

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO

6



**LICITAÇÃO E
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**



IRENE PATRÍCIA NOHARA
JACINTHO ARRUDA CÂMARA

 THOMSON REUTERS
eProView™
INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DO LIVRO

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial

Coordenação

JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistente Documental: Beatriz Biella Martins

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Câmara, Jacintho Arruda

Tratado de direito administrativo : licitação e contratos administrativos / Jacintho Arruda Câmara, Irene Patrícia Nohara. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. – (Tratado de direito administrativo ; v. 6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5599-2

ISBN 978-85-203-5550-3 (obra completa)

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Nohara, Irene Patrícia. II. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. III. Título. IV. Série.

14-11101

CDU-35(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81)

Capítulo 8



CONTRATOS, AJUSTES E ACORDOS ENTRE ENTES ADMINISTRATIVOS E ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Convênios – 3. Consórcios Públicos: 3.1 Contrato de rateio; 3.2 Convênio de cooperação; 3.3 Contrato de programa – 4. Contrato de gestão – 5. Termos de parceria – 6. Termos de colaboração e de fomento – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente capítulo reúne vínculos jurídicos de diferentes perfis, unidos por uma característica comum: a ideia de colaboração associativa entre as partes.¹

Quando dois entes estatais unem esforços para a realização de certo objetivo ou mesmo quando o Estado estabelece vínculo com ente privado desprovido de fins lucrativos,² diz-se que as partes perseguem objetivos comuns. Generaliza-se a ideia segundo a qual a união de entes estatais ou a de ente estatal com particular que não tenha finalidade lucrativa visaria ao interesse público.

-
1. Tais vínculos são designados por Fernando Dias Menezes como “módulos convencionais de cooperação”. Segundo o autor, “é elemento essencial dessas figuras englobadas genericamente na noção *módulos convencionais de cooperação* a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não identificar situação de prestações contrapostas” (*Contrato administrativo*, p. 241).
 2. Sobre as parcerias do Estado com o chamado Terceiro Setor, v. Paulo Modesto, *O direito administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos*; e Rodrigo Pagani de Souza, *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o Terceiro Setor*.

Esse aspecto da relação jurídica é valorizado por alguns a ponto de oporem esse tipo de vínculo aos contratos. Nos contratos haveria contraposição de interesses; cada parte, ao contratar, estaria visando aos seus próprios interesses, e não a um objetivo comum. Dois entes estatais ou o Estado e uma entidade privada sem fins lucrativos, diferentemente, agiriam em colaboração, numa mesma direção, com interesses convergentes.

Tomando a ideia de contraposição de interesses como núcleo de um conceito de contrato e aplicando-a a tais relações, seria necessário concluir que não existe uniformidade quanto a esse aspecto.

Alguns vínculos se afastam, realmente, da noção de interesses contrapostos que o contrato representa. É o que acontece quando um ente resolve simplesmente auxiliar o outro e repassa recursos para fomentar suas ações. Todavia, existem relações jurídicas que, mesmo envolvendo essas entidades, é possível identificar a dita contraposição de interesses: uma parte cede recursos; a outra lhe presta serviços.

Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza apontam o fenômeno nas relações entre o Estado e entidades sem fins lucrativos (por eles denominadas de *Terceiro Setor*):

“O moderno exercício da atividade de Administração Pública envolve com frequência a colaboração entre entes estatais e entidades privadas sem fins lucrativos e de fins públicos integrantes do chamado *Terceiro Setor*.”

Uma característica desses vínculos merece atenção: eles estão se *contratuando*. Contratualizam-se inclusive aqueles vínculos do Estado com o Terceiro Setor que se supunha serem em boa medida distintos dos instrumentalizados por contratos e, por isso mesmo, se apregoava como afeitos a espécies diferentes de instrumentos, como os *convênios e instrumentos congêneres*; hoje se descobre que muitos deles não são opostos, mas, sim, perfeitamente assemelhados aos regidos por *contratos administrativos de prestação de serviços*. Bem por isso, a despeito da denominação diversa que recebam os respectivos instrumentos, são vínculos verdadeiramente contratuais³.

A importância desses vínculos tem crescido nos últimos anos. Leis específicas foram editadas para disciplinar o relacionamento entre entes estatais e, também, entre estes e entidades sem fins lucrativos.

Pretende-se, neste tópico, apresentar as diversas modalidades de relação jurídica que podem existir entre esses diversos atores, explicar seu regime jurídico e, principalmente, buscar uma orientação para se sair da confusão terminológica que cerca a matéria.

3. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor, In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Contratações públicas e seu controle*, p. 42-43.

