

---

Maria Sylvia Zanella  
**Di Pietro**

DIREITO  
**ADMINISTRATIVO**

**29.ª** revista,  
edição atualizada  
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

*Copyright © 2016 by*

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.  
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

# 11

## ENTIDADES PARAESTATAIS E TERCEIRO SETOR

### 11.1 A EXPRESSÃO *ENTIDADE PARAESTATAL*

Embora não empregada na atual Constituição, *entidade paraestatal* é expressão que se encontra não só na doutrina e na jurisprudência, como também em leis ordinárias e complementares.

Como ensina Cretella Júnior (1980:140), **paraestatal** ou **parestatal**, “é vocábulo híbrido formado de dois elementos, a saber, a partícula grega *pará*, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e **estatal**, adjetivo formado sobre o nome latino *status*, que tem o sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado”.

Conforme demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:350), o termo foi empregado, pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias; para alguns autores, o que se quis abranger, sob essa designação, seria um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria uma pessoa semipública e semiprivada.

No entanto, posteriormente, o mesmo vocábulo foi utilizado, em outras leis italianas, para fazer referência a autarquias de base fundacional.

O termo passou para o direito brasileiro com a mesma imprecisão conceitual, havendo diferentes correntes de pensamento a respeito de seu significado.

José Cretella Júnior (1980:140-141), baseando-se na lição de Miguel Reale, define as entidades paraestatais como “as *autarquias* que conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos como os das demais repartições do Estado, âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participando amplamente do *jus imperii*”.

Para Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, v. II:106-107), o vocábulo designa os entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado.

Esses doutrinadores que identificam entidade paraestatal e autarquia têm apoio em doutrina italiana que, originariamente, adotou tal entendimento. E provavelmente foi essa doutrina que inspirou o legislador do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7-12-40) quando, no artigo 327, equiparou a funcionário público, para fins penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. Àquela época, certamente, não havia a multiplicidade de entidades que hoje compõem a chamada Administração Indireta.

Posição diversa (porque exclui as autarquias do conceito de entidade paraestatal) foi adotada por Hely Lopes Meirelles (2003:362), para quem “entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”; elas são o meio-termo entre o público e o privado e compreendem as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *fundações instituídas pelo Poder Público* e os *serviços sociais autônomos*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009:273) classifica os entes administrativos em três categorias: “os *entes administrativos estatais*, que são pessoas jurídicas de direito público, às quais a ordem jurídica *outorga* o desempenho de funções administrativas; os *entes administrativos paraestatais*, que são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação foi por lei autorizada, e dela recebe *delegação* para o desempenho de funções administrativas; e os *entes administrativos extraestatais*, que são pessoas de direito privado, que se associam ao Estado para o desempenho de funções administrativas ou de simples atividades de interesse público, através de *vínculos administrativos* unilaterais ou bilaterais de colaboração”.

Para o autor, as entidades paraestatais fazem parte da Administração Indireta. Esta é de natureza híbrida, porque compreende “tanto (1) *entes administrativos estatais*, instituídos como desdobramentos do Estado com *personalidade de direito público*, para atuar por direito próprio – as *autarquias*” – como (2) *entes administrativos paraestatais*, instituídos com *personalidade de direito privado*, para atuar em atividades administrativas ou de interesse público por *delegação legal*, distinguindo-se nestas quatro subcategorias – as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *subsidiárias destas* e as *fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado*. Na primeira categoria, ele inclui os serviços sociais autônomos. O seu entendimento aproxima-se bastante do adotado por Hely Lopes Meirelles, já que ambos incluem entre as entidades paraestatais: as *entidades da administração indireta com personalidade de direito privado* e os *serviços sociais autônomos*. O ponto comum entre todas elas é o fato de ser a sua criação autorizada por lei e de exercerem atividade administrativa delegada.

O reparo que se faz a essa colocação decorre de várias razões:

- a) embora as duas modalidades de entidades paraestatais apontadas por esses autores tenham um regime jurídico híbrido, a meio caminho entre o público e o privado, não há dúvida de que, com relação às entidades

integrantes da Administração Indireta com personalidade de direito privado, a derrogação do direito privado por normas de direito público (inclusive de ordem constitucional) é muito mais intensa, precisamente por fazerem parte da Administração Pública e se sujeitarem às normas da Constituição Federal que a elas se referem, de que constituem exemplo as pertinentes aos servidores públicos, ao controle pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas e às finanças públicas; os serviços sociais autônomos não se sujeitam às mesmas normas constitucionais, somente sendo derrogado o direito privado, a que se submetem fundamentalmente, na medida prevista em leis infraconstitucionais, principalmente nas leis específicas que autorizaram a sua instituição; não se pode colocar na mesma categoria de entidades paraestatais antes que o próprio autor enquadra, em sua classificação das modalidades de entes administrativos, como *Administração Indireta* e como *administração associada*; os regime jurídicos são diversos;

- b) o critério da *delegação* de atividade administrativa, que estaria presente em todas as entidades paraestatais, também não parece adequado, porque a delegação supõe que a atividade seja de titularidade do Estado; ora, no caso dos serviços sociais autônomos, não existe delegação de atividade administrativa do Estado, mas mero *fomento* para o desempenho de atividade privada de interesse público; a única delegação que existe não diz respeito à atividade, mas ao recebimento de contribuições parafiscais;
- c) nem sempre as entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado desempenham atividade delegada pelo Estado; em determinadas hipóteses desempenham típica atividade econômica, própria da iniciativa privada, e só assumida pelo Estado a título de intervenção no domínio econômico; é o caso dos bancos estatais, por exemplo; ainda que possam desempenhar alguma atividade delegada pelo Estado, esse não é o seu objeto essencial;
- d) as entidades da Administração Indireta, mesmo as que têm personalidade de direito privado, integram a Administração Pública e constituem braços de atuação do Estado, o que não ocorre com os serviços sociais autônomos, que apenas colaboram com o Estado para o desempenho de atividades de interesse público e, por isso mesmo, são por ele fomentados; se o Estado quer assumir o desempenho de atividade de interesse público, ele assume a sua titularidade e a desempenha como serviço público, seja por meio dos órgãos da Administração Direta, seja por meio de entidades da Administração Indireta; se ele não quer assumir a titularidade, mas reconhece o interesse público da atividade, ele a deixa nas mãos de particulares e lhes concede algum tipo de incentivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013:163) adota conceito diferente de entidade paraestatal. Para ele, a expressão designa “sujeitos não estatais, isto é, de

direito privado que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus. Caracterizam-se pelo fato de que o Poder Público enfaticamente os assume como colaboradores emprestando-lhes o significativo amparo de colocar a seu serviço o poder de império de que dispõe ao instituir *tributo em favor deles*, como ocorre justamente com os chamados serviços sociais autônomos, circunstância esta que lhes confere uma peculiar singularidade entre os sujeitos alheios à Administração indireta que concorrem para objetivos sociais de interesse público”.

Marçal Justen Filho (2013:322) não se afasta muito desse entendimento, ao tratar a entidade paraestatal praticamente como sinônimo de serviço social autônomo. Em suas palavras, “entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias”.

Pelo nosso conceito, as entidades paraestatais são definidas como *pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado*.

**Como se verifica pelas opiniões citadas, os doutrinadores brasileiros adotaram a mesma expressão *entidade paraestatal* do direito italiano e herdaram a mesma indefinição quanto ao seu sentido. As consequências desastrosas dessa indefinição só não são maiores porque, felizmente, no direito positivo, a expressão, como se verá, não aparece com frequência.**

## 11.2 APROXIMAÇÃO ENTRE ENTIDADES PARAESTATAIS E TERCEIRO SETOR

No mesmo sentido de entidades paralelas ao Estado, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello para definir os entes paraestatais, podem ser consideradas, hoje, além dos **serviços sociais autônomos**, também as **entidades de apoio** (em especial fundações, associações e cooperativas), as chamadas **Organizações Sociais (OS)**, as **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips)** e as **organizações da sociedade civil**. Na realidade, todas essas entidades poderiam ser incluídas no conceito de serviços sociais autônomos; no entanto, elas serão analisadas com suas denominações específicas, não só porque estão sendo tratadas dessa forma no direito positivo, como também porque apresentam determinadas peculiaridades que merecem ser apontadas separadamente. Todas estão abrangidas pelo conceito de **organizações da sociedade civil**, disciplinadas pela Lei nº 13.019, de 31-7-14, cabendo desde logo duas observações relevantes: (a) as Organizações Sociais e Or-

ganizações da Sociedade Civil de Interesse Público foram expressamente excluídas do âmbito de aplicação dessa lei, desde que cumpridos os requisitos das leis específicas que as regem ; (b) embora adotando a denominação genérica de **organização da sociedade civil**, a lei respeita a terminologia antes dela vigente, em especial a das organizações da sociedade civil de interesse público e das organizações sociais.

