

O mútuo interesse nas parcerias com entidades privadas

Luiz Fernando Roberto¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Convênio na doutrina – 3. O movimento normativo – 4. A influência do interesse comum – 5. O que é interesse comum? – 6. Alguns questionamentos sobre o conceito – 7. Aumento das normas fundadas na distinção entre repasse e remuneração como indício das dificuldades apontadas – 8. Consequências – 9. A Lei Federal nº 13.019/2014 e o novo marco regulatório das parcerias com organizações da sociedade civil – 10. Proposta de mudança do foco: das características da entidade para um objeto específico – 11. Conclusão – 12. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Diante das limitações materiais a que o Estado se encontra adstrito, é natural que ele necessite da colaboração de outras pessoas para alcançar determinadas finalidades. A forma mais comum pela qual essa colaboração pode ser obtida é o contrato administrativo. Esta figura, não obstante seja conhecida pelo regime de prerrogativas que confere à Administração, traz consigo uma série de ônus e obrigações ao ente público. De acordo com o consagrado conceito, contrato é um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas².

1 Procurador do Estado de São Paulo, mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

2 Conceito esse que inclusive acabou sendo positivado pela Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único.

A prática administrativa ao longo dos anos, contudo, revelou algumas situações em que, muito embora interessasse ao Estado a obtenção de alguma utilidade do particular, não se mostravam necessários ou convenientes vínculos obrigacionais de natureza contratual. A engenhosa solução pensada para estas hipóteses foi a utilização de um instituto já conhecido e tradicionalmente destinado a instrumentalizar acordos entre entes públicos: o convênio administrativo.

Dotado de um regime simples e desprovido de vínculos ou sanções, o convênio passou a ser utilizado para veicular ajustes entre o Estado e entidades particulares em algumas situações pontuais. Nenhuma formalidade para a seleção do parceiro privado, nenhum vínculo obrigacional e pouquíssimos controles eram traços característicos da escassa regulamentação existente sobre a matéria. A doutrina, sem ver grandes problemas nesse regime, formou uma teoria baseada nos atributos daqueles primeiros acordos entre entes públicos.

Mais adiante, quando por razões políticas, sociais e econômicas essa forma de parceria ganhou uma importância estratégica para o Estado, o notável aumento do volume de recursos públicos repassados a entidades privadas por convênio evidenciou alguns problemas decorrentes da fragilidade do regime. A regulamentação dos convênios – principalmente no âmbito federal – então passou a ser agitada por um intenso movimento voltado para criar um sistema mais eficaz de controle dos recursos públicos repassados.

Embora voltado para fortalecer o controle sobre os convênios, o movimento normativo nunca chegou a abandonar aquelas diretrizes doutrinárias estabelecidas para definir os acordos originários entre entes públicos. Sem romper com as ideias tradicionais, o regime jurídico foi passando por uma progressiva adaptação às características das novas parcerias entre entes públicos e privados.

De acordo com a hipótese aventada neste ensaio, a compreensão da forma como se deu a acomodação dessas antigas ideias à nova realidade pode ser a chave para a identificação da origem das principais dificuldades práticas que têm sido verificadas na matéria atualmente. O presente trabalho tem por objetivo, assim, criar uma visão crítica de um tradicional fundamento teórico dos convênios com entidades privadas: o mútuo interesse entre as partes.

2. Convênio na doutrina

A primeira referência ao instrumento do convênio pela ordem constitucional brasileira foi feita pela Constituição Federal de 1934, que o previu como instrumento para a fixação da indenização aos Estados do Amazonas e do Mato Grosso pela incorporação do Acre ao território nacional, e também como meio para a estipulação de acordos no campo da tributação entre os Estados³.

As Constituições de 1937⁴ e 1946⁵ previam acordos entre os entes da Federação, mas não se referiam, expressamente, ao termo convênio. Esta expressão voltou a ser utilizada na vigência da Constituição de 1967, mais uma vez para fazer referência aos ajustes da União com Estados e Municípios⁶.

Esse mesmo conteúdo foi expresso pelo Decreto-lei nº 200/67, que previu o convênio como o instrumento destinado a concretizar a execução descentralizada das atividades da Administração Federal⁷.

3 Art 5º - A União indenizará os Estados do Amazonas e Mato Grosso dos prejuízos que lhes tenham advindo da incorporação do Acre ao território nacional.
O valor fixado por árbitros, que terão em conta os benefícios oriundos do convênio e as indenizações pagas à Bolívia, será aplicado, sob a orientação do Governo federal, em proveito daqueles Estados.

(...)

§ 3º - As taxas sobre exportação, instituídas para a defesa de produtos agrícolas, continuarão a ser arrecadadas, até que se liquidem os encargos a que elas sirvam de garantia, respeitados os compromissos decorrentes de convênios entre os Estados interessados, sem que a importância da arrecadação possa, no todo ou em parte, ter outra aplicação; e serão reduzidas, logo que se solvam os débitos em moeda nacional, a tanto quanto baste para o serviço de juros e amortização dos empréstimos contraídos em moeda estrangeira.

4 Art. 55 - Compete ainda ao Conselho Federal

(...)

b) aprovar os acordos concluídos entre os Estados.

5 Art. 18, § 3º - Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos provendo às necessárias despesas.

6 Art. 13, § 3º. A União, os Estados e Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais.

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

(...)

Originariamente, portanto, o convênio foi concebido no direito pátrio como um ajuste entre entes da Federação, o que foi determinante para a definição das bases doutrinárias formadas acerca do instrumento.

Na clássica definição de Jellinek citada por Paulo Bonavides, Estado Federal é “o Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal⁸”. É traço característico desta forma, portanto, a ligação de seus integrantes em torno de um interesse comum. Nas palavras deste mesmo autor, “no Estado federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos⁹”.

Outro elemento essencial da Federação é a autonomia dos Estados-membros. Embora unidos por um interesse comum que lhes confere unidade, os Estados conservam a sua autonomia, da qual decorre a igualdade característica de suas relações recíprocas¹⁰. Na lição de Celso Bastos:

é traço característico do Estado federal a convivência, em igual nível jurídico, entre órgão central, encarregado da defesa dos interesses gerais e com jurisdição em todo o território nacional, e os órgãos regionais, que perseguem objetivos próprios, dentro de uma porção do território nacional¹¹.

Uma didática síntese dessas principais características é notada no

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

8 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 13. ed. 2006. p. 193.

9 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 13. ed. 2006. p. 195.

10 Sobre a igualdade que deve reger os impetrantes da Federação, se pronunciou o Tribunal Constitucional Federal Alemão em decisão paradigmática: “o procedimento e o estilo das negociações tornadas necessárias entre a União e seus membros e entre os Estados-membros (entre si) na vida constitucional encontram-se sob o mandamento do comportamento leal à Federação. Na República Federal da Alemanha, todos os Estados-membros têm o mesmo status constitucional. Eles são todos Estados que, no relacionamento com a União, têm direito a um tratamento igual”. – Decisão (Urteil) do Segundo Senado de 28 de fevereiro de 1961. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 825.

11 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2010. Malheiros, 22. ed. p. 442.

conceito de Federação proposto por Marçal Justen Filho, no qual merecem especial atenção os elementos ora destacados:

Cada integrante do Estado federado é protegido em face dos demais – o que gera um efeito de equilíbrio entre todos. Nenhum dos entes integrantes de uma Federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem tomar em vista os interesses dos demais, *sendo cada um interditado estabelecer primazia em prol de si mesmo*. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da Federação são cotitulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles o interesse recíproco¹².

Tratando-se o convênio de um ajuste originariamente destinado a reger uma relação entre entes da Federação, é natural que o conceito proposto pela doutrina fosse informado pelas características desta forma de organização do Estado. E assim efetivamente se deu. O conceito doutrinário de convênio de fato remete àqueles traços característicos que marcam o relacionamento entre entes federativos em um Estado Federal. Isso pode ser notado nos destaques ora feitos na clássica definição de Hely Lopes Meireles:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes 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 objetivo comum,

12 FILHO, Marçal Justen. 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 em: <http://www.direito.doestado.com.br>. Acesso em: 11/06/2013.

desejado por todos.¹³

A ideia de interesses comuns é mencionada na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, baseando-se nos ensinamentos de Hely Lopes Meireles, discorre: “o principal elemento que se acostuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos¹⁴”.