2. CONVÊNIOS

A acepção mais difundida de convênio é a de acordo entre entes estatais ou entre estes e entidades sem fins lucrativos que tenha caráter associativo, colaborativo. É nesse sentido que a Lei 8.666/1993 trata do acordo, o que o faz num único artigo (art. 116).

Marçal Justen Filho aponta as diferenças entre os convênios disciplinados no art. 116 da Lei 8.666/1993 e os contratos administrativos propriamente ditos:

“O convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido estrito.

Em primeiro lugar, o convênio é um contrato associativo, de cunho organizacional. Isso significa que a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada ao patrimônio da outra. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando a realização de um fim comum. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho comutativo: as partes se valem da contratação para produzir a transferência entre si da titularidade de bens e interesses.

Essa distinção se relaciona com o posicionamento recíproco entre as partes. No convênio, as partes não percebem remuneração por sua atuação e todos os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva. Nos demais contratos administrativos, o usual é a existência de interesses contrapostos, existindo interesse lucrativo pelo menos de uma das partes (o particular).

Outra distinção reside em que os contratos administrativos comportam, usualmente, apenas duas partes. Já os convênios podem ser integrados por um número superior de partes, à semelhança do que se passa com os contratos associativos conhecidos no direito privado”.⁴

O tratamento legislativo dado à matéria, realmente, tem como norte a separação desse tipo de vínculo com as relações contratuais disciplinadas no restante da lei. Os “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres” devem ser celebrados em atendimento a um “plano de trabalho”, proposto pela entidade interessada em receber recursos (do qual devem constar: objeto, metas, fases de execução, plano de aplicação de recursos financeiros, cronograma de desembolso, cronograma de execução, comprovação de que estão assegurados os recursos para pagamento de obras, quando esse tipo de atividade integrar o objeto do convênio).⁵

4. *Curso de direito administrativo*, p. 470-471. Na mesma linha, apontando que convênios não são contratos, v. também: Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 347; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 350-351; entre outros.

5. “Art. 116. (...) § 1.º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início

A lei ainda estabelece o dever de notificação do Legislativo a respeito do acordo (§ 2.º do art. 116),⁶ as situações que ensejam a interrupção da liberação de repasses oriundos dos convênios (§ 3.º)⁷ e a destinação dos saldos remanescentes desses repasses (§§ 4.º a 6.º).⁸

Percebe-se que o tratamento conferido ao tema pela Lei 8.666/1993 se concentra na disciplina do vínculo por meio do qual um dos entes conveniados repassa recursos para outro. São os chamados “convênios de repasse”, cujo objetivo básico é a descentralização de recursos financeiros. A entidade descentralizadora de recursos se compromete a liberar verbas para que a entidade recebedora aplique essa verba em finalidade preestabelecida.

Todavia, essa não é a única forma de celebração de convênios. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza advertem que, por vezes, sob a terminologia tradicional dos convênios, são firmados pactos com natureza verdadeiramente contratual:

“Ao observador atento vai ficando nitidamente obsoleta a pretensão de universalidade da tradicional descrição de *convênio* disseminada pela obra de Hely Lopes

e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII – se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador”.

6. “Art. 116. (...) § 2.º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva”.
7. “Art. 116. (...) § 3.º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes: I – quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; II – quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas; III – quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno”.
8. “Art. 116. (...) § 4.º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês. § 5.º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste. § 6.º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos”.

Meirelles, vez que ela não dá mais conta de toda a realidade das parcerias. Pode descrever parte, mas não o todo dela. Modernamente é cada vez mais usual o vínculo de parceria que não se deixa descrever pela tradicional descrição, afeiçoando-se muito mais à descrição de *contrato*. Noutras palavras: enxerga-se no multifacetado universo das parcerias do Estado com o Terceiro Setor que muitas delas já são contratos, e, como tais, merecem o correspondente tratamento jurídico.

Importa perceber, inclusive, que a moderna parceria cuja essência é a de um contrato vai, paulatinamente, em sintonia com esta sua própria natureza, se deixando chamar por contrato (por exemplo: ‘contrato de gestão’, ‘contrato de repasse’, ‘contrato de direito público’ ou ‘contratação’). Quando isso não sucede, e ela continua a atender, a despeito da sua essência, pelos apelidos de antigamente – ‘acordo’, ‘termo’, ‘ajuste’ ou qualquer outro que fuja à chapa contratual –, o apelido de fuga explica-se por uma de duas alternativas: (a) a inércia da tradição no uso de expressões correntes no ambiente jurídico; (b) a necessidade gerencial de fuga do regime licitatório ditado pelo defasado Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos brasileiro (Lei 8.666/1993).