Não existia uniformidade terminológica no enquadramento dessas entidades em categorias já existentes ou em novas categorias.<sup>1</sup>

Os teóricos da Reforma do Estado incluíram essas entidades no que denominaram de **terceiro setor**, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe proteção e, em muitos casos, ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. Esse tipo de entidade existe desde longa data, mas adquiriu feição nova, com a promulgação da Lei nº 9.790, de 22-3-99, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, e da Lei nº 13.019, de 31-7-14, que dispõe sobre as parcerias voluntárias firmadas entre o poder público e as organizações da sociedade civil (e que entrará em vigor 540 dias a contar de sua publicação, conforme alteração introduzida em seu art. 88 pela Lei nº 13.204, de 14-12-15). Antes disso, o instrumento usual para formalização da parceria era o convênio.

Outros, também teóricos da Reforma do Estado, sem descartar a expressão *terceiro setor*, incluem tais entidades entre as **públicas não estatais**; entende-se que são públicas porque prestam atividade de interesse público; e não estatais, porque não integram a Administração Pública, Direta ou Indireta.

Usando a terminologia tradicional do Direito Administrativo brasileiro, incluímos essas entidades, quando tenham vínculo com o Poder Público, entre as chamadas **entidades paraestatais**, no sentido em que a expressão é empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, para abranger pessoas privadas que colaboram

---

<sup>1</sup> No anteprojeto de organização da Administração Pública Federal, elaborado por Comissão de Juristas designada pelo Ministro do Planejamento por meio da Portaria 426, de 6-12-07, alterada pela Portaria 84, de 23-4-08, fugiu-se às várias posições doutrinárias sobre entidades paraestatais, para abranger, na expressão, as corporações profissionais (como pessoas jurídicas de direito público) e os serviços sociais autônomos (como pessoas jurídicas de direito privado). As entidades do terceiro setor foram tratadas como entidades de colaboração, sujeitas a regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas de direito público, especialmente com vistas ao controle. Sobre o assunto, livro organizado por Paulo Modesto, com trabalhos dos autores do anteprojeto: *Nova organização administrativa brasileira*, 2. ed., Belo Horizonte, 2010.

com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações do seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração Indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional. Exatamente por atuarem ao lado do Estado e terem com ele algum tipo de vínculo jurídico, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor que tenham vínculo com o poder público, o que abrange as **declaradas de utilidade pública**, as que recebem **certificado de fins filantrópicos**, os **serviços sociais autônomos** (como Sesi, Sesc, Senai e outras entidades do chamado sistema S), os **entes de apoio**, as **Organizações Sociais**, as **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público** e as **Organizações da Sociedade Civil**.

Embora haja leis específicas que disciplinam algumas dessas modalidades, não há dúvida de que, sob o ponto de vista de seus vínculos com o Estado, elas estão na mesma posição e apresentam vários pontos comuns:

- a) **não são criadas pelo Estado**, ainda que algumas delas sejam autorizadas por lei ou, pelo menos, dependam de algum tipo de impulso estatal para serem instituídas; é o caso dos serviços sociais autônomos, especialmente as entidades do chamado sistema S, em que houve autorização legal para que fossem criadas pelas respectivas Confederações, porém a autorização não teve por objetivo a *delegação* de atividades administrativas de titularidade do Estado (já que elas apenas desempenham atividade privada de interesse público);
- b) em regra, **não desempenham serviço público delegado pelo Estado**, mas atividade privada de interesse público; trata-se dos chamados serviços sociais não exclusivos do Estado; quando prestados por este, sob regime jurídico de direito público, são serviços públicos; quando prestados pelo particular, são atividades privadas de interesse público, que alguns chamam de serviços públicos impróprios; elas desempenham serviços não exclusivos do Estado, mas atuam em colaboração com ele;
- c) recebem algum tipo de **incentivo do Poder Público**, que pode ser tanto a outorga de um título (o de utilidade pública, por exemplo), como auxílios e subvenções provenientes do orçamento do Estado, cessão de servidores públicos, outorga para utilização de bens públicos;
- d) **têm vínculos jurídicos com o Poder Público**, por meio de convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou outros instrumentos congêneres; nesse caso, vinculam-se aos termos do ajuste e têm que prestar contas ao ente da Administração Pública do cumprimento dos objetivos estipulados e ao Tribunal de Contas, na hipótese de receberem recursos públicos;

- e) seu **regime jurídico é de direito privado**, porém parcialmente **derrogado por normas de direito público**, precisamente em decorrência do vínculo que as liga ao Poder Público;
- f) integram o **terceiro setor** porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta; todas são organizações não governamentais.

É preciso fazer aqui uma observação quanto às chamadas **Organizações Sociais**, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98. Embora enquadradas, em regra, como entidades de colaboração que integram o terceiro setor, na realidade elas apresentam uma peculiaridade em relação às demais entidades: elas, como regra geral, prestam serviço público por delegação do Poder Público. Elas se substituem ao Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como **Organização Social** constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público. O grande objetivo é fugir ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública e permitir que o serviço público seja prestado sob o regime jurídico do direito privado. No que diz respeito ao objeto do contrato de gestão que as vincula ao Poder Público, elas não prestam atividade privada de interesse público (serviços sociais não exclusivos do Estado, como as entidades do terceiro setor), mas serviço público social de titularidade do Estado, a elas transferido mediante delegação feita por meio de contrato de gestão. A sua posição é muito semelhante à das concessionárias de serviço público, com a diferença de que não recebem remuneração dos usuários, mas são mantidas com recursos provenientes do orçamento do ente político que as qualificou. A aproximação maior é com a parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, em que a atividade é delegada pelo Estado e por ele inteiramente financiada. A diferença é que, na concessão administrativa, a entidade privada atua com fins lucrativos, o que não ocorre com as organizações sociais que, necessariamente, para serem qualificadas como tais, não podem ter fins lucrativos.

Outro dado relevante a ressaltar quanto às entidades que chamamos de paraestatais (num sentido muito mais amplo que os demais autores citados, porque incluímos as entidades do terceiro setor) diz respeito ao regime jurídico: todas estão sujeitas ao direito privado, que sofre derrogações por normas de direito público. Porém, não é possível dizer, de forma genérica, em que medida se dá essa derrogação, tendo em vista que cada modalidade está disciplinada por legislação específica; em consequência, é nessa legislação, fundamentalmente, que se encontram as derrogações, muitas vezes consistindo na exigência de procedimentos simplificados para seleção de pessoal e contratação com terceiros, ou apenas dizendo respeito a

algum tipo de controle. Em alguns casos, o legislador privilegiou o direito privado, impondo pouquíssimas normas de direito público, como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública; em outros casos, existem maiores exigências quanto à outorga do título, quanto aos requisitos para formação de vínculo com o Estado e quanto à prestação de contas, como ocorre em relação às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público. Pode-se dizer que, com a promulgação da Lei nº 13.019, de 31-8-14, houve, em grande medida, certa uniformização do regime jurídico de todas as entidades privadas, sem fins lucrativos, que firmam parcerias voluntárias com o poder público, ressalva feita quanto às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público. É o que se demonstrará neste capítulo.

Em se tratando de entidades com personalidade jurídica de direito privado, a regra é a seguinte: no silêncio da lei, aplica-se o direito privado. O direito público somente se aplica quando haja norma expressa que assim determine.

O importante é que todas as entidades paraestatais estão a meio caminho entre o setor público e o setor privado, entre o direito público e o direito privado, seja pelas atividades que exercem, voltadas para o atendimento de necessidades coletivas, seja pelo vínculo que mantêm com o Poder Público, que as sujeita a algum tipo de controle não imposto às demais entidades privadas, seja pela submissão parcial a normas de direito público. Todas elas atuam ao lado do Estado, em colaboração com ele, sem integrarem a Administração Pública direta ou indireta. São esses elementos que permitem enquadrá-las, doutrinariamente, no mesmo rol de entidades paraestatais. Não há mais justificativa para somente considerar como tal os serviços sociais autônomos, idealizados na primeira metade do século passado. Depois disso, outras tantas modalidades de entidades foram surgindo, com inúmeros pontos comuns, que permitem incluí-las todas na mesma categoria, hoje denominada de **Organização da Sociedade Civil**, conforme Lei nº 13.019, de 31-8-14.