A igualdade entre os signatários de um convênio também é um dos pontos fundamentais das tradicionais definições doutrinárias existentes, como, por exemplo, a de Edmir Netto de Araújo, que expõe:

Em todos os casos, qualquer dos partícipes de convênio, Estado ou particulares, se mantém na mesma posição de igualdade, sem a preponderância característica dos contratos administrativos, pois a execução e operacionalidade de convênios fundamenta-se basicamente na confiança recíproca e na cooperação, colaboração e permanência voluntárias dos partícipes, enquanto desejam essa permanência.¹⁵

E desses conceitos, tidos como pilares da teoria, foram extraídas diversas consequências práticas que influenciaram a aplicação concreta dos convênios. Da comunidade de interesses, por exemplo, foi inferida a ausência de partes e a tese da inexistência de preço ou remuneração. Nesse sentido, é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how, e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço e remuneração¹⁶.

A ausência de preço originou consequências práticas importantíssimas, que serão detalhadas mais adiante. Por ora, basta vislumbrar a sua

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35. ed. 2009. p. 411.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 8. ed. 2011. p. 231.

15 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 383.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 8. ed. 2011. p. 232.

relação com a ideia de mútuo interesse e entender o seu conteúdo, que é explicado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha com as seguintes palavras:

as verbas repassadas não têm natureza de preço ou de remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido. O valor do convênio fica vinculado ao seu objeto, durante toda a execução, motivo pelo qual o executor deve comprovar que o valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados; não basta demonstrar o resultado final obtido. Por essa razão, o executor do convênio é visto como um administrador de dinheiro público, obrigado a prestar contas ao ente repassador, como também ao Tribunal de Contas¹⁷.

Também sobre a nota do mútuo interesse foi construída a teoria que fundamenta a inexigibilidade de licitação para a transferência de recursos públicos por convênios. A esse respeito, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração¹⁸”.

Da igualdade entre os celebrantes, por seu turno, foram extraídas a ausência de vinculação contratual e a impossibilidade de aplicação de sanções, expressas por Hely Lopes Meirelles nos seguintes termos:

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar (...) A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes¹⁹.

É interessante notar que esses dois grandes pilares sobre os quais se sustenta o embasamento teórico dos convênios – o interesse comum e a igualdade das partes – foram originados não de razões ontológicas, mas de circunstâncias de ordem prática, relacionadas com o fato de o convênio ser, inicialmente, um instrumento de cooperação entre entes públicos

17 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2. ed. 2006. p. 64.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2011, 8. ed. p. 237.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35. ed. 2009. p. 412.

dotados de autonomia. Amostra disso é que as características básicas do convênio se confundem com os principais traços da Federação.

Ocorre que, a partir de 1986, com a edição do Decreto nº 93.872, o direito positivo passou a prever a celebração de convênios entre entidades públicas e organizações particulares, o que gerou certo descompasso entre o conceito doutrinário e a realidade jurídica²⁰.

O descompasso gerou uma necessidade de acomodação dos conceitos doutrinários tradicionais, que, de acordo com a hipótese aventada no presente trabalho, tem relação direta com alguns problemas práticos verificados na execução desses ajustes.

3. O movimento normativo

O direito há muito tempo prestigia formas de parceria entre o Estado e as entidades privadas sem fins lucrativos. Desde 1935, existe o tradicional título de utilidade pública, regulado pela Lei Federal nº 91, de 1935, que confere um tratamento diferenciado às entidades que tenham o fim exclusivo de servir desinteressadamente a coletividade.

Nos últimos anos, foi notado um crescimento da utilização do convênio como instrumento de parceria com essas entidades. Objetivando enfrentar os resultados da crise verificada no Brasil na década de 1980, o Executivo Federal decidiu, a partir do início da década seguinte, que deveria fortalecer o Estado. Para tanto, chegou-se à conclusão de que seu tamanho deveria ser reduzido. Como parte desse projeto, o governo optou por ampliar o financiamento de organizações públicas não estatais vinculadas à promoção de direitos humanos básicos. A esse respeito, observou Luiz Carlos Bresser Pereira:

se a proposta de um Estado mínimo não é realista, e se o fator básico subjacente à crise ou à desaceleração econômica e ao aumento

20 A esse respeito, observa Gustavo Alexandre Magalhães: “De lá para cá, toda a doutrina seguiu as lições de Meirelles, até que o direito positivo passou a admitir convênios com entidades particulares em todas as áreas. Ocorre que a doutrina majoritária acabou por aplicar o mesmo regime jurídico dos convênios entre entes públicos aos convênios que envolvem entes privados”. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

dos níveis de desemprego é a crise do Estado, a conclusão só pode ser uma: o caminho para resolver a crise não é provocar o definhamento do Estado, enfraquecê-lo ainda mais do que já está enfraquecido, mas reconstruí-lo, reformá-lo.

A reforma provavelmente significará reduzir o Estado, limitar suas funções como produtor de bens e serviços e, em menor extensão, como regulador, mas implicará provavelmente em ampliar suas funções de financiamento de organizações públicas não estatais para a realização de atividades nas quais exterioridades ou direitos humanos básicos estejam envolvidos necessitando serem subsidiadas²¹.

Na ausência de uma lei específica regente da matéria, foi sendo erigida uma estrutura normativa formada por decretos, instruções normativas e portarias que deram os contornos para a aplicação dos convênios ora estudados. A falta de parâmetros legais deu ensejo a uma vasta normatização por parte do Poder Executivo – principalmente no âmbito federal – que foi paulatinamente moldando o regramento de acordo com as experiências surgidas na prática administrativa.

Na esfera federal, a normatização foi iniciada a partir do Decreto Federal nº 93.872/86, que foi seguido do art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, da Instrução Normativa STN nº 1/97, do Decreto Federal nº 6.170/2007, da Portaria Interministerial nº 127/2008, do Decreto Federal nº 7.568/2011 e da Portaria Interministerial nº 507/2011. Recentemente, foi sancionada a Lei Federal nº 13.019/2014, destinada a estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as denominadas organizações da sociedade civil.

No Estado de São Paulo, a par da aplicação da Lei Estadual nº 6.544/89 “no que couber”, a principal norma sobre convênios era o Decreto Estadual nº 40.722/96, que foi recentemente substituído pelo Decreto Estadual nº 59.215/2013, com praticamente o mesmo teor do ato anterior. Além deste, outros atos trazem implicações para o regime

21 PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Trabalho apresentado à Assembleia Geral Resumida das Nações Unidas sobre Administração Pública, outubro 1996. Revista de Economia Política, Vol. 17, nº 3 (67) julho-setembro de 1997. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

dos convênios, como o Decreto Estadual nº 41.165/1996, o Decreto Estadual nº 52.479/2007 e o Decreto Estadual nº 57.501/2011.

Embora não haja espaço neste trabalho para o detalhamento dos dispositivos contidos nesses atos, é possível dizer que a sequência de alterações representou um aumento do volume e da minudência das normas sobre convênios com entidades privadas. Ao que parece, na medida em que a utilização do convênio foi tornando-se mais comum na Administração Pública, os problemas e as preocupações com o controle jurídico sobre este instrumento foram ficando mais evidentes.

Em decorrência da pressão resultante de denúncias na imprensa, de investigações promovidas em CPIs e da atuação dos órgãos de controle, as regras paulatinamente foram sendo modificadas. A pretexto de combater a corrupção e o desvio de recursos públicos por meio de convênios, foi notada a tendência à estipulação de procedimentos e regras cada vez mais detalhados.

Quanto ao conteúdo veiculado por essas regras, é interessante notar a influência das ideias vinculadas às concepções doutrinárias formadas sobre a matéria. Muito embora destinadas a reger uma relação bem diferente daqueles ajustes originais entre entes públicos, as seguidas alterações continuaram a lidar com os conceitos de igualdade entre as partes e de interesses recíprocos, que foram mantidos e acomodados às características das novas parcerias. No presente ensaio, como já adiantado, serão discutidos alguns desdobramentos práticos da aplicação da noção de mútuo interesse aos convênios celebrados pelo Estado com entidades privadas.

4. A influência do interesse comum

Considerado como pressuposto básico do regime jurídico dos convênios, o mútuo interesse buscado pelas partes é mencionado em praticamente todas as definições doutrinárias do instrumento.

Essa ideia de comunidade de interesses efetivamente originou diversas consequências no âmbito jurídico, como a desnecessidade de licitação para a escolha da conveniente e a inexistência de preço como contraprestação às atividades realizadas. E destas, foram originados outros tantos desdobramentos concretos encontráveis na prática administrativa.