(...)

Donde a solução prática desenvolvida pelos administradores públicos: evitar chamar suas avenças com o Terceiro Setor de ‘contratos’, mas sempre de ‘convênios’ ou de algo do gênero, para não levantar suspeitas de atração do inadequado regime licitatório da Lei 8.666/1993”.⁹

É importante, assim, prestar atenção ao conteúdo do pacto para identificar sua natureza meramente colaborativa ou comutativa. Se, apesar de ser nomeado de convênio, o pacto estabelece obrigações contrapostas e estáveis, com atividades certas a serem desenvolvidas pelo “conveniando”, em troca de certos “repasses”, parece mais adequado tratá-lo como vínculo contratual. Há, nessa hipótese, contratação de um parceiro e não, propriamente, a celebração de vínculo meramente associativo ou colaborativo.

3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Os consórcios públicos também constituem fórmula associativa. Têm previsão expressa na Constituição Federal (art. 241) como uma das fórmulas de cooperação entre entes federados.¹⁰ O tema foi inserido expressamente na Constituição Federal

9. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 43-45.

10. Hely Lopes Meirelles, antes da disciplina constitucional e legal da matéria, utilizava as expressões *consórcios* e *convênios* quase como sinônimas. Ambas representariam acordos, mas não contratos, por não terem caráter de contraposição de interesses entre as partes. A diferença entre esses ajustes estaria apenas no perfil dos entes que se associassem. Se fossem entidades da mesma espécie (dois municípios, por exemplo), estar-se-ia diante de um *consórcio*. Se o acordo envolvesse entes

por intermédio de Emenda (EC 19/1998). Sua regulamentação ocorreu por meio da Lei 11.107/2005.

Entes federativos da mesma espécie ou de espécie diferentes podem “contratar” (constituir) consórcios públicos para a realização de objetivos comuns. A peculiaridade desse contrato federativo é a constituição, como resultado, de nova pessoa jurídica, de direito público (associação pública) ou privado (art. 1.º, § 1.º c/c art. 6.º). O consórcio público, portanto, constitui pessoa jurídica autônoma em relação aos entes federativos que o constituiu. Dois ou mais entes federativos podem se unir nessa modalidade de contratação pública e, como resultado, constituir novo ente para o desempenho de funções públicas.¹¹

Como pessoa jurídica, o consórcio poderá contratar (art. 2.º, § 1.º, I), promover desapropriações e servidões (art. 2.º, § 1.º, II) e ser contratado, sem licitação, pelos entes federativos consorciados (art. 2.º, § 3.º, III). Também pode cobrar e arrecadar tarifas ou preços públicos pela prestação de serviços ou uso de bens que ele próprio administre ou até cobrar tais valores em nome dos entes federativos consorciados (art. 2.º, § 2.º).

Uma das mais relevantes atribuições que pode ser conferida a consórcio público é a de, reunindo as competências dos entes consorciados, dar em concessão serviços ou bens públicos, desde que autorizado no contrato de consórcio (art. 2.º, § 3.º).¹² Essa aplicação pode configurar, especialmente em relação a serviços municipais, a única maneira de viabilizar economicamente a delegação de serviços e infraestruturas públicas à iniciativa privada. Deveras, com a união de competências de vários entes, a exploração que, isoladamente, mostrava-se inviável, pode viabilizar-se em função do aumento da escala de prestação do serviço proporcionada com o consórcio.

O contrato de consórcio depende de ratificação em lei de cada ente consorciado (art. 5.º). A exigência decorre da própria Constituição, que exige autorização legislativa para a criação de entes da Administração Pública (art. 37, XIX e XX). Antes da ratificação em lei, o pacto entre os futuros entes consorciados é denominado de “protocolo de

federativos de espécies diferentes (como seria o caso de pacto entre União e Estado-membro), ele deveria ser denominado de *convênio* (*Direito administrativo brasileiro*, p. 350-352).

11. Marçal Justen Filho apresenta as diferenças entre os contratos de consórcios e os convênios: “O contrato de consórcio público tem por finalidade não apenas estabelecer uma cooperação precária, mas visa a organizar uma estrutura de bens e pessoas, dotada de permanência e estabilidade. O contrato gera um novo sujeito de direito (consórcio público), que é titular de direitos e obrigações em nome próprio, inclusive oponíveis aos próprios entes consorciados. Já o convênio não gera esse tipo de efeitos organizacionais, restringindo-se a ordenar a atuação conjunta dos associados. A peculiaridade do consórcio público conduz a requisitos formais muito mais exacerbados para a sua formalização. Assim, e apenas para exemplificar, a criação do consórcio do consórcio depende de autorização legislativa (envolvendo cada um dos entes associado), o que não é demandado para a pactuação de um convênio” (*Curso de direito administrativo*, p. 471-472).
12. O tema também é abordado nesta obra no capítulo referente às contratações para constituição ou manutenção de infraestrutura pública.