No que diz respeito à responsabilidade dos empregados de tais entidades, vale lembrar que o artigo 327, § 1º, do Código Penal privilegiou o direito público, quando equiparou ao funcionário público, para fins penais, os empregados que ocupam cargo, função ou emprego em entidade paraestatal; nesse caso, ficam evidentes as razões que inspiraram o legislador: a natureza da atividade de interesse público desempenhada por tais entidades e a utilização maior ou menor de recursos oriundos dos cofres públicos.

A equiparação também existe para os fins de aplicação da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), pois o artigo 1º, parágrafo único, sujeita às penalidades da lei “os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”. Além da sanção patrimonial, os agentes

das entidades paraestatais (incluídas as do terceiro setor) ficam sujeitos a todas as demais sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e na própria Lei nº 8.429/92.

Embora a Lei de Improbidade Administrativa não deixe dúvida a esse respeito, as Leis nºs 9.637/98 (art. 10) e 9.790/99 (art. 13) ainda preveem expressamente que, havendo indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro de bens dos seus dirigentes, bem como do agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429/92 e na Lei Complementar nº 64, de 18-5-90. Além disso, a Lei nº 13.019/14 fez alterações nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, para ampliar o rol de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e dos que atentam contra os princípios da Administração. Todos os atos de improbidade, no caso, são praticados no âmbito de parcerias entre as organizações da sociedade civil e o poder público (a serem analisadas no item 11.8).

Como se verifica, o que levou o legislador a equiparar os empregados de todas essas entidades aos agentes públicos, para fins de responsabilidade, foi o fato de administrarem bens oriundos dos cofres públicos. Não houve preocupação com a natureza da entidade, que é pessoa jurídica de direito privado instituída por particulares. O grande objetivo foi o de proteger o patrimônio público por elas administrado.

Quanto à responsabilidade civil por danos causados a terceiros, essas entidades somente se sujeitam à regra da **responsabilidade objetiva** prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição, se prestarem serviço público, a qualquer título, delegado pelo Estado. Nesse caso, o Estado pode responder subsidiariamente na hipótese de insuficiência dos recursos da entidade para indenizar a vítima do dano. Se exercerem atividade privada de interesse público, respondem segundo as regras do Código Civil, sem prejuízo da responsabilidade solidária da pessoa jurídica que celebrou o acordo, em decorrência de má escolha da entidade ou omissão quanto ao dever de controle.

### 11.3 AS ENTIDADES PARAESTATAIS NO DIREITO POSITIVO

Pelo menos três dispositivos legais relevantes fazem referência às entidades paraestatais: o artigo 327, § 1º, do Código Penal, o artigo 107 da Lei nº 4.320, de 17-3-64 (que estatui normas gerais de direito financeiro) e o artigo 84 da Lei nº 8.666, de 21-6-93.

O artigo 327, *caput*, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.983, de 13-7-00, dá o conceito de funcionário público, para efeitos penais, considerando como tal “*quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego*

ou função pública”. E no § 1º equipara a funcionário “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Os comentadores da área do direito penal divergem quanto à abrangência da expressão *entidade paraestatal* no dispositivo. Julio Fabbrini Mirabete (2004:298-299) adota o conceito de Hely Lopes Meirelles, para incluir na expressão as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos. Porém aponta posicionamento diverso adotado por Heleno Cláudio Fragoso que acha inadmissível essa ampliação às entidades que prestam serviços comerciais ou industriais que não constituem fins próprios do Estado. Na jurisprudência, existem decisões nos dois sentidos, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido que os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista são equiparados aos funcionários públicos para fins penais.<sup>2</sup> Tal entendimento é reforçado pela norma do § 2º do artigo 327, introduzido pela Lei nº 6.799, de 23-6-80, nos seguintes termos: “A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.” Na realidade, esse parágrafo pôs fim a qualquer dúvida que ainda houvesse quanto à inclusão dos empregados dessas empresas estatais no conceito de funcionário público para fins penais. O legislador não quis deixar ao sabor da doutrina a interpretação mais ampla ou mais restritiva do que sejam entidades paraestatais.

O artigo 107 da Lei nº 4.320/64 utiliza a expressão, estabelecendo:

“Artigo 107. As entidades **autárquicas ou paraestatais**, inclusive de previdência social ou investidas de delegação para arrecadação de contribuições parafiscais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, terão seus orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal expressa determinar que o sejam pelo Poder Legislativo.” (grifamos)

“Parágrafo único. Compreendem-se nesta disposição as empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público.”

O dispositivo não define as entidades paraestatais, mas parece dar-lhes um sentido bem abrangente, incluindo, com a expressão “investidas de delegação para arrecadação de contribuições parafiscais”, os **serviços sociais autônomos**.

Na Lei nº 8.666/92, o artigo 84, certamente inspirado no referido dispositivo do Código Penal, assim define: “*Considera-se servidor público, para os fins desta lei,*

<sup>2</sup> V. jurisprudência in Mirabete, 2009, p. 299.

*aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.”*

Pelo § 1º, *“equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle direto ou indireto, do Poder Público”*.

E, nos termos do § 2º, *“a pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público”*.

Talvez seja essa a única norma legal que deu um conceito de entidade paraestatal, assim mesmo deixando expresso que o mesmo se dá para os fins dessa lei.

Em parte, o legislador seguiu a posição de Hely Lopes Meirelles, incluindo no conceito as entidades da Administração Indireta que têm personalidade de direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Não incluiu as autarquias e as fundações de direito público, porque estas estão abrangidas pelo *caput* do artigo 84. Também não incluiu os serviços sociais autônomos que, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, são considerados entidades paraestatais.

A parte final do § 1º do artigo 84, com a referência às “demais entidades sob controle, direto ou indireto do Poder público”, repete expressão que se contém no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Esse dispositivo, ao referir-se aos órgãos e entidades sujeitos ao regime dessa lei, faz referência também às “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. A referência ao *controle*, no caso, não significa fiscalização; se assim fosse, todas as entidades submetidas ao controle pelo Tribunal de Contas, ainda que não integrando a Administração Indireta, estariam obrigadas a obedecer às normas da Lei nº 8.666/93. Na realidade, a expressão *controle*, no dispositivo, significa direção, gestão, comando. Tal expressão, que aparece, em termos semelhantes, em vários dispositivos da Constituição, é utilizada quando o legislador quer abranger não só as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas também outras empresas de que o Estado tenha o controle acionário. Confirmam-se, por exemplo, os artigos 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II.

Em relação às **entidades de apoio** e às **organizações sociais**, tal como hoje disciplinadas, fica muito clara a intenção do legislador de fugir ao seu enquadramento entre as entidades da Administração Indireta e, em consequência, ao regime jurídico imposto às mesmas, como licitação, concurso público e controle. No entanto, considerando que tais entidades administram, em regra, bens do patrimônio público, inclusive dinheiro público, não é possível que fiquem inteiramente à margem de determinadas normas publicísticas, sob pena de burla aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, precisamente para proteger o patrimônio

público. Por isso mesmo, algumas das tendências iniciais vão hoje revertendo, seja pela atuação do Tribunal de Contas da União, seja por alterações legislativas, como se verá nos itens subsequentes.

Isto porque, se fogem ao conceito de Administração Indireta, não escapam, contudo, ao conceito de entidade paraestatal, que exige a imposição parcial de normas de direito público.

Assim é que o Decreto nº 5.504, de 5-8-05, exige que todos os entes públicos ou privados que realizem obras, serviços, compras e alienações com recursos repassados pela União sejam contratados mediante licitação; no caso de bens e serviços comuns, deverá ser realizado o pregão (art. 1º, § 1º).

Também o Decreto nº 6.170, de 25-7-07 (alterado pelos Decretos nºs 7.568, de 16-9-11, 8.180, de 30-12-13, e 8.244, de 23-5-14), que estabelece normas relativas às transferências de recursos da União para entidades privadas sem fins lucrativos, mediante convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada, exige que a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União observem os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato (art. 11). Há uma tendência hoje do Governo Federal em ampliar as restrições e o controle sobre as entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebem recursos públicos. O Decreto nº 7.568, de 16-9-11, ao alterar o Decreto nº 6.170, previu, entre outras medidas, o chamamento público para a celebração de convênios e contratos de repasse.<sup>3</sup>

## 11.4 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Serviços sociais autônomos, consoante Hely Lopes Meirelles (2003:362), “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São **entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público**, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias”. Como exemplos, ele cita o Senai, Senac, Sesc, Sesi, “com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras”. Acrescenta o autor que tais entidades, “embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem,

<sup>3</sup> Sobre o assunto, v. Capítulo 8, item 8.10, onde foram analisadas as novas exigências.

por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção **contribuições parafiscais**, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou”.