Ocorre que a transformação dessa abstração em realidade concreta tem demandado uma intensa atuação do regulador, que muito tem se esforçado para garantir, por exemplo, que a desnecessidade de licitação não vá implicar numa má escolha da entidade privada, ou para garantir que os recursos transferidos por convênio sejam efetivamente utilizados nos fins propostos. Ou seja, muita energia tem sido gasta pelo Estado para garantir que os interesses promovidos pelos convênios administrativos com entidades privadas sejam, realmente, mútuos.

O tratamento jurídico diferenciado dado aos convênios de fato tem relação com os aspectos teóricos que os definem. Mas a existência de tantas normas voltadas para dar consistência a esse conceito abstrato levanta uma série de dúvidas sobre as premissas da ideia que tem sustentado todo esse aparato normativo. A proposta seguinte é, assim, estudar um pouco mais a fundo o que seria o apontado interesse comum.

5. O que é interesse comum?

Em matéria de convênios, o interesse comum dos celebrantes é apresentado nas definições doutrinárias como um termo autoexplicativo. Ainda que praticamente todos os autores tirem dessa ideia uma série de consequências concretas, aparentemente nenhum deles se ocupou de aprofundar o estudo do conteúdo dessa expressão. Talvez uma pista do que entende a doutrina por interesses comuns nos convênios seja encontrada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma:

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.²²

De fato, a ausência de finalidade lucrativa parece estar no centro da ideia de comunidade de interesses e, segundo tem entendido a doutrina

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. 22. ed. p. 643.

majoritária, serviria de pressuposto básico para a utilização do convênio como instrumento de transferência de recursos públicos a entidades privadas. Esse entendimento doutrinário foi transposto para a normatização, que, efetivamente, tem admitido apenas a celebração de convênios de repasse de verbas com entidades sem finalidades lucrativas.

Além da ausência de finalidade lucrativa, a comunidade de interesses tem sido entendida como a dedicação da entidade privada a algumas atividades voltadas para o atendimento da sociedade. A ideia pode ser vislumbrada na posição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que discorre:

Os entes que integram o terceiro setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.²³

Uma descrição um pouco mais detalhada dessas atividades pode ser vista na definição de organizações de interesse (ou de caráter) público proposta por Eduardo Sabo Paes:

são aquelas voltadas para a defesa do interesse mais amplo da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para a sociedade como um todo, mesmo que, aparentemente, ela se dedique apenas a beneficiar agrupamentos específicos (como, por exemplo, os aidéticos, ou as populações mais carentes)²⁴.

É possível dizer, assim, que o conteúdo da ideia de interesses comuns entre Estado e entidade privada referida pela doutrina em matéria de convênios é encontrado no resultado da conjugação da ausência de finalidades lucrativas com a dedicação a algumas atividades específicas, entendidas como socialmente relevantes.

23 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. 2. ed. p. 15.

24 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 90.

6. Alguns questionamentos sobre o conceito

Uma primeira linha de questionamentos pode ser dirigida à ausência de finalidade lucrativa como elemento essencial da linha divisória entre as entidades privadas que podem receber recursos por convênio e aquelas que não podem.

No Direito Administrativo, a ideia de ausência de finalidades lucrativas não conta com uma definição legal específica para fins de convênios. O que ocorre é a genérica referência pelas leis orçamentárias e pelas normas infralegais à exigência de ausência de finalidade lucrativa como pressuposto para a celebração de parcerias que envolvam repasse de recursos públicos.

O conteúdo da expressão tem sido extraído de outros diplomas normativos, como a Lei Federal nº 91/1935, que estabelece a exigência da inexistência de remuneração aos cargos de direção para a conferência do título de utilidade pública²⁵, e a Lei Federal nº 12.101/2009, que condiciona a certificação das entidades beneficentes de assistência social à ausência de distribuição dos resultados e impõe a aplicação de todos os recursos no desenvolvimento dos objetivos institucionais da entidade²⁶.

É provável que a origem da relação entre finalidade lucrativa e os conceitos de remuneração dos dirigentes e de distribuição de resultados tenha raízes em princípios filosóficos²⁷ ou até mesmo religiosos²⁸. Ainda

25 Art. 1º, c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados.

26 Art. 29, I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; (...)

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

27 Na filosofia de São Tomás de Aquino, por exemplo, não apenas a usura era considerada anti-natural, mas a própria atividade comercial. A esse respeito, observa Chersteron: S. Tomás foi muito mais a fundo. Chegou até a citar a verdade ignorada durante a longa idolatria do negócio, de que as coisas que os homens produzem apenas para vender tendem a tornar-se piores em qualidade do que as que produzem para consumir. CHESTERTON, C. K. S. *Tomás de Aquino*. Braga: Livraria Cruz, 1957. 3. ed. p. 254.

28 Um panorama histórico da influência da religião na economia pode ser vislumbrado na obra de Max Weber. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 13. ed. São

assim, uma explicação plausível de ordem eminentemente prática para essa associação pode ser encontrada nas teorias econômicas que buscam explicar o papel das entidades sem fins lucrativos na sociedade.

Uma das mais importantes a esse respeito é a teoria das falhas do contrato, proposta em 1980 por Henry Hansmann, no artigo denominado “The Role of Nonprofit Enterprise”²⁹. De acordo com a teoria, em condições normais (entendidas como aquelas em que o mercado é transparente e as informações são perfeitas), os consumidores têm condições de: comparar preços e qualidades dos bens oferecidos antes de adquiri-los; estabelecer um acordo claro com a empresa escolhida e determinar se a empresa cumpriu o combinado. Quando, por qualquer circunstância, alguma dessas condições não puder ser alcançada, o mercado dá espaço para que uma empresa com finalidade lucrativa tire vantagem de seus clientes ao fornecer bens em menor quantidade, ou com qualidade mais baixa. Essa falha, segundo entende o autor, dá oportunidade para que as empresas não lucrativas surjam como uma opção vantajosa. A ideia é bem sintetizada em um trabalho publicado pelo mesmo autor em 1989:

“A noção, colocada de forma simples, é que os indivíduos preferem negociar com pessoas não lucrativas a negociar com pessoas lucrativas quando eles têm dificuldade em controlar a qualidade ou a quantidade dos bens ou serviços oferecidos. Sob essas circunstâncias, entidades não lucrativas – que operam sob uma restrição à distribuição dos ganhos para qualquer um que exerça controle sobre elas (como diretores, oficiais, ou membros) – carregam a promessa de se comportarem de forma menos oportunista do que as pessoas lucrativas”³⁰.

Paulo: Pioneira, 1999. Especificamente sobre a relação da Igreja Católica com a concessão de ajuda pelo Estado às entidades privadas, dispôs a Encíclica *Centesimo Anno*, outorgada pelo Papa João Paulo Segundo, que o Estado não deve interferir nos corpos intermediários da sociedade, senão para apoiá-los em caso de necessidade e ajudá-lo a coordenar a sua ação com os demais componentes sociais, com vistas ao bem comum. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. 2. ed. pp. 17-18.

29 HANSMANN, Henry. The Role of Nonprofit Enterprise in Rose Ackerman, Susan (org.). *The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and Policy*. New York: Oxford University Press, 1986. pp. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

30 HANSMANN, Henry. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the

A ideia central da teoria, assim, é proteger o adquirente de um bem ou serviço do oportunismo de entidades lucrativas em “situações de severa assimetria de informações³¹”. Mas para que as restrições à distribuição de resultados realmente sejam úteis para essa finalidade, é preciso, de um lado, que as entidades lucrativas estejam dispostas a se aproveitar dessa oportunidade e, de outro, que o pessoal vinculado à entidade sem fins lucrativos efetivamente se comporte de forma esperada (não oportunista). Isso nem sempre se verifica na prática.

De fato, esses pontos têm sido levantados por algumas pesquisas que, com base em dados empíricos, têm questionado os pressupostos da teoria de Hansmann. A esse respeito, menciona Vasco Almeida:

“Antes de mais, repare-se que a consistência da teoria é construída a partir de premissas nunca questionadas por Hansmann. Porém, quando analisadas com algum cuidado perdem toda a robustez. Por um lado, a hipótese de que a condição de não distribuição dos lucros oferece uma garantia de proteção ao consumidor contra comportamentos oportunistas é, sem dúvida, exagerada (Bacchiega e Borzaga, 2003). Há uma grande variedade de estudos mostrando que, frequentemente, os interesses de diretores, gestores e empregados não estão alinhados com os interesses da organização. Por outro lado, a teoria repousa igualmente na assunção de que as empresas lucrativas que concorrem nos mesmos setores econômicos das ONL não têm interesse em construir uma reputação de não exploração dos consumidores. Em transações que se repetem ao longo do tempo, as consequências de um comportamento não cooperativo levam os produtores a ter interesse na construção de uma reputação que inspire confiança aos consumidores (Kingma, 2003: 84-85)”³².

