicas das parcerias da Administração com as organizações da sociedade civil: de um lado, aqueles que sustentam a natureza de convênio ou de mero acordo de vontade; e, de outro, os que defendem incluí-las na categoria jurídica dos contratos administrativos *lato sensu*; sem prejuízo de uma terceira posição minoritária que afirma se tratar de ato administrativo complexo.

Recorrendo à *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, segundo a qual o acordo de vontades e a busca pela produção de efeitos jurídicos são os únicos requisitos de um contrato, reconhecendo, outrossim, que em todo ajuste colaborativo entre os setores público e privado sem fins lucrativos existe a assunção de obrigações em direção a um objetivo comum, entendemos contratual a natureza das parcerias sociais aqui estudadas.

Dessa forma, defendemos que a competência constitucional legislativa sobre parcerias sociais entre a Administração e as organizações da sociedade civil é da União, a quem cabe editar normas gerais, sempre se admitindo a atividade legiferante dos Estados, Municípios e Distrito Federal naquilo que envolver o seu interesse legítimo, segundo o princípio da predominância do interesse.

É tudo isso sem que a contratualização dessas relações de parceria signifique a submissão à regra constitucional da licitação pública prevista no art. XXI do art. 37 da Lei Maior Brasileira de 1988, porquanto limitada à contratação de obras, serviços, compras e alienações a partir da noção de retribuição/remuneração/pagamento, com garantia do equilíbrio econômico-financeiro pelo Poder Público, referindo-se, pois, aos mencionados contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. "A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)". In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público Privadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pp. 522-562.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. "Manual para Usuários de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos". Brasília, 2010. Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em: 16/05/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. "RE nº 119.256-9/SP". Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 29/05/1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. "ADI nº 1.923/DF". Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, DJ 19/04/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/07/2015.

_____. Tribunal de Contas da União. "Acórdão nº 1.077", de 09/07/2008. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zynker. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 06/03/2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Da Administração Pública Burocrática à Gerencial". In: *Revista do Serviço Público*, nº 47(1), jan.-abr., 1996. Disponível em: <www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 13/09/2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. "Entre o Estado e o Mercado: O Público Não Estatal". In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 15-48.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CUNNIL GRAU, Nuria. "A Rearticulação das Relações Estado-sociedade: Em Busca de Novos Significados". In: *Revista do Serviço Público*. Ano 47, vol. 120, n. 1, jan-abr.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Valquíria Batista do; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25. ed., 2012.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS – FINEP. "Manual de Convênios e Termos de Cooperação". 2010. Disponível em: <www.finep.gov.br>. Acesso em: 06/02/2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. "As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2005". Estudos e Pesquisas Informação Econômica nº 8. Diretoria de Pesquisas e Gerência do Cadastro Central de Empresas. Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/fasfil.pdf>>.

INSTITUTO PRO BONO. "Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: Pertinência, Conteúdo e Possibilidades de Configuração Normativa". In: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), *Série Pensando o Direito*, nº 16, Ano 2009a. Disponível em: <www.secretariageral.gov.br>. Acesso em: 03/02/2014.

_____. "Parecer Elaborado sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, julho/agosto/setembro 2005. Disponível na internet em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23/08/2013.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Carolina Caiado. "O Convênio Administrativo Colaborativo para Transferência de Recursos Públicos a Entidades Privadas sem Fins Lucrativos como Instrumento dos Mecanismos Diretos de Fomento Público". 2010. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: Aspectos Polêmicos e Análise Crítica de seu Regime Jurídico*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Público e Privado no Setor de Saúde". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 35. ed., 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed., 2009.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. "Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito

Público da Bahia, nº 5, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03/02/2014.

_____. "O Direito Administrativo do Terceiro Setor: A Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos". In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de março de 2013.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "Gestão Privada de Recursos Públicos para Fins Públicos: O Modelo das OSCIP". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 213-259.

_____. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. "OSCIPs e Licitação: Ilegalidade do Decreto nº 5.504, de 05.08.05". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008c. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24/04/2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor; Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação". In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, ano XXI, nº 9, p. 1010-1025, set. 2005. Disponível na internet em: <www.fernandomanica.com.br>. Acesso em: 23/04/2014.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*. 8. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.) *O Público Não Estatal na Reforma do Estado*. 1. ed. São Paulo: FGV, 1999.

PLATAFORMA POR UM NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. "Primeira Contribuição da Plataforma das OSCs para o Processo de Regulamentação da Lei nº 13.019/2014". Disponível em: <www.observatoriosc.files.wordpress.com/2014/09/proposta_regulamentac3a7c3a3o_lei13019_plataformamrosc_final.pdf>. Acesso em: 15/10/2014.

PINTO, Bruno Luís Amorim Pinto. "Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade". In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 148-167.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. "Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas". In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 407-435.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas". In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público Privadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 17-46.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. "As Modernas Parcerias Públicas com o Terceiro Setor". In: *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 42-78.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma Análise Crítica*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. "Licitação e Terceiro Setor: Reflexões sobre o Concurso de Projetos da Lei das OSCIPs". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 75-98.