Também Orlando Gomes escreveu sobre o assunto em parecer publicado na *RDA* nº 19/384-391, mas no qual apenas se preocupa em demonstrar que tais entidades não são pessoas jurídicas de direito público só pelo fato de serem subvencionadas mediante arrecadação de contribuições parafiscais instituídas por lei. Ele apenas conclui que têm personalidade jurídica de direito privado, não se enquadrando especificamente nem como fundações nem como associações, mas sem esclarecer se tais entidades integram ou não a Administração Indireta.

Muitas dessas entidades foram criadas na vigência da Constituição de 1946, com base em autorização dada por meio de decretos-leis. Estes não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades da Administração Indireta. Eles apenas atribuíram a Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo, tal como ocorreu com os Decretos-leis nºs 4.048, de 22-1-42 (Senai), 8.621, de 10-1-46 (Senac), 9.403, de 25-6-46 (Sesi) e 9.853, de 13-9-46 (Sesc). Paralelamente, pelos mesmos decretos-leis, o Poder Público garantiu a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores.

Outras entidades foram criadas posteriormente, algumas já na vigência da Constituição de 1988: Sest – Serviço Nacional do Transporte e Senat – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Lei nº 8.706, de 14-9-93), Senar – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Lei nº 8.315, de 3-12-91), este último com fundamento no artigo 62 do ADCT;<sup>4</sup> Sebrae – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Lei nº 8.029, de 12-4-90).

Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade de interesse público (serviços não exclusivos do Estado). Exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de **fomento** e não de prestação de serviço público. Por outras palavras, a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a essa finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Por isso mesmo, essas entidades não são consideradas integrantes da Administração Indireta. No entanto, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes

<sup>4</sup> “Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área.”

públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação,<sup>5</sup> à exigência de processo seletivo para contratação de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92).

Ocorre que tem havido hipóteses de entidades criadas com a denominação de serviços sociais autônomos, porém com características diferenciadas, por serem **criadas diretamente por lei**. São exemplos: o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (APEX-Brasil), criado pela Medida Provisória nº 106, de 22-1-02, convertida na Lei nº 10.668, de 14-5-03, e regulamentada pelo Decreto nº 4.584, de 5-2-03; o Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), criado pela Lei nº 11.080, de 30-12-04, regulamentada pelo Decreto nº 5.352, de 24-1-05; o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (APS), mantenedor da Rede Sarah, criado pela Lei nº 4.246, de 22-10-91, regulamentada pelo Decreto nº 371, de 20-12-91.

Tais entidades, embora criadas com a denominação de **serviço social autônomo**, fogem inteiramente às características dos modelos anteriores. É como se a simples denominação fosse suficiente para definir a natureza da pessoa jurídica. O real objetivo foi o de fugir ao regime jurídico próprio das entidades da Administração Pública Indireta.

Alice Gonzalez Borges (2010:264-265) compartilha dessa opinião, ao observar que “pela sua própria denominação já se vê que tais novas entidades, criadas *diretamente* pela lei, em sua maioria mediante a transformação de preexistentes entidades da administração indireta e passando a manter-se exclusivamente com dotações orçamentárias, eram destinadas a finalidades bem diversas da primitiva previsão constitucional de fomento às atividades de aprendizagem e capacitação de categorias profissionais que caracterizava, até então, os serviços sociais autônomos de que têm o nome”.

Tais entidades melhor se enquadrariam na Administração indireta do Estado, porém usufruindo de maior grau de autonomia.

<sup>5</sup> O TCU tem jurisprudência consolidada no sentido de que os serviços sociais autônomos, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei de Licitações, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios (Decisões nºs 907/97, Plenário, e 461/98, Plenário). Como consta da ementa do Acórdão nº 2.522/09-TCU, 2ª Câmara, “os serviços sociais autônomos (Sistema ‘S’) não se sujeitam aos ditames da Lei nº 8.666/1993, devendo disciplinar o assunto em regulamentos próprios, respeitados os princípios legais e constitucionais que regem a matéria”. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu que as entidades que compõem os serviços sociais autônomos, por terem natureza jurídica de direito privado e ficarem de fora da administração indireta, não são obrigadas a contratar pessoal por concurso público (Conjur, 17-9-14, e Informativo Jurídico da APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, de 18-9-14).

## 11.5 ENTIDADES DE APOIO

São **entidades de apoio** as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração Direta ou Indireta, em regra por meio de convênio.

Pelo conceito, verifica-se a presença das seguintes características em tais entidades:

- a) elas não são instituídas por iniciativa do Poder Público, mas por servidores públicos de determinada entidade estatal, e com os seus próprios recursos;
- b) essas entidades, mais comumente, assumem a forma de fundação, mas também podem assumir a forma de associação ou cooperativa, sempre sem fins lucrativos e inserindo em seus estatutos objetivos iguais aos da entidade pública junto à qual pretendem atuar;
- c) em consequência, enquanto a entidade pública presta **serviço público** propriamente dito, a entidade de apoio presta o mesmo tipo de atividade, porém, não como serviço público delegado pela Administração Pública, mas como atividade privada aberta à iniciativa privada; ela atua mais comumente em hospitais públicos e universidades públicas;
- d) sendo a atividade prestada em caráter privado, ela não fica sujeita ao regime jurídico imposto à Administração Pública; por outras palavras, os seus contratos são de direito privado, celebrados sem licitação; os seus empregados são celetistas, contratados sem concurso público; por não serem servidores públicos, não ficam sujeitos às normas constitucionais pertinentes a essa categoria de trabalhadores; por não desempenharem atividade delegada pelo Poder Público, não se sujeitam à tutela administrativa;
- e) para poderem atuar como entidades de apoio, paralelamente à Administração Pública, estabelecem um vínculo jurídico com a mesma, em regra por meio de convênio.

Normalmente, coloca-se no ato constitutivo da entidade o objetivo de oferecer “apoio” ao órgão ou instituição junto aos quais funcionam. A formalização da parceria com o poder público normalmente se faz por meio de convênio, que prevê, em benefício da entidade, a utilização de bens públicos de todas as modalidades (móveis e imóveis) e de servidores públicos.

Sobre o assunto, discorremos no livro *Parcerias na administração pública*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 313 a 323. Aí opinamos no sentido de ser bastante duvidosa a

legalidade da forma de atuação de muitas dessas entidades, pelo fato de se utilizarem livremente do patrimônio público e de servidores públicos, sem observância do regime jurídico imposto à Administração Pública. Ficou demonstrado que, embora haja diferenças entre umas e outras entidades de apoio, elas obedecem, em regra, a determinado padrão. Com efeito, a cooperação com a Administração se dá, em regra, por meio de convênios, pelos quais se verifica que praticamente se confundem em uma e outra as atividades que as partes conveniadas exercem; o ente de apoio exerce as atividades próprias da entidade estatal com a qual celebrou o convênio, tendo inseridas tais atividades no respectivo estatuto, entre os seus objetivos institucionais. A própria sede das duas entidades também, por vezes, se confunde, pois o ente de apoio nem sempre tem sede própria. Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituída por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua.

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação (nem mesmo os princípios da licitação) e sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades: elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.

Na esfera federal, caminha-se para a moralização do vínculo entre as fundações de apoio e as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação – ICTs (de que trata a Lei nº 10.973, de 2-12-04, alterada pela Lei nº 13.243, de 11-1-16).<sup>6</sup> Primeiro, pela atuação do Tribunal de Contas da União, que tem apontado as irregularidades e fixado sucessivas orientações sobre o assunto. Depois, pela promulgação da Lei nº 8.958, de 20-12-94, alterada pela Medida Provisória nº 495, de 19-7-10 (Lei nº 12.349/10), pela Lei nº 12.863, de 24-9-13, e pela Lei nº 13.243, de 11-1-16, sendo regulamentada pelo Decreto nº 7.423, de 31-12-10.

As primeiras decisões do Tribunal de Contas da União apontando graves irregularidades no vínculo entre as fundações de apoio e as IFES foram proferidas em

---

<sup>6</sup> Essa lei dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo; no art. 2º, V, define a Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) como “órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos” (redação dada pela Lei nº 13.243/16).

1992 (*DOU* de 25-11-92, Seção I, p. 16.302 a 16.305). Provavelmente foi o conteúdo de tais decisões que inspirou as normas da Lei nº 8.958/94.

No entanto, mesmo após a promulgação dessa lei, o Tribunal de Contas continuou a apontar irregularidades, como se verifica pela decisão nº 655/02.<sup>7</sup>

Posteriormente, o mesmo Tribunal editou a Súmula nº 250/07, que não diz respeito apenas às fundações de apoio, mas que a elas se aplica também: “A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.”