U.S. Savings Bank Industry in H. Anheier and W. Seibel, eds., *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations* (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

31 HANSMANN, Henry. *The Changing Roles of Public, Private, and Nonprofit Enterprise in Education, Health Care, and Other Human Services* in Victor Fuchs, ed., *Individual and Social Responsibility: Child Care, Education, Medical Care, and Long Term Care in America* (University of Chicago Press, 1996). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

32 ALMEIDA, Vasco. Estado, mercado e terceiro setor: A redefinição das regras do jogo. *Revista Crítica de Ciências Sociais do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de*

Uma análise dos motivos concretos que fundamentam a ideia de finalidade lucrativa, portanto, indicam que os objetivos buscados com a utilização deste critério nem sempre podem ser alcançados.

Essa constatação traz consigo alguns questionamentos que estão começando a aparecer de forma mais clara no Direito Administrativo. A título de exemplo, pode-se mencionar a opinião de Fernando Dias Menezes de Almeida, que entende ser “desprovido de sentido o critério – tantas vezes invocado na legislação e tão arraigado no senso comum dos gestores públicos e dos cidadãos em geral – da entidade sem fins lucrativos, para fins de uma contratação facilitada”³³. Posição semelhante pode ser vista na obra de Jorge Miranda Ribeiro, na qual é feita uma crítica sobre as leis orçamentárias e a Lei de Responsabilidade Fiscal que, lidas em conjunto, vedam transferências voluntárias para entidades privadas com fins lucrativos³⁴. Nesse mesmo sentido, ainda, é a opinião de Gustavo Alexandre Magalhães, que afirma: “para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público e seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais busque o lucro”³⁵.

Vistos alguns problemas práticos decorrentes da utilização do critério da finalidade lucrativa, cumpre apresentar uma segunda linha de questionamentos ao conceito de mútuo interesse, que são dirigidos à verificação das atividades a que se dedica a entidade privada.

Como adiantado, um dos pressupostos para que se considere uma entidade privada como apta para celebrar convênios com o Poder Público é a comprovação de ser ela institucionalmente voltada para finalidades tidas como socialmente interessantes. Ocorre que esta ideia também apresenta problemas práticos quando transformada em critério de seleção do parceiro privado.

Coimbra. Coimbra: 2011. pp. 85-104.

33 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012. p. 250.

34 RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de Convênios da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 29-30.

35 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

Em primeiro lugar, é preciso observar que há uma deficiência da aferição feita pelo Estado, via de regra resumida a uma análise eminentemente documental dos atos constitutivos da entidade. Sobre este ponto, observa Rita Tourinho, ao discorrer sobre o ato de certificação de entidades:

Percebe-se assim que, em regra, as normas legais que abordam a certificação de entidades do Terceiro Setor não atentam para a necessidade de se verificar a eficiência na efetiva atuação da entidade, através de laudos apresentados por pessoas designadas, dotadas de fé pública. Limitam-se apenas a exigir uma série de documentos, facilmente fraudáveis, sem checar a sua veracidade³⁶.

Prova da insuficiência dessa verificação documental, aliás, pode ser notada na prática – relativamente comum no país – de se criarem entidades com objetos sociais abstratos e inespecíficos³⁷.

36 TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro. In: MODESTO, Paulo (org.). *Nova Organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 2. ed. p. 333.

37 Veja-se, por exemplo, o objetivo social da entidade denominada Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, registrada como apta para celebrar convênios no SICONV: “Executar e estimular a aplicação de políticas públicas relacionadas ao trabalho, à saúde, educação, habitação e à proteção de direitos conquistados; fomentar e promover ações de incentivo à cultura, à defesa e à preservação do patrimônio histórico e artístico brasileiros; executar projetos de qualificação e requalificação de recursos humanos, para redução da pobreza e das desigualdades sociais; realizar ações nas áreas de saúde e de educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações; desenvolver ações para a promoção da segurança alimentar e nutricional, a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável; promover, incentivar e incrementar a atuação social por ações de voluntariado; planejar, promover, realizar, patrocinar, apoiar e coordenar cursos, conferências, conclaves, simpósios, seminários, congressos ou outros tipos de eventos, destinados à formação, à qualificação, ao treinamento e à especialização nos campos científico, técnico, econômico, social, cultural, profissional e político; editar, patrocinar ou participar de publicações que se destinem ao desenvolvimento científico, técnico, econômico, social, cultural, profissional e político; proceder experimentos, de forma não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego, renda e crédito; apoiar o desenvolvimento, a pesquisa e o intercâmbio de tecnologias sociais na perspectiva de subsidiar, fomentar, apoiar, organizar e prestar assistência ao movimento cooperativista; prestar assessoria jurídica gratuita e desenvolver projetos que contemplem a qualificação, a ressocialização e o acompanhamento de jovens e adultos privados de liberdade ou em regime de liberdade assistida; elaborar, coordenar e executar projetos e programas para crianças, adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social; realizar pesquisas e estudos relativos a problemas que constituam instrumentalização do empoderamento social.”. Disponível em: <https://www.convênios.gov.br>. Acesso em: 24/07/2013.

Mas talvez o principal problema contido nessa concepção seja o fato de ela pressupor uma divisão clara e estanque entre o mercado e as organizações de interesse público.

A complexidade da sociedade contemporânea, com sua imensa teia de relações humanas, tem embaralhado uma série de ideias que até pouco tempo atrás eram muito bem definidas. A linha divisória entre interesses públicos e privados vem ficando menos evidente, o que, no campo econômico, tem implicado em uma mudança na conduta das empresas.

Se no início do século passado a única meta de uma empresa era aumentar o seu lucro, mais recentemente, a massificação das relações sociais tem feito aparecer novos questionamentos a respeito do impacto da atividade empresária sobre toda a realidade que a circunda. Nesse quadro, têm surgido estudos e teorias voltados para situar a empresa na realidade social em que ela habita, o que a faz considerar uma série de outros fatores além do lucro em seu processo decisório. Essa ideia tem sido definida como governança empresarial, muito bem sintetizada por Fábio Nusdeo nos seguintes termos:

a empresa era considerada como uma espécie de caixa-preta, ou seja, não se entrava a fundo na sua dinâmica interna e externa. Apenas sabia-se estar ela a maximizar o seu lucro.

Este enfoque revela-se, hoje, um tanto simplista e vem provocando, de há alguns anos para cá, sobretudo nos Estados Unidos, no Japão e na Alemanha, um movimento acadêmico de estudos e pesquisas voltado a abrir a caixa-preta, ou seja, a conferir como, realmente, agem e decidem as unidades empresariais, sobretudo as de maior porte. Seria somente a maximalização do lucro o seu único parâmetro?

(...)

a empresa moderna não pode – e normalmente não o faz – pensar em maximizar uma única variável, o lucro, mas sim procurar maximizar uma função complexa na qual entram diversas variáveis, das quais a mais importante, a longo prazo, continua sendo o lucro, mas não necessariamente o máximo, mas sim aquele compatível com as demais variáveis. Entre estas variáveis estão aquelas ligadas ao meio ambiente onde está localizada a empresa.³⁸

38 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: RT,

E essa nova realidade tem empurrado empresas para diversas atividades relacionadas com a responsabilidade social que nada têm a ver com seu objeto principal. Um exemplo dessa realidade é o McDia Feliz, citado por Gustavo Alexandre Magalhães³⁹, no qual uma empresa dedicada à venda de alimentos promove a doação dos lucros obtidos com a venda de sanduíches para instituições que tratam crianças com câncer.

Também é demonstração da complexidade da atividade empresarial na atualidade o denominado empreendedorismo social, que tem sido definido como uma forma de conciliar ações destinadas a promover interesses sociais com a atividade empresária. Ou, em outras palavras, uma forma de lucrar trabalhando para a comunidade. Um bom exemplo deste movimento no Brasil é o *site* denominado Solidarium, que intermedeia vendas de produtos produzidos artesanalmente pela internet. A ideia é de um grupo de jovens que criou uma plataforma para servir de loja virtual a artesãos. O “objeto social” da empresa, nas palavras dos próprios criadores, é o seguinte:

Nossa missão é construir um Brasil de verdade, rico em diversidade e não desigualdade. Por isso, valorizamos as pessoas, as histórias, o contexto de cada empreendedor e de cada comunidade. Vamos reescrever a história do nosso País e mostrar o que ele tem de melhor. Faremos isto com você, com seu produto, com sua vontade. Juntos, somos uma rede de embaixadores, clientes, produtores, artesãos, cooperativas, associações, artistas, lojas e muito mais!