intenções” (arts. 3.º e 4.º). O protocolo é uma espécie de pré-contrato, que estipula as regras que disciplinarão o funcionamento do futuro consórcio.¹³

3.1 Contrato de rateio

O repasse de recursos dos entes consorciados para o consórcio deve ser disciplinado em instrumento próprio, o contrato de rateio (art. 8.º). O contrato de consórcio não pode estabelecer obrigações de transferência de recursos para os entes consorciados; previsão nesse sentido será considerada nula. A única previsão de transferência de recursos admitida no contrato de consórcio é a que estabeleça a doação ou a cessão de uso de bens ou direitos (art. 4.º, § 3.º).

O objetivo da medida é evitar que o contrato de consórcio constitua fonte perene e indefinida de despesas para os entes consorciados. Tais despesas devem constar do chamado contrato de rateio, cujo prazo de vigência está atrelado ao das dotações orçamentárias que o suportam (art. 8.º, § 1.º). O ente que não cumprir o contrato de rateio poderá ser excluído do consórcio público (art. 8.º, § 5.º).

3.2 Convênio de cooperação

A Lei 11.107/2005 ainda prevê, como forma alternativa de estabelecer a cooperação entre entes federativos, a celebração de convênio (o convênio de cooperação). Nessa hipótese, a atuação conjunta não demanda a constituição de pessoa jurídica autônoma. Os entes consorciados, direta ou indiretamente (por meio de pessoas

13. Os temas necessários são os seguintes: “I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; II – a identificação dos entes da Federação consorciados; III – a indicação da área de atuação do consórcio; IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos; V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo; VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia-geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público; VII – a previsão de que a assembleia-geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações; VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado; IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: *a*) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; *b*) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; *c*) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; *d*) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; *e*) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público” (art. 4.º).

integrantes de sua administração indireta) se comprometem a assumir atribuições de interesse comum.

Não há tratamento legislativo detalhado a respeito desse outro modo de pacto associativo (embora previsto expressamente no art. 241 da CF). A Lei 11.107/2005 considera o convênio de cooperação suficiente para fundamentar a delegação de serviços entre entes federativos por meio de *contrato de programa* (art. 13, § 5.º).

3.3 Contrato de programa

A delegação de serviços públicos entre entes consorciados (ou conveniados) há de ser formalizada por meio de contrato próprio, o *contrato de programa*.

O contrato de programa obedecerá às regras básicas do contrato de concessão de serviço público (art. 13, § 1.º, I). As funções de “poder concedente” devem ser assumidas pelo consórcio ou pelo ente conveniado. O papel de concessionário será assumido pelo “contratado”. É vedada a transferência de funções de planejamento, regulação e fiscalização para o contratado, ou seja, pelo responsável pela prestação de serviços (art. 13, § 3.º).

O contrato de programa tem vigência autônoma em relação ao consórcio ou convênio de cooperação. A extinção destes últimos não acarretará automaticamente a extinção do contrato de programa (art. 13, § 4.º).

Admite-se a celebração de contrato de programa com entidades de direito privado integrantes da administração indireta de ente federativo consorciado ou conveniado (art. 13, § 5.º). Para tanto, não é necessário licitar (art. 24, XXVI, da Lei 8.666/1993, com a redação dada pela Lei 11.107/2005). Todavia, a desestatização de empresa ou entidade privada contratada com base nessa regra importará automática extinção do contrato de programa (art. 13, § 6.º).

Em certas circunstâncias, porém, a desestatização da empresa pode ter outras consequências:¹⁴

“Para que exista contrato de programa, nos termos disciplinados na Lei de Consórcios Públicos, é fundamental que as partes integrem a Administração dos entes federativos associados. Se a prestadora dos serviços públicos deixar de ser estatal, o titular do serviço não mais estará vinculado, por meio de contrato de programa, a tal empresa.

Essa hipótese de extinção, numa situação semelhante à posta em exame, poderia ocorrer da seguinte maneira. Municípios se associariam com determinado Estado e, como consequência dessa associação, transfeririam os serviços de saneamento à prestação pela empresa estadual. É inegável que a empresa estadual só teria recebido o direito de prestar os serviços municipais, sem licitação, por integrar a estrutura admi-

14. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, *Desestatização de empresas estaduais de saneamento detentoras de contratos de programa*, estudo inédito.

nistrativa do Estado associado. Se o Estado, unilateralmente, resolvesse desestatizar sua companhia, os municípios não mais ficariam sujeitos ao contrato de programa, pois a empresa executora dos serviços não seria mais uma entidade associada.