Pelo Acórdão nº 2.731/08 (Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 1º-12-08), o Tribunal de Contas da União fixou o entendimento de que a expressão *recursos públicos*, a que se refere o artigo 3º da Lei nº 8.958/94 “abrange não apenas os recursos financeiros aplicados nos projetos executados com fundamento na citada lei mas também toda e qualquer receita auferida com a utilização de recursos humanos e materiais das Instituições Federais de Ensino Superior, tais como: laboratórios, salas de aula; materiais de apoio e de escritório; nome e imagem da instituição; redes de tecnologia de informação de ensino utilizados em parcerias com fundações de apoio, sendo obrigatório o recolhimento de tais receitas à conta única do Tesouro Nacional”. Além disso, deu o prazo de 180 dias para que o Ministério da Educação instituisse ato normativo regulamentando o relacionamento das IFES com suas fundações de apoio, referentes a procedimentos de contratação de projetos, registros das propostas, elaboração de planos de trabalho, prestação de contas, publicidade, restrições quanto à subcontratação nos contratos e convênios, restrições quanto à terceirização, à transferência de recursos destinados à execução de obras ou serviços de engenharia (que não se enquadram no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93);

---

<sup>7</sup> O Tribunal de Contas da União, na decisão nº 655/02, do Plenário, fixou o entendimento de que a contratação de fundação de apoio, diretamente, sem licitação, com fundamento no art. 1º da Lei nº 8.958/94, exige a observância dos seguintes requisitos: “a1) a instituição contratada tenha sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico; a2) o objeto do contrato esteja diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional; b) a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das Instituições Federais de Ensino Superior, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades; c) o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico; d) os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada; e) a remuneração e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial”.

exigência de observância do Decreto nº 6.170/07 (que dispõe sobre a transferência de recursos públicos para entidades privadas mediante convênio), dentre outras recomendações.

Algumas das medidas preconizadas pelo Tribunal de Contas nesse acórdão foram incorporadas à Lei nº 8.958/94 pela Lei nº 12.349/10. Essa lei estabelece normas que disciplinam as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Ela estabelece exigências de controle, de prévio credenciamento junto aos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia, de licitação (nas hipóteses que especifica), de prestação de contas, além de requisitos para a utilização, pela fundação, de servidores públicos e de bens públicos, neste último caso mediante remuneração.

Em resumo, o que a lei estabelece é o seguinte:

- a) prevê a contratação de fundações de apoio, pelas IFES e ICTs, com dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, para dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos (art. 1º); para esse fim, a lei define o que considera desenvolvimento institucional<sup>8</sup> e veda o enquadramento, como tal, de determinadas atividades, como manutenção predial ou de infraestrutura, conservação, limpeza, vigilância e outras não abrangidas pelo Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição;
- b) também a FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), as Agências Financeiras Oficiais de Fomento e empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas poderão firmar convênios e contratos com as fundações de apoio, com dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, por prazo determinado, com a finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos de ensino, pesquisa e extensão referidos no artigo 1º (art. 1º-A, com a redação dada pela Lei nº 12.863/13);
- c) as organizações sociais e entidades privadas poderão realizar convênios e contratos, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com

---

<sup>8</sup> Pelo art. 1º, § 1º, da lei, repetido no art. 2º do Decreto nº 7.423/10, “entende-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e das ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos”.

a finalidade de dar apoio às IFES e às demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no *caput* do artigo 1º, com a anuência expressa das instituições apoiadas (art. 1º-B, incluído pela Lei nº 12.863/13); tais convênios foram regulamentados pelo Decreto nº 8.240, de 21-5-14;

- d) as fundações de apoio devem ser constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil e por estatutos que prevejam a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como a sujeição à fiscalização pelo Ministério Público, à legislação trabalhista e ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente (art. 2º);
- e) na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos pela Lei nº 8.958/94, que envolvam recursos provenientes do poder público, “as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo” (art. 3º, com a redação dada pela Lei nº 13.243/16);
- f) as IFES e ICTs podem autorizar a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações, referidas no artigo 1º, sem a criação de vínculo de emprego, sendo vedado aos servidores públicos federais a referida participação durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente; também é vedada essa contratação para atender a necessidades de caráter permanente das IFES e ICTs (art. 4º);
- g) há a exigência de divulgação, pela Internet, dos instrumentos contratuais referidos na lei, dos relatórios semestrais de execução dos contratos, da relação dos pagamentos efetuados a servidores ou agentes públicos com base nos contratos de que trata a lei (art. 4º-A);
- h) é prevista a possibilidade de concessão de bolsas de ensino, pesquisa e extensão e de estímulo à inovação, pelas fundações de apoio aos alunos de graduação e pós-graduação e aos servidores vinculados a projetos institucionais das IFES e ICTs (art. 4º-B);
- i) é expressamente vedado às IFES e ICTs o pagamento de débitos contraídos pelas fundações de apoio e a assunção de responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado (art. 5º);
- j) é possível que as fundações de apoio utilizem bens e serviços das IFES e ICTs, pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto referido no artigo 1º (art. 6º alterado pela Lei nº 12.863/13).

A lei contém disposições altamente moralizadoras, porém aplicáveis à esfera federal apenas. Tenho realçado, em edições anteriores deste livro, que seria de todo conveniente que Estados, Distrito Federal e Municípios regulamentassem os vínculos com as fundações de apoio, na esteira do que foi feito na esfera federal. Essa disciplina legal da matéria seria necessária para melhor proteger o patrimônio público que elas administram.<sup>9</sup>

Essa lacuna da legislação federal foi agora sanada pela Lei nº 13.019, de 31-8-14, que, ressalvadas apenas as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, abrange todas as entidades privadas, sem fins lucrativos, que firmam parceria com o poder público de todos os entes federativos para desempenho, em regime de mútua colaboração, de atividade de interesse público. Não há dúvida de que não só as fundações de apoio instituídas na esfera federal, como também as instituídas nos níveis estadual e municipal foram abrangidas por suas normas, já que a lei tem âmbito nacional, conforme consta expressamente do seu artigo 1º. Sobre o alcance da lei, v. item 11.8 deste capítulo.

A Lei nº 13.019/14 teve evidente intuito moralizador. Ela terá aplicação às fundações e outros tipos de entidades de apoio que tenham vínculo com o poder público. É o caso das normas sobre requisitos para a constituição de vínculo jurídico com o poder público, sobre vedações, sobre despesas, sobre liberação de recursos públicos, sobre movimentação e aplicação financeira desses recursos, sobre controle, prestação de contas, responsabilidade e sanções.

A Lei nº 13.243, de 11-1-16, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação (entre outras providências), define a fundação de apoio como a “fundação criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e projetos de estímulo à inovação de interesse das ICTs, registrada e credenciada no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e das demais legislações pertinentes nas esferas estadual, distrital e municipal”. O conceito de fundação de apoio é dado, no caso, com vistas às entidades dessa natureza alcançadas pelas normas da Lei nº 13.243/16, o que não impede que existam fundações de apoio com outras finalidades.

A Lei nº 13.243/16 contém normas que favorecem a atuação das fundações de apoio. Ela faz alterações na Lei nº 8.958/94, introduzindo os §§ 6º, 7º e 8º no artigo 1º. O primeiro determina que “os parques e polos tecnológicos, as incubadoras de

---

<sup>9</sup> No anteprojeto de lei referido na nota nº 1 deste capítulo, entendeu-se necessário disciplinar tanto as entidades paraestatais como as entidades de colaboração por normas de âmbito nacional, diante da consideração de que todas elas são pessoas jurídicas regidas pelo Código Civil e, portanto, de competência legislativa da União. Além disso, as normas gerais sobre contratos de qualquer natureza, celebrados pela Administração Pública de todos os níveis, inserem-se na competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal).

empresas, as associações e as empresas criados com a participação de ICT pública poderão utilizar fundações de apoio a ela vinculada ou com a qual tenham acordo”.

O § 7º estabelece que “os recursos e direitos provenientes dos projetos de que trata o caput e das atividades e dos projetos de que tratam os artigos 3º a 9º, 11 e 13 da Lei nº 10.973, de 2-12-04, poderão ser repassados pelos contratantes diretamente para as fundações de apoio”. Vale dizer que a lei está autorizando que recursos públicos sejam repassados a entidades privadas e que, portanto, sejam por elas administrados.

Por sua vez, o § 8º determina que “o Núcleo de Inovação Tecnológica constituído no âmbito de ICT poderá assumir a forma de fundação de apoio de que trata esta Lei”. Esse Núcleo é definido pelo artigo 2º, VII (com a redação dada pela Lei nº 13.243/16) como a “estrutura instituída por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta lei”. Com tais normas, haverá entes públicos com o poder de instituir Núcleos sob a forma de fundação de direito privado. A norma é de constitucionalidade bastante duvidosa, diante do disposto no artigo 37, XX, da Constituição, que exige autorização legislativa, em cada caso, para a participação de entidades da administração indireta em empresa privada. É bem possível que um Núcleo, com tais características, passe a ser considerado como ente da administração pública indireta e, em consequência, sujeito ao respectivo regime jurídico.