2010. 6. ed. p. 260.

39 De fato, pode-se questionar se realmente não existe interesse da empresa McDonald's quando atua 'gratuitamente' em favor das crianças portadoras de câncer no 'McDia Feliz'. Embora seja evidente o caráter filantrópico na doação do lucro com a venda do sanduíche 'Big Mac' para crianças doentes, a empresa multinacional McDonald's não só auferir lucro nos outros 364 dias do ano com a venda do mesmo sanduíche 'Big Mac' (venda essa impulsionada pela campanha de marketing realizada por sua fundação desinteressada) como tem lucro aumentado no próprio dia da promoção ('dia da filantropia') em virtude do aumento das vendas de batatas fritas, sorvetes e refrigerantes. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 72.

Juntos, somos Solidarium⁴⁰.

Outro exemplo que também ganhou certa notoriedade é o da empresa Saútil, dedicada a fornecer informações na internet sobre onde encontrar medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS. De acordo com reportagem publicada na Folha de S.Paulo, a empresa, que se situa declaradamente na fronteira entre as empresas tradicionais e as ONGs, faturou R\$ 250 mil em 2012 e previa receita de R\$ 1,5 milhão no ano seguinte, oriunda de publicidade e de um serviço de informações por telefone disponibilizado para assinantes⁴¹.

Se as circunstâncias sociais têm provocado mudanças nas atividades mercantis para aproximá-las de atividades de interesse público, também é possível identificar algumas alterações nas entidades sem fins lucrativos que as têm aproximado, em muitos aspectos, das empresas. Atualmente, a busca por receitas tem levado as não lucrativas a imitar alguns comportamentos de entidades tipicamente comerciais, como a cobrança de taxas dos usuários, o estabelecimento de parcerias com empresas⁴² e o exercício de atividades auxiliares. A esse respeito, observou Burton A. Weisbrod, na obra “To Profit Or Not To Profit. The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector”:

Novas atividades comerciais são o maior caminho aberto às entidades sem fins lucrativos para gerar renda adicional; e uma vez que estas entidades entram no reino dos produtos negociáveis, elas entram no domínio do mercado, onde vender produtos e serviços é a fonte mais importante de receitas.

(...)

Taxas dos usuários e receitas de atividades auxiliares – aquelas que

40 Disponível em: <http://www.solidarium.net>. Acesso em: 31/07/2013.

41 EMPRESAS unem missão social a negócios. Folha de S.Paulo, Mercado MPME, p. 1, 18 de agosto de 2013.

42 Sobre as vantagens das parcerias entre entidades lucrativas e não lucrativas, apontam Porter e Kramer: “parcerias a longo prazo com corporações serviriam para melhor aplicar a expertise e os ativos do setor lucrativo para alcançar objetivos sociais das não lucrativas. Assim como as companhias podem construir infraestrutura para que o setor não lucrativo alcance seus objetivos de forma mais efetiva, as não lucrativas podem se beneficiar da utilização da infraestrutura comercial”. PORTER, Michel E., KRAMER, Mark R. *The Competitive Advantage of Corporate Philantropy*. Boston: Harvard Busines Review. 2002.

não contribuem diretamente para a missão da organização, a não ser pelo lucro gerado – estão se multiplicando, cada uma com importantes efeitos colaterais. Taxas de usuários podem tornar o preço incompatível para alguns integrantes do grupo visado pela entidade. Atividades auxiliares podem afastar a não lucrativa da sua missão central⁴³.

Olhando para essa mesma realidade e constatando um enfraquecimento dos limites entre os setores, afirma Kramer, ao se referir à experiência norte-americana:

Para compensar o declínio do financiamento governamental durante os anos 1980, muitas não lucrativas passaram a impor taxas, começaram a cobrar por serviços ou se converteram em lucrativas (Ryan, 1999; Salamon, 1993; Skloot, 1988). Outras criaram novas formas estruturais híbridas ou pseudo não lucrativas nascidas de subsidiárias comerciais (McGovern, 1989; Scotchmer and Van Benschoten, 1999). Ao mesmo tempo, várias empresas comerciais e industriais se converteram para a forma não lucrativa ou estabeleceram filiais não lucrativas (Claxton et al., 1997; Gray, 1997; Kuttner, 1997; Weisbrod, 1998). Por exemplo, nas décadas recentes empresas lucrativas expandiram sua participação em hospitais, casas de saúde, bem-estar infantil e creche e tratamento medicamentoso (Clarke and Estes, 1992; Geen and Pollak, 1999). Na educação superior, cerca de dois terços da renda das faculdades e universidades privadas é derivada de taxas e receitas de atividades comerciais, que produzem aproximadamente um bilhão de dólares por ano (Weisbrod, 1998). Esses novos padrões de expansão e comercialização levaram a uma convergência e a uma diluição das fronteiras dos setores. Porque a maioria dos serviços sociais são ou poderiam ser prestados por qualquer tipo de organização – pública, privada ou não lucrativa – o conceito tradicional de setor perdeu muito de seu poder teórico e analítico⁴⁴.

Todos esses exemplos servem para demonstrar que as barreiras en-

43 WEISBROD, Burton A. *To Profit Or Not To Profit The Commercial Transformation Of The Nonprofit Sector*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

44 KRAMER, Ralph M. Alternative paradigms for the mixed economy: will sector matter? In: EVERS, Adalbert, LAVILLE, Jean-Louis. *The Third Sector in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 220.

tre o mercado e as atividades de interesse público estão deixando, cada vez mais, de ser claras. Esta circunstância torna imprecisas as técnicas de investigação da atividade a que se dedica a entidade, dificultando a sua utilização como critério de seleção, ou mesmo de identificação de interesses pretensamente mútuos.

Diante desse quadro, é possível arriscar o palpite de que, atualmente, as principais dificuldades para identificação do interesse mútuo para fins de convênio situam-se na circunstância de os pressupostos fundamentadores da ideia serem voltados para a apuração de características ou comportamentos da pessoa privada. Busca-se em critérios como a ausência da finalidade lucrativa e a dedicação a atividades de interesse público a segurança necessária para repassar recursos públicos por um regime mais flexível, o que acaba esbarrando em dificuldades práticas decorrentes da complexidade da realidade social.

A ausência de finalidades lucrativas não resulta, necessariamente, em maior proteção ao parceiro público, da mesma forma que a perquirição sobre as atividades a que se dedica a entidade privada (se seriam de interesse público ou não) tem resultados práticos muito reduzidos, exatamente em razão da riqueza da vida econômica e social.

7. Aumento das normas fundadas na distinção entre repasse e remuneração como indício das dificuldades apontadas

Um indício de que a corporificação do interesse recíproco a partir de comportamentos e características da convenente não tem funcionado da forma esperada pode ser encontrado no crescente número de normas destinadas a regulamentar a gestão interna da entidade privada.

Ao emprestar a simplicidade e a ausência de vínculos contratuais dos convênios para repassar recursos públicos a entidades privadas, o Poder Público teve de refinar a ideia de interesses recíprocos, o que foi feito mediante o emprego do conceito de ausência de finalidade lucrativa e da identificação de algumas atividades específicas.

A ausência de finalidade lucrativa é objeto de praticamente todas as normas relacionadas com convênios administrativos atualmente em vigor, como as leis orçamentárias, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial nº 507/2011. A veri-

ficação da atividade a que se dedica a entidade também é regulada pelas normas da União⁴⁵.

Mas talvez pela insuficiência desses dois critérios, foi sendo notado um incremento das normas baseadas na distinção entre o valor repassado por convênio e o preço. Conforme relatado, também sobre a ideia de interesses comuns foi construída a concepção teórica de que os valores repassados por convênios a entidades privadas não poderiam ser confundidos com uma remuneração por serviços prestados. A consequência básica dessa concepção é que tais recursos deveriam ser considerados como públicos durante toda a execução do convênio.