É razoável que assim o seja. O município não pode ficar a reboque do Estado na importante decisão de privatizar ou não seus serviços públicos. Uma coisa é delegar serviços a uma empresa estadual, parte integrante de um pacto federativo; outra, significativamente distinta, é delegar serviços a empresa privada. Se houver decisão unilateral do Estado no sentido de privatizar a empresa responsável pela prestação do serviço, nada mais natural do que liberar o outro ente associado do pacto que os vinculava. A privatização da prestadora dos serviços, assim, representaria uma espécie de denúncia ao pacto federativo. Depois de operada unilateralmente por um dos entes, extingue-se o contrato de programa. A empresa perderá o direito de ser a prestadora do serviço público outrora delegado. Restará, apenas, o direito de receber indenização, caso existam investimentos realizados na estruturação do serviço ainda não amortizados.

Tal dispositivo, porém, não pode ser aplicado de maneira absoluta. A indicação de que o contrato de programa deverá ser extinto no caso de retirada da contratada da administração indireta do ente associado não tem o condão de impedir, em quaisquer circunstâncias, um ajuste federativo que contemple a outorga do direito de prestar serviços públicos a particulares.

A intenção da regra extintiva, claramente, é a de reagir à hipótese de descumprimento do pacto federativo (que seria caracterizada com a privatização da empresa prestadora do serviço). Obviamente, não haverá razão para pôr fim à delegação se a própria associação federativa admitir a privatização da prestadora de serviços.

Isto é, havendo anuência dos entes federativos envolvidos, nada impede que ocorra uma desestatização da empresa prestadora de serviços e, mesmo assim, a delegação feita inicialmente por meio do contrato de programa seja preservada em seus principais termos e convertida em concessão à empresa privatizada”.

O fundamento jurídico para a preservação do contrato nessas hipóteses decorre da leitura sistemática da própria Lei de Consórcios Públicos. Veja-se:

“Uma das possibilidades encartadas na Lei de Consórcios Públicos é, justamente, a que visa à delegação conjunta de serviços públicos a particulares. Os entes federativos foram expressamente autorizados a se reunir para outorgar, mediante concessão, permissão ou autorização, serviços públicos à exploração particular (art. 2.º, § 3.º).

Como se vê, a Lei autoriza que entes federativos (municípios e Estado, no caso em exame) se associem para outorgar a prestação de serviços públicos à exploração privada. Assim pode ser feito em relação aos serviços de saneamento.

A maneira de realizar esta outorga, contudo, não foi fixada na Lei de Consórcios. Cabe ao pacto federativo delimitar o procedimento e os termos nos quais será expedida a outorga.

Seria possível, nesse contexto, a celebração de acordo entre os entes que previsse, numa primeira fase, a transferência, mediante contrato de programa, do serviço de saneamento a empresa integrante da administração indireta do Estado e, depois, a outorga dos serviços a particulares, mediante a privatização da empresa estadual.

O mecanismo de outorga eleito pelos entes associados, nessa hipótese, seria a alienação do controle acionário da empresa estadual, justamente aquela que teria assumido o serviço de saneamento inicialmente, mediante contrato de programa. Para fiel cumprimento da Lei de Consórcios, basta que o pacto federativo (consórcio público ou convênio de cooperação) preveja expressamente a autorização para outorga do serviço, mediante concessão, por intermédio do processo de desestatização da empresa estadual.

A regra de extinção do contrato de programa também seria respeitada. Basta prever no pacto federativo que, ao ser efetivada a desestatização, o contrato de programa será automaticamente convertido em concessão, com as adaptações consideradas convenientes pelas partes.

A privatização de empresas estatais como procedimento para, simultaneamente, transferir a prestação de serviços públicos a particulares já foi empregada no Brasil, contando, inclusive, com a chancela do STF.¹⁵ Nesse modelo, a licitação para alienação das ações da estatal serviria também para a outorga da concessão à empresa privatizada. Portanto, também sob esse aspecto, não haveria obstáculo jurídico à desestatização da empresa de saneamento.