## 11.6 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As chamadas **Organizações Sociais** constituem novo tipo de entidade disciplinada, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98. Embora usualmente incluídas entre as entidades do terceiro setor, apresentam algumas peculiaridades que as diferenciam das demais. Talvez, por isso mesmo, tenham sido excluídas do âmbito de aplicação da Lei nº 13.019, de 31-8-14, como se verá no item 11.8.

**Organização Social** é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada pela iniciativa privada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público.

Esse tipo de entidade foi mencionado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21-9-95. Alguns Estados, antecipando-se ao Governo Federal, acabaram legislando sobre a matéria por meio de leis estaduais, segundo o modelo proposto no Plano Diretor.

No Plano Diretor constava a afirmativa de que “o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a **descentralização** de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal” (grifamos). Embora o Plano Diretor fizesse referência ao projeto das organizações sociais como instrumento de **descentralização**, dando ideia de que o Estado iria transferir atividades suas para o particular, consta do texto da lei que o contrato de gestão com tais entidades constitui instrumento de **fomento** e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada. No entanto, contraditoriamente, o artigo 20 prevê a criação, mediante decreto do Poder Executivo, do Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a “**absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União**” por organizações sociais. Com essa norma, fica clara a intenção do Governo de transferir (descentralizar) para entidades qualificadas como organizações sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração indireta.

Exatamente por isso, é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja Direta ou Indireta.

O modelo das organizações sociais foi inspirado nas *quase autonomous governmental organizations* – *quangos* do direito inglês e também utilizado por diversos outros países, como a Austrália e a Nova Zelândia. Talvez essa inspiração no direito inglês (que se insere no sistema do *common law*) justifique a dificuldade de enquadramento das organizações sociais nas categorias de pessoas jurídicas existentes no âmbito do direito administrativo brasileiro (que se insere no sistema de base romanística). É que não existe na Inglaterra uma Constituição escrita que contenha as balizas do regime jurídico da Administração Pública, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro.

No âmbito federal, podem ser apontadas as seguintes notas características da organização social:

- a) tem a natureza de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (art. 1º da Lei nº 9.637/98);
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é declarada, pelo artigo 11 da Lei nº 9.637/98, como “entidade de interesse social e utilidade pública”;

- c) ela pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de **contrato de gestão**, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela se exerce é de *resultado*, sendo feito mediante análise por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora, de relatório apresentado periodicamente pela entidade, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º);
- g) o órgão ou entidade supervisora deve dar ciência, ao Tribunal de Contas da União, da ocorrência de irregularidade na utilização de recursos públicos, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9º);
- h) em caso de malversação de bens ou recursos públicos, os responsáveis pela fiscalização devem representar ao Ministério Público, à Advocacia da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira em juízo a indisponibilidade de bens da entidade e o sequestro de bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10);
- i) o fomento pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação (art. 12); cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem (art. 14); dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93);
- j) a entidade poderá ser desqualificada como organização social, pela perda do título, quando descumprir as normas do contrato de gestão.

Quanto ao **contrato de gestão**, trata-se do instrumento pelo qual se estabelece o vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. É definido pelo artigo 5º da Lei nº 9.637/98 como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria

entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e a forma pela qual o Poder Público fomenta a entidade, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos. O contrato deve definir ainda o programa de trabalho, os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, com indicadores de qualidade e produtividade, os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza, dos dirigentes e empregados das organizações sociais.

O contrato de gestão, de certa forma, restringe a autonomia da organização social, porque, embora seja entidade privada, terá que se sujeitar às exigências nele contidas.

Quanto ao objeto do contrato de gestão, pode-se afirmar que é a delegação da gestão de serviço público, além do fomento prestado pelas diversas formas já mencionadas. Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. No entanto, na realidade, o real objetivo é o de **privatizar a forma de gestão de serviço público** delegado pelo Estado, conforme exposto no item 11.3.

A própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de **serviço público** pela organização social; quando a entidade absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no artigo 198 da Constituição Federal e no artigo 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.

Na realidade, não existe na lei qualquer norma que vede o exercício de atividade privada pela organização social. No entanto, ficou expresso no artigo 20 da Lei nº 9.637/98 que o Plano de Publicização tem por objetivo “estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a **absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União**”. Vale dizer que as organizações sociais vão **absorver** atividades antes desempenhadas por órgãos ou entidades estatais; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social. Por isso, parece claro que as organizações sociais absorvem essas atividades, mantendo a sua natureza de serviços públicos. Por isso mesmo, o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa, prevista, como uma das formas de parceria público-privada, pela Lei nº 11.079, de 30-12-04: haverá delegação de atividade estatal, remunerada inteiramente pelo Poder Público. Distinguem as duas modalidades de contrato porque na concessão administrativa a delegatária é uma empresa privada que tem objetivo de lucro e, no contrato de gestão, a delegatária é uma entidade sem fins lucrativos. Entretanto, ambas prestam serviço público delegado pelo poder público e são por ele remuneradas.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fala em *publicização* e a própria Lei nº 9.637/98, logo na ementa, fala em *Programa Nacional de Publicização*, para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social. No entanto, apesar da terminologia utilizada, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de **privatização** de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada. Esse é o modelo adotado na esfera federal, não precisando necessariamente ser instituído, nos mesmos moldes, nos âmbitos estadual e municipal.

Mesmo que se considere que a atividade absorvida pela organização social deixa de ser serviço público e passa a ser prestada como atividade privada (o que se diz só para argumentar), uma vez feita a absorção, resultam as seguintes consequências: o órgão ou entidade estatal será extinto (sem que se diga na lei qual a solução para a hipótese de rescisão do contrato de gestão, de modo a garantir prestação sem solução de continuidade); e suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidas à organização social.<sup>10</sup>

Ainda quanto ao objeto, é importante ressaltar que não há possibilidade de contrato de gestão que tenha por objeto o fornecimento de mão de obra para a Administração Pública. Haveria, no caso, descumprimento das normas da Lei nº 9.637/98 e total desvirtuamento do contrato de gestão. Além disso, haveria burla à exigência de concurso público contida no artigo 37, II, da Constituição. Nesse sentido é a decisão do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 3239/13 (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), proferido em 27-11-13.<sup>11</sup> Também não é possível transferir à organização social a atividade de regulação, por ser exclusiva de Estado.

O **regime jurídico** da entidade qualificada como organização social é de direito privado, não sendo razoável imprimir-lhe tratamento igual ao da Administração Pública, sob pena de perder qualquer justificativa a utilização do modelo. No entanto, o regime privado é parcialmente derogado pelo direito público, não só em decorrência do vínculo que se estabelece com o poder público, como também pelo fato de envolver prestação de serviço público e administração de recursos públicos. Por isso, a entidade submete-se aos princípios do caput do artigo 37 da Constituição. Prestando serviço público, ela está sujeita à observância dos princípios que regem

<sup>10</sup> No livro *Parcerias na administração pública*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 279-280, destacamos o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão.

<sup>11</sup> Esse acórdão baseou-se em excelente relatório apresentado em auditoria operacional realizada no processo TC 018.739/12-1, no qual são analisados contratos de gestão firmados no âmbito da saúde, em nível estadual e municipal.

esse tipo de atividade, como os da continuidade, da isonomia no atendimento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico. Administrando recursos públicos, está sujeita ao controle pelo Tribunal de Contas no que diz respeito à sua aplicação. Pelo mesmo fato de receberem e administrarem recursos públicos, seus dirigentes são considerados agentes públicos para fins de improbidade administrativa; o artigo 1º da Lei nº 8.429, de 2.6.92, considera ato de improbidade, entre outros, os praticados por qualquer agente público contra entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. Se for menos de 50%, a sanção patrimonial limitar-se-á à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (parágrafo único do art. 1º).

No que diz respeito à **licitação**, há diferentes aspectos que têm sido objeto de controvérsia:

- a) licitação pelo poder público para escolha da entidade a ser qualificada como organização social: a Lei nº 9.637/98 não a prevê;
- b) licitação pela organização social para celebração de contratos com terceiros, utilizando recursos públicos: a Lei nº 9.637/98 também não a prevê, mas o artigo 17 exige que a organização social publique, no prazo máximo de 90 dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público;
- c) licitação para permissão de uso de bens públicos: o artigo 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98 prevê a dispensa de licitação, mediante cláusula expressa no contrato de gestão, não se justificando qualquer controvérsia a respeito.