Essa ideia gerou inúmeras restrições à vida gerencial das entidades privadas, que acabaram tornando-se sujeitas a condicionamentos muito parecidos com aqueles próprios das repartições públicas. Uma síntese do atual estado dessas restrições pode ser encontrada na Portaria Interministerial nº 507/2011, que, a partir do art. 57, dispõe sobre como as entidades privadas devem gerir os recursos recebidos por convênio. Vejamos:

DA CONTRATAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Art. 57. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação pré-

45 Na Portaria Interministerial nº 507/2011, mais recente ato normativo sobre o assunto na esfera federal, vários são os dispositivos nesse sentido:

Art. 1º, § 3º: “A descentralização da execução por meio de convênios somente poderá ser efetivada para entidades públicas ou privadas para execução de objetos relacionados com suas atividades e que disponham de condições técnicas para executá-lo.”;

Art. 10: “É vedada a celebração de convênios: VII - com entidades públicas ou privadas cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio”;

Art. 18: “O credenciamento será realizado diretamente no SICONS e conterá, no mínimo, as seguintes informações: II - razão social, endereço, endereço eletrônico, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, transcrição do objeto social da entidade atualizado, relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e CPF de cada um deles, quando se tratar das entidades privadas sem fins lucrativos”.

Art. 22: “Para a realização do cadastramento das entidades privadas sem fins lucrativos será exigido: I - cópia do estatuto ou contrato social registrado no cartório competente e suas alterações”;

via de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade. Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Art. 58. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens; II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de 5 (cinco) dias e determinará:

a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de 5 (cinco) dias, para a aquisição de bens, e 15 (quinze) dias para a contratação de serviços;

b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e

c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.

III - o SICONV notificará automaticamente, quando do registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;

IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e

V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.

§ 2º O registro, no SICONV, dos convênios celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subsequentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º desta Portaria. § 3º Nos casos em que o SICONV não permitir o acesso operacional para o procedimento de que trata o caput, deverá ser realizada cotação prévia de preços mediante a apresentação de, no mínimo, 3 (três) propostas.

Art. 59. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

I - os documentos relativos à cotação prévia ou as razões que justificam a sua desnecessidade;

II - elementos que definiram a escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço;

III - comprovação do recebimento da mercadoria, serviço ou obra; e

IV - documentos contábeis relativos ao pagamento.

Art. 60. A entidade privada sem fins lucrativos beneficiária de recursos públicos deverá executar diretamente a integralidade do objeto, permitindo-se a contratação de serviços de terceiros quando houver previsão no plano ou programa de trabalho ou em razão de fato superveniente e imprevisível, devidamente justificado, aprovado pelo órgão ou entidade concedente.

Art. 61. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados.

As normas realmente chamam a atenção. Não apenas pelo volume, mas também pelo conteúdo altamente restritivo da atividade privada. Ainda assim, o que merece ser destacado para complementar as críticas apresentadas no item anterior é o momento em que elas incidem. Uma boa olhada nesse grande número de normas revela que elas são destinadas a viabilizar um controle posterior à escolha da entidade.

Essa circunstância mostra um sinal importante de que os critérios de seleção utilizados talvez sejam, mesmo, insuficientes. Ou seja, se, mesmo depois de selecionar entidades sem fins lucrativos e dedicadas a atividades de interesse social, o Poder Público continua cercado de amarras toda a cadeia de atos praticados para aplicar os recursos repassados, há indícios de que o interesse identificado na entidade talvez não seja assim tão afinado com o do Estado.

8. Consequências

De acordo com a hipótese apresentada nos itens anteriores, a influência da ideia de interesses recíprocos gerou um regime normativo voltado para identificar características e comportamentos das entidades privadas que teria por objetivo garantir a segurança necessária para que o Estado se utilizasse de um instrumento mais flexível de repasse de recursos públicos ao setor privado.

A insuficiência do modelo para oferecer a segurança esperada deu ensejo ao adensamento de outro feixe de normas, que, incidindo sobre um momento posterior à escolha da parceira, foram destinadas a impor controles e vínculos a toda a cadeia de atos praticados pela entidade privada com os recursos públicos recebidos.

O implemento desse grande número de normas, contudo, tem representado um peso significativo para as organizações privadas. O SICONV, sistema digital previsto no Decreto Federal nº 6.170/2007, que registra o cumprimento desse aparato normativo, tem sido alvo de críticas por parte dos funcionários e dirigentes das entidades.

No Relatório de Pesquisa denominado Modernização do Sistema de Convênio da Administração Pública com a Sociedade Civil, apresentado pelo Núcleo de Estudos Avançados em Terceiro Setor da PUC/SP ao Ministério da Justiça no Projeto Pensando o Direito, foram consoli-

dados os dados obtidos em entrevistas feitas com usuários do SICONV. Entre as críticas e sugestões, podem ser destacados: necessidade de aperfeiçoamento do mecanismo de cadastro e validação das entidades no SICONV; grande dificuldade para manter as certidões atualizadas no sistema; além do cadastro, a manutenção das certidões atualizadas demanda muito tempo da equipe da instituição; as capacitações em SICONV oferecidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como o apoio do órgão público, não esclarecem todas as dúvidas e, não raro, são conflitantes entre si; a exigência de atestado de funcionamento por autoridade local demonstra caráter formalista e reforça a ideia de clientelismo; a comprovação de atuação de uma organização deveria se dar por meio de relatórios da entidade ou de declarações de outras entidades públicas e privadas, nacionais ou internacionais, bem como de especialistas da área de atuação; falta de uniformização dos procedimentos por parte dos diversos órgãos da administração gera dúvidas e muita duplicação de trabalho; o lançamento no sistema de notas fiscais e pagamentos é extremamente difícil, pela necessidade de se cadastrar cada um dos componentes de cada Nota Fiscal, o que consome grande parte do tempo das organizações nesta tarefa; dificuldades com o cadastro do relatório financeiro e inserção dos contratos; duplicidade de trabalho – fazer o processo de compra e depois registrar; é impossível cadastrar no SICONV na mesma sincronia da realização das atividades; dificuldade de inserir dados no sistema: os Ministérios às vezes têm que inserir novas abas para a entidade poder cadastrar dados; o SICONV não é aberto e tem perfis diferentes de usuário e acesso a informações diferentes, o que dificulta a interação com os Ministérios e o apoio às entidades usuárias pelos servidores; dúvidas sobre a interpretação: algumas despesas, num determinado projeto, podem ter caráter meramente administrativo e, em outros, assumem caráter técnico; a vedação à contratação celetista em convênios, apesar de não ter amparo legal, é uma prática consolidada na Administração Pública; o SICONV não se presta a ser um instrumento gerencial, pois não avalia nem pretende avaliar os resultados técnicos e qualitativos dos projetos nele cadastrados; grande dificuldade em lidar com o SICONV: falta de clareza e diferentes possibilidades de interpretação das solicitações, instabilidade do sistema na internet, que acabam exigindo, na prática, a disponibilização de uma pessoa para trabalhar exclusivamente nesta tarefa; os entendimentos e as orientações das áreas

técnica e de prestação de contas dos órgãos costumam ser contraditórios entre si, o que dificulta muito a escolha da organização sem fins lucrativos sobre como agir em determinadas situações⁴⁶.

Note-se que a utilização da tecnologia e a ampla informatização dos processos não têm diminuído as dificuldades relacionadas com o cumprimento desse grande número de normas. Uma reflexão sobre as críticas e sugestões apresentadas mostra-se importante, porque a existência de todo esse arcabouço normativo revela pelo menos dois problemas concretos. O primeiro deles é a subversão da lógica que impulsionou a reforma gerencial dentro da qual o convênio com entidades privadas se insere. O segundo, inegavelmente ligado ao primeiro, é o aumento dos custos desta espécie de parceria.

De fato, a reforma gerencial promovida a partir dos anos 1990 objetivou a substituição da Administração burocrática por uma Administração gerencial. Os convênios com entidades privadas ocuparam um espaço importante nessa mudança de paradigma, porque sua regulamentação simples e voltada para o cumprimento de planos muito se afeiçoava aos objetivos da reforma, voltada, essencialmente, para a concentração nas metas em detrimento dos procedimentos.

O incremento das normas relativas aos convênios foi na direção do aumento do número e da minudência das regras, ou seja, da valorização dos procedimentos. Esta constatação evidencia uma inversão da lógica da reforma do Estado, porque o cumprimento dos planos e das metas foi sendo colocado em segundo plano e paulatinamente substituído pela necessidade de observância de um procedimento cada vez mais complexo. Ou seja, a Administração burocrática foi tomando (ou retomando) o lugar destinado à Administração gerencial.