Se os entes federativos envolvidos resolvem transferir a prestação dos serviços de saneamento para empresa estadual e aceitam que, posteriormente, os serviços sejam privatizados, mediante a alienação do controle societário dessa empresa, a Lei de Consórcios Públicos será plenamente respeitada. Com a privatização, o contrato de programa será extinto, cedendo vez a uma concessão, assumida pela empresa privatizada. A vontade das partes seria plenamente respeitada, pois os associados teriam anuído e disciplinado, tanto a primeira etapa, referente à assunção do serviço por empresa estadual mediante contrato de programa, como a segunda, que consistiria na outorga dos serviços à exploração de particulares, mediante a alienação do controle acionário da empresa estadual.

15. No julgamento da ADIn 1.863/DE, o plenário do STF decidiu que não houve violação aos arts. 37, XXI, e 175 da CF, que impõem o dever de licitar, pelo fato de a Lei Geral de Telecomunicações haver determinado a celebração de contratos de concessão de telefonia fixa diretamente com as empresas que prestavam esses serviços à época (basicamente, empresas integrantes do Sistema Telebrás). Isso porque tais empresas, posteriormente, tiveram seu controle acionário alienado mediante leilão. O STF decidiu que "as privatizações - desestatizações - foram implementadas mediante a realização de leilão, modalidade de licitação prevista no art. 22 da Lei 8.666/1993 que a um só tempo transfere o controle acionário da empresa estatal e preserva a delegação de serviço público" (v.u., rel. Min. Eros Grau, j. 06.09.2007).

Esta autorização para simultaneamente privatizar os serviços e a empresa pode ser dada previamente, no momento da pactuação do consórcio público ou do convênio de cooperação, junto com o contrato de programa, como também pode ser conferida posteriormente, mediante aditamento ao pacto.

Para preservar o objetivo maior da Lei de Consórcios Públicos é essencial que os entes tenham expressamente assentido com a transferência dos serviços a particulares através da alienação do controle acionário da companhia de saneamento estadual. Autorizada a operação por intermédio do instrumento jurídico adequado (consórcio público ou convênio de cooperação), basta converter automaticamente o contrato de programa em concessão quando houver a privatização da companhia”.

4. CONTRATO DE GESTÃO

No final dos anos 1990 foi editada legislação federal disciplinando vínculos de colaboração entre o Estado e o chamado Terceiro Setor (entidades sem fins lucrativos que desenvolvam atividades de interesse público e social). É interessante notar que a criação desse regime jurídico mais preciso e rigoroso não impediu a aplicação do modelo de colaboração até então existente (menos regulado e formalizado) a partir da celebração de convênios de repasse ou de outros ajustes, sem disciplina legal específica.

A primeira lei com esse objetivo foi a que disciplinou a qualificação de entidades como “organizações sociais”, a Lei 9.637/1998. Essa foi a designação conferida a entidades privadas sem fins lucrativos que, atendendo aos requisitos indicados em lei, fossem qualificadas pelo Poder Executivo federal como organizações sociais.

A partir da qualificação formal da entidade como “organização social”, torna-se possível firmar o pacto denominado “contrato de gestão”, por meio do qual a entidade passa a receber uma série de incentivos do Poder Público Federal e, em contrapartida, assume a consecução de programas previamente delineados, com metas claras e objetivas a atender (art. 7.º, I).¹⁶

16. Sílvio Luís Ferreira da Rocha reconhece o caráter contratual da avença, apesar de apontar suas peculiaridades frente aos demais contratos administrativos. Confira-se: “Para alguns o contrato de gestão não seria um verdadeiro contrato administrativo, mas sim um negócio jurídico do gênero *convênio* e da espécie *parceria*. É a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem haveria identidade entre o contrato de gestão e o termo de parceria. De acordo com a referida autora, ‘o instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador.’ Como visto, é possível estabelecer algumas diferenças entre o contrato administrativo e o convênio que não dependam exclusivamente da noção de interesses contrapostos. A diferença estaria no regime jurídico diverso atribuído a um e a outro. Enquanto no *contrato administrativo* há uma estabilidade no vínculo - de modo que o rompimento unilateral, ainda que permitido, acarreta o dever de indenizar -, no gênero *convênio* há uma precariedade no vínculo, que admite a resilição unilateral por qualquer

Entre as possíveis formas de incentivo que o Poder Público Federal pode propiciar às organizações sociais está a transferência do direito de uso sobre bens públicos (art. 12) e a cessão de pessoal, sem encargo para a entidade privada (art. 13). Tais incentivos, é importante frisar, só podem ser transferidos no âmbito de um contrato de gestão. Ou seja, marca-se a transferência de recursos à entidade privada pela assunção do compromisso de atingimento de certas metas. Buscou-se, assim, atrelar a concessão de incentivos à obtenção de resultados.