Temos entendido que a organização social, para enquadrar-se adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público, os quais existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo: (a) exigência de licitação para a escolha da entidade, atendendo ao princípio da isonomia e ao objetivo de escolha da entidade que apresentasse melhores condições de desempenhar o contrato a contento; (b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente – isto para evitar que entidade, sem qualquer experiência anterior e sem a necessária qualificação técnica e financeira, se constitua com o fim específico de pleitear a qualificação de organização social; (c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar patrimônio público, requisitos exigidos para qualquer contrato administrativo e que não poderiam deixar de ser impostos quando a entidade vai assumir a gestão de serviço público e de recursos públicos; (d) submissão aos princípios da licitação quando celebre contratos com terceiros com a utilização de recursos públicos; (e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do

Estado para pagar seus empregados; (f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral – no caso das organizações sociais, essa garantia torna-se mais necessária pelo fato de ela administrar patrimônio público.

A sistemática adotada na Lei nº 9.637/98 destoa das exigências que a legislação faz para a celebração de contratos administrativos, quanto à habilitação dos licitantes interessados em contratar com o poder público. Não se pode conceber que exigências semelhantes deixem de ser feitas para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, quando se sabe que elas administram vultosos recursos públicos. E também é curioso que a Lei nº 13.019/14, que veio prever todo um procedimento para seleção da entidade do terceiro setor que vai celebrar parceria com o poder público, impondo uma série de medidas moralizadoras, tenha excluído de seu âmbito de aplicação os contratos de gestão com as organizações sociais. Para obviar a dilapidação do patrimônio público, é necessário que o controle sobre tais entidades seja exercido com eficiência.

No entanto, qualquer controvérsia sobre a constitucionalidade da lei ficou dissipada com o julgamento, pelo STF, da ADIn nº 1923/DF, ocorrido em 15-4-15 (acórdão a ser redigido pelo Min. Luiz Fux). A ADIn foi julgada parcialmente procedente, apenas para conferir à Lei 9.637/98 e ao artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 interpretação conforme à Constituição. Em resumo, decidiu o STF, em relação (i) à escolha da entidade a ser qualificada, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à dispensa de licitação (para contratação de organização social) e para permissão de uso de bem público, (iv) à seleção de pessoal, que sejam conduzidas “de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal. Decidiu também que os contratos firmados pela organização social com terceiros, com o uso de recursos públicos, e a seleção de pessoal feita com recursos públicos observem os princípios do artigo 37 da Constituição, bem como os termos de regulamento próprio a ser editado pela entidade. Também deixou clara a licitude do controle pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério Público com relação à aplicação de verbas públicas.

Por outras palavras, conforme entendimento do STF, não é necessária licitação para escolha da entidade a ser qualificada como organização social, bastando que (i) sejam observados os princípios do artigo 37, caput, da Constituição; (ii) a seleção seja feita de forma pública, objetiva e impessoal; e (iii) seja feita de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o artigo 20 da Lei nº 9.637/98 (ênfase no atendimento do cidadão-cliente, nos resultados, qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados e controle social das ações de forma transparente). Essas diretrizes devem ser fixadas em decreto do Poder Executivo, ao ser criado o Programa Nacional de Publicização, para garantir a absorção, por organizações sociais, de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

A decisão do STF não impede que leis estaduais e municipais prevejam e definam algum tipo de procedimento para escolha da entidade, o que é recomendável em nome da publicidade, da moralidade e da impessoalidade, previstas no artigo 37 da Constituição.

Quer-me parecer que a decisão do STF não implica revogação dos decretos federais pelos quais a União, autolimitando a sua discricionariedade, estabelece algumas exigências pertinentes à licitação. Quanto à licitação prévia às **contratações com terceiros**, a serem feitas pelas organizações sociais, o Decreto nº 5.504, de 5-8-05, exigiu que tais entidades, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizassem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impôs a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

Contudo, o Decreto nº 6.170, de 25-7-07, que estabelece normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, faz exigência diversa da prevista no Decreto nº 5.504/05. O artigo 11 determina que “a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”. Em consequência, embora a licitação, prevista no Decreto nº 5.504/05, possa ser realizada (e é conveniente que o seja), ela deixou de ser obrigatória para a aquisição de bens e serviços, bastando, nessas hipóteses, a cotação prévia de preços no mercado e a observância dos princípios referidos no artigo 11 do novo Decreto.

O Decreto nº 7.568, de 16-9-11, ampliou as restrições e o controle sobre as entidades que recebem recursos repassados pela União, prevendo, inclusive, o chamamento público para a celebração de convênios ou contratos de repasse. Outras exigências foram incluídas pelos Decretos nºs 8.180, de 30-12-13, e 8.244, de 23-5-14.

Tais entidades sujeitam-se também à norma do artigo 109 da Lei nº 12.465/11 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União), repetido em termos análogos nas leis de diretrizes orçamentárias posteriores, quando receberem recursos provenientes do orçamento da União.

A Lei nº 9.648, de 27-5-98, que alterou a Lei nº 8.666, de 21-6-93 (Lei de Licitações e Contratos), privilegiou as organizações sociais ao prever, entre as hipóteses de dispensa de licitação, a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (art. 24, XXIV). Esse dispositivo tem recebido interpretação errônea para admitir que a dispensa de licitação se refere à escolha da entidade com a qual o poder público vai celebrar o contrato de gestão. Não há justificativa para esse entendimento tendo em vista que o dispositivo, pela sua redação, fala em contratos de prestação de serviços com “as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo” e em “atividades contempladas no contrato de gestão”; tais expressões pressupõem que a entidade já tenha sido qualificada e que já tenha celebrado o contrato de gestão. Na realidade, o dispositivo trata da dispensa de licitação para a celebração de contrato de prestação de serviços entre o Poder Público e a entidade já qualificada como organização social. A hipótese é semelhante à prevista no artigo 24, VIII, em que a dispensa é permitida para a contratação, por pessoa jurídica de direito público, de bens pro-

duzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública: se a entidade existe por iniciativa do próprio Poder Público, não teria sentido que precisasse participar de procedimento licitatório para ser contratada. É o mesmo que ocorre com as organizações sociais: se elas são qualificadas pelo poder público e com ele celebram contrato de gestão, não precisam participar de licitação para celebrar contrato que tenha por objeto o tipo de atividade inserido no próprio contrato de gestão.

Quanto à seleção de pessoal pela organização social, não se justifica a realização de concurso público, já que se trata de pessoa jurídica de direito privado. No entanto, tratando-se de contratação feita com recursos públicos, entendeu o STF, na aludida decisão proferida na ADin nº 1923/DF, que devem ser observados os princípios do caput do artigo 37 da Constituição, devendo a seleção ser feita de forma pública, objetiva e impessoal, nos termos de regulamento próprio a ser baixado pela própria entidade. Em resumo, deve ser realizado um procedimento em que se prevejam critérios objetivos, previamente divulgados, para seleção de empregados.

Quanto à **responsabilidade da organização social por danos causados a terceiros**, submete-se à norma do artigo 37, § 6º, da Constituição, quando o dano for causado na prestação de serviço público. Ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e subjetiva do agente causador do dano. É a conclusão possível, tendo em vista que o dispositivo constitucional alcança as pessoas jurídicas de direito público e as de **direito privado prestadoras de serviço público**. Essa responsabilidade da organização social não afasta a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que firmou o contrato de gestão, à semelhança do que ocorre na concessão de serviço público.

No que diz respeito aos bens utilizados pela organização social, eles podem ser de diferente natureza: podem ser **bens** públicos cedidos pelo poder público, por meio de permissão de uso; e podem ser bens do domínio privado da entidade qualificada como organização social. Os primeiros submetem-se, evidentemente, ao regime jurídico dos bens públicos, sendo inalienáveis, impenhoráveis, insuscetíveis de ser adquiridos por usucapião e de imposição de ônus reais. Os segundos, embora sendo bens particulares (nos termos do art. 98 do Código Civil), sofrerão as mesmas restrições que os bens públicos, na medida em que estejam afetados à prestação de serviços públicos.

Quanto aos Estados e Municípios, eles dispõem de competência própria para legislar a respeito das organizações sociais, não sendo obrigados a adotar o modelo federal. O artigo 15 da Lei nº 9.637/98 estende os efeitos dos artigos 11 (declaração como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais) e 12, § 3º (permissão de uso de bens públicos, com dispensa de licitação), “quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal”.

Também é importante realçar que as organizações sociais que recebam recursos da União, como ocorre na área da saúde, com os recursos do SUS, submetem-se ao controle pelo Tribunal de Contas da União, já que se trata de utilização de recursos

do orçamento da União. Nesse sentido foi a referida decisão do TCU (acórdão nº 3239/13).