O aumento dos custos decorrente dessa complicação dos procedimentos também é uma circunstância que merece realce. A redução do Estado produzida pelas reformas gerenciais tem um sentido claramente financeiro. Além de mais eficiência pela substituição da burocracia pelo controle gerencial, a utilização de parcerias com a iniciativa privada tem

46 Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-41.pdf>. Acesso em: 23/07/2013.

o objetivo de reduzir os custos da prestação direta pelo Estado de determinadas atividades.

Conforme aumentam os cuidados com procedimentos e obrigações decorrentes de minudências previstas na regulamentação, aumentam também os custos da parceria. Naturalmente, a cada preceito previsto na legislação deve corresponder uma atividade material de pessoas vinculadas à entidade privada ou ao Poder Público, seja para o cumprimento, seja para a fiscalização do seu atendimento. Isso custa dinheiro.

A complexidade do sistema normativo criado na matéria contrasta com a carência de estrutura do próprio Estado, que, comprovadamente, não tem se desincumbido sequer da função básica de examinar as prestações de contas dos convênios celebrados. Sobre o assunto, pode ser mencionado o Relatório de Levantamento do Tribunal de Contas da União nº 020.012/2010-1, que, após constatar um crescente número de prestações de contas não analisadas⁴⁷, apontou:

Não obstante o farto arcabouço normativo e as cautelas que devem ser observadas nas decisões de aplicação dos recursos públicos, já tão escassos, o quadro que se constatou na administração pública federal é de desaparelhamento, em termos de recursos materiais, humanos e tecnológicos, para o bom desempenho das atividades, tanto desta quanto de todas as demais fases das transferências voluntárias.

É possível vislumbrar no modelo voltado para a aferição de características e comportamentos da entidade privada uma falta de clareza nos objetivos buscados pelas normas. Se a finalidade lucrativa e a dedicação a atividades específicas são critérios fluidos no atual contexto econômico e social, as normas formuladas com base nesses pressupostos necessariamente terão chances reduzidas de atingir seus objetivos.

Além disso, o grande número de normas destinadas a regular os aspectos internos da gestão dos recursos repassados para a entidade privada levanta o questionamento sobre os custos inerentes ao cumprimento de todo esse aparato normativo. Uma normatização excessiva pode,

47 De 2006 a 2009, esse número cresceu de 42.000 para mais de 50.000 prestações de contas não analisadas em convênios da União. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15/07/2013.

inegavelmente, anular as principais vantagens buscadas pelo Estado com uma parceria dessa natureza. O engessamento da capacidade gerencial da entidade privada pode suprimir a leveza, a agilidade e a criatividade da iniciativa privada, ao mesmo tempo em que os altos custos envolvidos no cumprimento e na fiscalização dessas normas podem eliminar por completo as vantagens econômicas esperadas.

9. A Lei Federal nº 13.019/2014 e o novo marco regulatório das parcerias com organizações da sociedade civil

A matéria ora estudada foi objeto de recente disciplina pela Lei Federal nº 13.019/2014. Resultado do aproveitamento de propostas de um grupo de trabalho promovido pela Presidência da República e fruto de intensos debates, o projeto foi aprovado no Senado em dezembro de 2013 e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde ganhou o número de PL 7168/2014. Após aprovação por esta Casa, a lei foi finalmente sancionada pelo Executivo Federal, em 31 de julho de 2014.

O objetivo do diploma – que tem sido chamado de marco regulatório do terceiro setor – é estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. A denominação e a disciplina dos convênios passam, nos termos da lei, a ser reservadas aos ajustes celebrados entre entes federados. Por outro lado, as parcerias entre Estado e entidades privadas passam a ser formalizadas por instrumentos denominados termos de colaboração ou de fomento.

Embora com nova denominação, os termos regidos pela lei não se diferenciam ontologicamente dos tradicionais convênios, sendo possível notar traços característicos destes institutos nos novos instrumentos criados pela lei.

A ideia de mútuo interesse continua a ser a essência do ajuste⁴⁸ e,

48 Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

(...)

V - emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

(...)

embora regida por um processo objetivo e simplificado⁴⁹, a escolha do parceiro privado segue orientada pela ausência de finalidades lucrativas⁵⁰ e pela investigação das atividades às quais a entidade, estatutariamente, é dedicada⁵¹.

Ainda que diversos dispositivos da lei sejam endereçados à preservação da autonomia da entidade privada em relação ao Poder Público, foram mantidos controles destinados a regular a gestão do dinheiro já nas mãos da entidade particular, como a previsão de um regulamento de compras aprovado pela Administração para as contratações de bens e serviços pela entidade privada⁵² e as vedações a algumas espécies de despesas⁵³. A circunstância já havia sido notada por um estudo elaborado pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas a respeito do anteprojeto que deu origem à lei, como pode ser notado do seguinte excerto:

Apesar de elevar a autonomia das organizações a princípio estruturante dessa relação e dar alguns passos nesse sentido, o anteprojeto recai no vício de estipular, de antemão, um conjunto de regras a determinar como elas podem e devem utilizar os recursos de origem pública que lhe foram transferidos. A prévia fixação de um limite para despesas administrativas (art. 35), a enumeração taxativa das despesas de caráter

b) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;

49 Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e, sempre que possível, padronizados, que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos órgãos da administração pública, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

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

I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

51 Art. 33. Para poder celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por estatutos cujas normas disponham, expressamente, sobre:

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

52 Art. 43.

53 Art. 45.

institucional que podem ser suportadas (art. 34) ou, ainda, a fixação de preceitos que precisam constar do regulamento “próprio” (sic) que a OSC utilizará para compras e contratações com recursos de origem pública (art. 28, parágrafo único) são emblemáticos nesse sentido.

O TFC, portanto, aperfeiçoa, mas não rompe com a cultura que dá excessiva atenção à forma como os recursos são gastos. E as OSCs, nesse contexto, permanecem sendo tratadas como *longa manus* da própria Administração Pública, e não como organizações com capacidade para decidir no melhor interesse do projeto. São reputados como legítimos apenas aqueles dispêndios que foram antecipadamente pactuados e aprovados pela Administração, e executados de acordo com procedimentos por esta estabelecidos; caso contrário, serão provavelmente glosados no futuro, independentemente de terem contribuído para o sucesso do projeto⁵⁴.

A escolha por esse controle procedimental vem acompanhada da inevitável dependência de uma pesada máquina administrativa, fato comprovado pela previsão, na lei, da criação de um órgão específico para a realização de um monitoramento paralelo à prestação das contas devida pela entidade privada⁵⁵.

Não caberia, neste trabalho, uma análise pormenorizada da nova lei. O que efetivamente se enquadra nos objetivos propostos é tão somente um exame de como e em que medida as críticas formuladas ao longo do texto continuarão a ser aplicadas a partir da vigência do novo marco. E nesses estritos termos, é possível dizer que, apesar de inegáveis avanços, a lei insiste em um sistema de seleção baseado em critérios anacrônicos, porque dissociados da atual realidade social e econômica. Talvez por apego à tradição sedimentada pelo uso desses mesmos critérios, o diploma também conserva um sistema de controle do uso

54 DORA, Denise. PANNUNZIO, Eduardo. Comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo grupo de trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. Disponível em: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf. Acesso em: 17/08/2013.

55 Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil.

privado dos recursos repassados, o que o torna vulnerável às críticas relacionadas com o custo de uma burocracia fiscalizatória nem sempre eficaz – como a experiência tem demonstrado – para as finalidades a que se destina.

10. Proposta de mudança do foco: das características da entidade para um objeto específico

Vista de uma forma objetiva, a opção pelo estabelecimento de convênios apenas com entidades sem fins lucrativos e dedicadas a atividades de interesse público tem por objetivo reduzir possíveis riscos decorrentes de uma assimetria de informações. Ou seja, o Poder Público busca, na investigação de características específicas da entidade privada, uma maior segurança para repassar recursos públicos por um regime pretensamente mais flexível. Essa opção é reforçada por uma série de restrições à gestão dos recursos repassados destinadas a incidir em um momento posterior à escolha da parceira.

Mas, uma vez constatadas as dificuldades práticas da investigação pretendida e os custos inerentes ao sistema de amarras impostas à gestão privada, fica aberto o espaço para um questionamento mais franco sobre o sistema normativo existente.