Esse programa tem sido utilizado no governo federal, basicamente, para a transferência ao terceiro setor de atividades antes assumidas pela Administração. Isso tem ocorrido com a extinção de fundações governamentais com a simultânea qualificação de entidades privadas como organizações sociais para assumir suas atividades, com o fomento estatal. Assim ocorreu, por exemplo, com duas entidades federais extintas pela própria Lei 9.637/1998, o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e a Fundação Roquete Pinto (art. 21).¹⁷

dos partícipes, sem que isso gere o dever de indenizar. Além disso, parece-nos correto afirmar que o valor pago pela Administração no contrato administrativo correspondente à contraprestação pelo cumprimento da obrigação pela outra parte; enquanto no convênio o valor pago pela Administração não corresponde a contraprestação, mas sim a auxílio, incentivo, fomento à atividade considerada socialmente relevante. Daí por que o valor repassado fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, de modo que o executor deve comprovar a aplicação dos recursos conforme os objetivos estipulados, não bastando demonstrar o resultado final obtido. E daí por que o executor do convênio é visto como um administrador de dinheiro público, obrigado a prestar contas ao ente repassador, como também ao Tribunal de Contas. O exame do regime jurídico do contrato de gestão aponta, no entanto, para peculiaridades existentes tanto no contrato administrativo como no convênio, com uma leve predominância do regime do contrato administrativo, mas não em sua totalidade – o que nos autoriza a classificar o *contrato de gestão* como um *contrato administrativo degradado*. Falta-lhe, na essência, o reconhecido direito ao equilíbrio econômico-financeiro do administrado" (*Terceiro Setor*, p. 54-55).

17. Essa característica, para muitos, é a principal diferença entre OSs e Oscips. Confira-se, nesse sentido, a explicação de Maria Nazaré Lins Barbosa: "Cabe ressaltar que as OSs têm uma gênese distinta da qualificação instituída pela Lei 9.790/1999 referente às Oscips. Inobstante – e tendo em conta aspectos formais –, os poucos estudos jurídicos existentes situam as OSs como entidades do *Terceiro Setor*, assimiláveis às tradicionais entidades privadas qualificadas como de *utilidade pública*, ou às mais recentes organizações privadas de *interesse público* qualificadas nos termos da Lei 9.790/1999. Parece-nos, contudo, que, embora formalmente constituídas como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, as OSs, tal como disciplinadas pela Lei 9.637/1998, atuam em uma lógica – por assim dizer – 'quase governamental'. Com efeito, a qualificação das OSs está em função do contrato de gestão – o que caracteriza a dependência dos recursos públicos. Em sua estrutura diretiva há necessariamente membros do Poder Público. Coerentemente, no âmbito federal as OSs existentes até o presente momento resultaram da extinção de entidades públicas. Faltam às OSs aquelas características de *autogoverno* e de *participação voluntária* que são típicas das organizações do Terceiro Setor genuinamente de origem privada" (A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias público-privadas*, p. 503).

Estados e municípios têm criado legislação própria disciplinando programas de cooperação com entidades privadas sem fins lucrativos com a mesma terminologia de “organização social”. Nada impede, contudo, que o modelo de colaboração desses entes federativos tenha suas próprias regras. O presente estudo, porém, não pretende apresentar esses regimes.

5. TERMOS DE PARCERIA

Simultaneamente à criação das organizações sociais, a legislação federal instituiu o programa de cooperação com “organizações da sociedade civil de interesse público”, as Oscips. Por intermédio da Lei 9.790/1999, foi criado um modelo paralelo ao das organizações sociais, também propício a disciplinar o relacionamento entre o Estado e o terceiro setor (art. 9.º).

Nesse outro modelo a entidade privada do terceiro setor também deve ser credenciada junto ao Poder Público (como OSCIP) para obter incentivos. O sistema é semelhante ao das organizações sociais, se destinando, em tese, aos mesmos objetivos institucionais.

Formalmente, alterou-se o nome do vínculo entre o Poder Público e a entidade do terceiro setor. No programa de Oscips, o ajuste é denominado “termo de parceria”, embora atenda, basicamente, aos mesmos objetivos do “contrato de gestão” previsto para as organizações sociais. É uma forma de ajuste por meio do qual o Poder Público confere algum incentivo à entidade privada que, por tempo certo, se compromete a atingir objetivos predeterminados (arts. 9.º e 10).

Como diferença material com o contrato de gestão, é possível apontar que o termo de parceria não está autorizado a transferir o uso de bens públicos e de ceder servidores públicos sem ônus, para trabalho na OSCIP.

Na prática, o programa tem sido o canal de interação com o terceiro setor naquelas ocasiões em que o objetivo da colaboração não seja a assunção de atividades antes desenvolvidas por entidades estatais extintas. Quando a parceria diz respeito à substituição de entidades estatais, o governo federal adota o modelo de organizações sociais. Para as outras parcerias, o modelo empregado é o das Oscips.