Uma alternativa interessante que surge desses questionamentos é a possibilidade da mudança do foco escolhido para a caracterização do mútuo interesse. Uma vez constatadas as dificuldades para a redução dos efeitos de uma assimetria de informações pela investigação de comportamentos e características das entidades privadas, torna-se factível a proposta de substituição desses critérios de seleção por outros que se voltem exclusivamente ao objeto do convênio.

Ou seja, em vez de procurar entidades com interesses abstratamente comuns, buscar entidades interessadas em realizar um objetivo específico de interesse público. A ideia, que faz toda a diferença, pode ser inferida da opinião de Fernando Dias Menezes de Almeida: “para um convênio, importa a identificação de um parceiro que comungue a mes-

ma finalidade a ser atingida, finalidade definida em torno de um objeto contratual especificamente individualizado”⁵⁶.

Uma mudança de foco nos moldes propostos permitiria que as normas deixassem de se voltar para as características e comportamentos das entidades privadas. Ao invés de buscar uma identidade de propósitos nas atividades alegadamente desempenhadas por uma pessoa privada, o Estado simplesmente elegeria um objeto específico e o colocaria à disposição de qualquer possível interessado. Em vez de investigar os mecanismos internos de distribuição de resultados da entidade, o Estado se ocuparia simplesmente de definir com clareza os encargos inerentes àquele objeto. Bastaria, por exemplo, excluir do montante repassado todas as despesas indiretas, ou, ainda, qualquer a margem de lucro embutido no preço, para que se verificasse a intenção de atuar de forma desinteressada.

A concentração no objeto em detrimento das características da entidade privada implica numa mudança essencial não apenas na forma de seleção do parceiro privado, mas em relação ao momento em que o controle estatal incide. Ao definir com clareza o objeto e os encargos envolvidos, o Estado passa a concentrar o controle em um momento prévio à celebração da parceria. O planejamento passa a ser a atividade de controle mais importante, na qual os riscos de qualquer disparidade de informações são eliminados pela precisa descrição tanto do objeto quanto dos encargos previstos.

Essa concepção libera o Poder Público dos atos materiais relacionados com a verificação das características da entidade e de uma série de vínculos destinados à gestão dos recursos repassados. Uma vez aprofundadas as cautelas com o planejamento e descritos todos os detalhes, custos, preços, etapas, fases de execução, há condições para a definição de metas claras. Se o Estado sabe perfeitamente o que quer, quanto custa e como é feito, terá condições para exercer uma fiscalização concentrada no cumprimento de metas e no atingimento de objetivos. Essa possibilidade foi expressamente aventada pelo Ministro Chefe da Controladoria

56 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012. p. 251.

Geral da União, Jorge Hage Sobrinho, que, diante das deficiências do controle estatal apontadas durante a CPI das ONGs de 2010, sugeriu:

Não seria o caso de passar-se a cogitar de um controle mais rigoroso de resultados e menos formalista na utilização das mesmas formas de execução da despesa e de comprovação da despesa? Esta é, a meu ver, a resposta possível em termos de alternativas para o futuro que eu coloco apenas como uma sugestão para o debate no foro adequado que é esta Comissão⁵⁷.

A concentração dos esforços fiscalizatórios em aspectos burocráticos desperdiça os escassos recursos materiais do Estado e acaba prejudicando uma fiscalização séria na parte principal, que é o cumprimento das metas e o atingimento das finalidades almejadas pela parceria.

Se o Poder Público se ocupar de conhecer o objeto, terá condições de fixar metas de forma clara e inteligente. Metas claras e facilmente aferíveis simplificam a prestação de contas pela entidade privada, tornando mais fácil e menos onerosa a fiscalização pelo ente público. A mudança do enfoque proposta, portanto, significa utilizar o planejamento como instrumento de simplificação da normatização fiscalizatória, que assim pode passar a ser voltada exclusivamente para o cumprimento das metas e a realização do objeto.

Da concentração dos esforços no planejamento e na precisa descrição do objeto, ainda, surge um ambiente propício para o estabelecimento de critérios isonômicos e objetivos de seleção do parceiro privado. Preocupando-se exclusivamente com a capacidade da entidade para realizar um objeto bem delimitado, pode o Poder Público selecionar propostas mais concretas e, por que não, mais vantajosas do ponto de vista econômico.

Isso tudo não implica, necessariamente, no abandono da tradicional ideia de mútuo interesse inerente às concepções doutrinárias dos convênios e parcerias congêneres, mas apenas em uma nova forma de constatá-lo.

57 Relatório Final. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194594>. Acesso em: 10/06/2013.

11. Conclusão

O convênio com entidades privadas tem sido, em nossa história recente, um importante instrumento das concepções políticas que orientam o movimento de diminuição do Estado. Muito embora o fundamento destas ideias seja exatamente a simplificação da estrutura estatal para a concentração de recursos e esforços em setores tidos como fundamentais, não tem sido essa a essência das normas que veiculam tais alterações.

A análise do caminho percorrido pela normatização dos convênios revela que as regras aumentaram em número e em complexidade, num processo de sobreposição e adaptação de um regime originariamente concebido para regular relações entre entidades estatais.

A transposição desse regime propositalmente simples e flexível para parcerias com entidades privadas demandou uma sofisticação do mecanismo de escolha da parceira privada, o que foi feito mediante a investigação da finalidade lucrativa e da vinculação a determinadas atividades entendidas como de interesse público.

A fluidez dos conceitos e a insuficiência dos critérios de escolha evidenciaram a necessidade de incremento de controles posteriores à celebração da parceria, o que foi traduzido por um amplo leque de restrições endereçadas a amarrar a gestão dos recursos públicos já nas mãos da entidade privada.

O presente trabalho buscou chamar a atenção para as possíveis falhas dos critérios de escolha voltados para características ou comportamentos da entidade privada e também para o custo relacionado com a manutenção de um grande número de normas destinado a regular a gestão interna da parceira privada.

A proposta nascida dessas constatações é abandonar alguns métodos de investigação das características da entidade e os instrumentos de restrição à gestão interna da parceira privada para uma concentração das normas e dos esforços estatais no planejamento. Do conhecimento do objeto, espera-se que possam nascer tanto um processo seletivo isonômico e objetivo quanto metas mais claras e facilmente aferíveis pelo Poder Público.

Neste ponto, aliás, é preciso reconhecer que o trabalho não traz nenhuma novidade. O planejamento, como revela uma mera consulta à evolução normativa referida, é dever do administrador desde longa data. A definição do plano de trabalho e sua conjugação ao cronograma de desembolso, por exemplo, são mecanismos que remontam ao Decreto nº 93.872/1986.

O que de fato tem alguma originalidade e, efetivamente, representa o ponto central do trabalho é a proposta de fortalecer o controle pela simplificação normativa. O foco é, em última análise, estabelecer um debate sobre os critérios tradicionais de escolha do parceiro privado, do qual se espera possam surgir propostas voltadas para a concentração dos controles em normas mais simples e objetivas.

12. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ALMEIDA, Vasco. Estado, mercado e terceiro setor: A redefinição das regras do jogo. *Revista Crítica de Ciências Sociais do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra*. Coimbra: 2011. pp. 85-104.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHESTERTON, C. K. S. *Tomás de Aquino*. 3. ed. Braga: Livraria Cruz, 1957.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DORA, Denise. PANNUNZIO, Eduardo. Comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo grupo de trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. Disponível em: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf. Acesso em: 17/08/2013.

FILHO, Marçal Justen. 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 em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11/06/2013.

HANSMANN, Henry. The Role of Nonprofit Enterprise. In: Rose Ackerman, Susan (org.). The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and policy. New York: 1986. Oxford University Press, p. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

_____. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the U.S. Savings Bank Industry. In: H. Anheier and W. Seibel, eds., The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

_____. The Role of Nonprofit Enterprise. In: Rose Ackerman, Susan (org.). The Economics of Nonprofit Organizations: Studies. In: Structure and policy. New York: 1986. Oxford University Press, p. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

_____. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the U.S. Savings Bank Industry. In: H. Anheier and W. Seibel, eds., The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social*. As-

pectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Trabalho apresentado à Assembleia Geral Resumida das Nações Unidas sobre Administração Pública, outubro 1996*. Revista de Economia Política, Vol. 17, nº 3 (67) julho-setembro de 1997. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

PORTER, Michel E., KRAMER, Mark R. *The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy*. Boston: Harvard Business Review, 2002.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de Convênios da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO, Rita. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro. In: MODESTO, Paulo (org.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005. p. 825.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 13. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

WEISBROD, Burton A. *To Profit or Not To Profit. The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