6. TERMOS DE COLABORAÇÃO E DE FOMENTO

A legislação impôs, recentemente, novas regras para a celebração de ajustes entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos (Lei 13.019/2014). Resta claro, a partir de agora, que os convênios no âmbito federal ficam reservados a pactos colaborativos entre entes estatais (art. 84).

Os repasses de recursos para Oscips passam agora a atender às exigências da Lei 13.019/2014. Entretanto, foram expressamente excluídos do regime da nova lei os vínculos com organizações sociais (art. 3.º, III).¹⁸

Os acordos com entidades de terceiro setor devem ser agora formalizados por meio de termos de *colaboração* ou de *fomento*. A diferença entre os vínculos está na autoria da proposta de cooperação. Se a iniciativa for do Poder Público, isto é, se for a Administração que apresente um plano de trabalho a ser cumprido pela entidade privada, a denominação prevista é *termo de colaboração* (art. 16). Se a iniciativa de propor um plano de trabalho for de entidade do terceiro setor, o vínculo será denominado de *termo de fomento* (art. 17).

Num caso ou noutro a entidade a ser beneficiada deve ser selecionada mediante chamamento público (disciplinado nos arts. 23 a 32). O chamamento público possui características de licitação pública. É possível apontar várias regras próprias da licitação que foram reproduzidas nesse procedimento para seleção de parceiros.

Uma delas é a necessidade de publicação prévia de edital, com a definição do objeto da parceria, dos requisitos de habilitação dos interessados e dos critérios de julgamento das propostas (art. 24). O critério de seleção, aliás, deve ser objetivo, como impõe o art. 24, § 1.º, V. Foi expressamente proibida a inclusão de condições de participação que restrinjam o caráter competitivo do chamamento (art. 24, § 2.º). A seleção deve ser feita por comissão, a exemplo das comissões de licitação da Lei 8.666/1993 (art. 27, § 1.º). Por fim, a celebração de parcerias sem o processo de seleção depende de exceção prevista expressamente em lei, a exemplo das situações de dispensa de licitação contidas na Lei 8.666/1993 (arts. 29 e 30). O chamamento também possui suas próprias hipóteses de inexigibilidade (art. 31).

A exigência de chamamento é um dos mecanismos de controle previstos na nova lei. Aos requisitos de disciplina institucional previstos na Lei das Oscips foram acrescentados vários procedimentos destinados a controlar o modo de gestão de recursos públicos repassados. Exige-se, por exemplo, a adoção de regulamento de contratações pelas entidades, que deverá ser aprovado pelo Poder Público (art. 43). As organizações da sociedade civil que celebrem termos de colaboração ou de fomento deverão obedecer, ainda, a manuais próprios, fornecidos pela Administração, com o objetivo

18. A Lei 13.019/2014 também excluiu expressamente de sua incidência as “transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitam com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento” (art. 3.º, I) e “as transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário” (art. 3.º, II). A lei nova não incidirá nas parcerias celebradas antes de sua publicação, salvo naquilo que não houver conflito (art. 83). Todavia, as prorrogações desses vínculos, quando previstas, dependerão de adaptação dos termos à nova lei, salvo na hipótese de prorrogação de ofício decorrente de atraso na liberação de recursos por parte da Administração (art. 83, § 1.º). Se existirem parcerias em vigor firmadas por tempo indeterminado, elas deverão ser adaptadas ou rescindidas em até um ano pela Administração Pública (art. 83, § 2.º).

de disciplinar as regras de prestação de contas da entidade (art. 63). Foram previstas sanções administrativas para a hipótese de desatendimento ao plano de trabalho por parte da entidade, além da previsão de hipóteses específicas de improbidade administrativa decorrente de práticas referentes ao sistema de parcerias com o terceiro setor (arts. 73 e 77 da Lei 13.019/2014).

A Lei 13.019/2014, como se percebe, mais do que fomentar a existência de parcerias com o terceiro setor, foi imbuída do nítido objetivo de aumentar o controle sobre o repasse de recursos e a escolha dessas entidades privadas de colaboração com o Poder Público.

7. BIBLIOGRAFIA

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MODESTO, Paulo. O direito administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 9, n. 33, p. 9-33, abr.-jun. 2011.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o Terceiro Setor*. Tese de doutoramento. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____(org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e Malheiros, 2013.
- _____; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Desestatização de empresas estaduais de saneamento detentoras de contratos de programa*. Trabalho inédito. s/d.