No Estado de São Paulo, as organizações sociais, que só podem atuar nas áreas da cultura e saúde, estão disciplinadas pela Lei Complementar nº 846, de 4-6-98, de forma mais adequada do que na lei federal: elas não podem absorver atividades exercidas por entes públicos; não podem utilizar bens do patrimônio público que já estejam sendo utilizados por entidades públicas; não contam com representantes do Poder Público em seus órgãos de administração; existe um procedimento para escolha da entidade. Não há dúvida de que elas administram serviço público por delegação do Estado.

## 11.7 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) foi disciplinada, originariamente, pela Lei nº 9.790, de 23-3-99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30-6-99.

Embora essa lei continue em vigor, as entidades assim qualificadas também se submetem, no que couber, às normas da Lei nº 13.019, de 31-7-14, desde que não cumpridos os requisitos da Lei nº 9.790/99.

Tal como ocorre com a denominação *Organização Social*, analisada no item anterior, a denominação *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público* constitui uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de **termo de parceria**. Embora conhecida como a lei do terceiro setor, é evidente que a Lei nº 9.790/99 não trata de todas as entidades do terceiro setor, conforme resulta do exposto no item 11.2.

Existe alguma semelhança com as organizações sociais, na medida em que ambas são entidades privadas, sem fins lucrativos, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebem uma qualificação pelo Poder Público: Organização Social – OS, em um caso, e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, em outro. A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de **serviço público**, enquanto a Oscip exerce **atividade de natureza privada**, com a ajuda do Estado. No caso da Oscip, o objetivo é semelhante ao que já inspirou anteriormente a outorga do título de **utilidade pública**. Uma vez qualificada pelo Poder Público, a entidade passa a receber algum tipo de auxílio por parte do Estado, dentro da atividade de fomento. Só que a Oscip está mais bem estruturada, já que a lei impõe requisitos mais rígidos para a obtenção da qualificação.

Outra diferença: a qualificação de Organização Social somente é dada à entidade que vai celebrar contrato de gestão com o poder público, enquanto a qualificação

de Oscip é outorgada a qualquer entidade que preencha os requisitos previstos na Lei nº 9.790/14, independentemente de vir ou não a firmar termo de parceria com o poder público.

Além disso, na Organização Social, o instrumento adequado para firmar a parceria com o poder público é o **contrato de gestão**, enquanto na Oscip o instrumento previsto na lei é o **termo de parceria**.

O legislador teve a preocupação em definir, para os fins da lei, a entidade sem fins lucrativos, assim considerada aquela que “não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais 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” (art. 1º, § 1º).

O artigo 2º expressamente exclui da abrangência da lei, tenham ou não fins lucrativos, as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o artigo 192 da Constituição Federal.

Podem ser apontadas as seguintes **características** na organização da sociedade civil de interesse público, tal como está disciplinada pela Lei nº 9.790/99:

- a) é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (art. 1º, *caput* e § 1º);
- b) sua criação é de iniciativa privada, devendo habilitar-se perante o Ministério da Justiça para obter a qualificação de Oscip (art. 5º);
- c) deve atuar em pelo menos uma das seguintes áreas: assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos

direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo (art. 3º);

- d) seu vínculo com a Administração Pública é estabelecido por meio de **termo de parceria**, definido pelo artigo 9º da Lei nº 9.790/99 como “o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Oscips, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º desta Lei”; o termo de parceria deve especificar, como cláusulas essenciais: o **objeto**, com especificação do programa de trabalho; as **metas** e os **resultados** a serem atingidos e os respectivos **prazos** de execução ou cronograma; os critérios objetivos de **avaliação de desempenho**, mediante indicadores de resultado; **previsão de receitas e despesas**, inclusive com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; obrigatoriedade de apresentação de **relatório anual**, com comparação entre as metas e os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas; publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (art. 10, § 2º);
- e) a execução do termo de parceria será supervisionada pelo órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (art. 11);
- f) o objetivo do termo de parceria é regular o fomento pelo Poder Público ou a cooperação entre Poder Público e entidade privada, não sendo especificadas na lei as modalidades de fomento ou cooperação; há apenas algumas referências a bens ou recursos de origem pública;
- g) a entidade poderá perder a qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo, no qual será assegurada a ampla defesa e o contraditório (art. 7º);
- h) em caso de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 13); também são previstos a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas

pelo demandado no país e no exterior (art. 13, § 2º). Note-se que a Lei nº 13.019/14 alterou a Lei nº 8.429, de 2-6-92 (lei de improbidade administrativa) para incluir novas modalidades de atos de improbidade nos artigos 10 e 11, que tratam, respectivamente, dos atos que causam prejuízo ao erário e dos atos que atentam contra os princípios da Administração; em todos os novos atos de improbidade, as infrações previstas relacionam-se com a celebração e execução de parcerias com entidades privadas.

Embora haja muitos pontos comuns entre essas entidades e as organizações sociais, é evidente que o objetivo visado pelo Governo é bem diverso nos dois casos; nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, dentre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão o “balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício” e a “declaração de isenção do imposto de renda” (art. 5º, III e IV, da Lei nº 9.790/99).

No caso das Oscips, a atuação da Administração Pública enquadra-se na função de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas. Têm que ser atividades que se enquadrem entre os objetivos definidos no artigo 3º da Lei nº 9.790/99 e incluídas entre os objetivos institucionais da entidade.

Com relação aos Estados e Municípios, não tem aplicação obrigatória a Lei nº 9.790. Da mesma forma que os títulos de utilidade pública e organização social, para serem outorgados, dependem de lei de cada ente da federação, também a qualificação de Oscip está sujeita à mesma exigência. União, Estados e Municípios exercem o fomento em suas respectivas áreas de atuação. Cada qual tem competência própria para estabelecer os requisitos para essa finalidade, que não têm que ser iguais aos da lei federal. Isto, contudo, não impede Estados e Municípios de firmarem ajustes com as Oscips qualificadas pela União.

Só que tais ajustes devem assumir a forma de termos de colaboração ou de fomento, na forma da Lei nº 13.019/14, não havendo mais fundamento para a celebração de convênios com base no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21-5-93, em decorrência da norma do artigo 84 da Lei nº 13.019/14, que restringe os convênios

aos firmados entre entes federativos e aos decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 3º (convênio na área da saúde, com fundamento no artigo 199 da Constituição Federal).

De qualquer forma, trata-se de acordos de vontades, em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, *know-how*; a verba que o Poder Público repassa à entidade privada não tem a natureza de preço ou remuneração, razão pela qual não passa a integrar o patrimônio da entidade, para que ela a utilize a seu bel-prazer, mas, ao contrário, mantém a natureza de dinheiro público; em decorrência disso, a entidade está obrigada a prestar contas de maneira a demonstrar que os recursos foram utilizados para os fins estabelecidos no acordo, sob pena de ilegalidade.

Quanto à escolha da Oscip com a qual o Poder Público vai fazer a parceria, o Decreto nº 3.100 permite o concurso de projetos. Como esse decreto somente se aplica à esfera federal, Estados e Municípios que vierem a disciplinar a matéria por lei devem prever o procedimento a ser utilizado, de modo a garantir igualdade de oportunidades a todos os possíveis interessados.

Quanto à **licitação**, para que a Oscip celebre contratos com terceiros, o Decreto nº 5.504, de 5-8-05 (somente aplicável à esfera federal), exige que as entidades qualificadas como Oscip, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Contudo, o Decreto nº 6.170, de 4-4-07 (com alterações posteriores), de forma implícita, alterou parcialmente o Decreto anterior, pois passou a exigir, para a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União, apenas a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Na prática vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são **atividades privadas de interesse público**, dentre as previstas no artigo 3º da Lei nº 9.790 ou na respectiva legislação estadual e municipal. No entanto, dessa lei já decorria a ideia de que a participação do Poder Público se enquadra na atividade de **fomento**: o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria. Elas devem atuar **paralelamente ao Estado** em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública. Na hipótese de admitir-se como válida a celebração de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de mão de obra com a Oscip, essa contratação está sujeita às normas de licitação, não podendo fazer-se por meio de termos de parceria.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 11.598, de 15-12-03, estabelece normas sobre as Oscips. Ela não prevê a qualificação de Oscips pelo Governo do Estado, limitando-se a disciplinar os termos de parceria a serem firmados entre os entes da Administração Estadual e as Oscips qualificadas pelo Governo Federal. A lei deixa claro, no artigo 1º, que o termo de parceria se destina à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o **fomento** e a **execução das atividades de interesse público** discriminadas no artigo 3º da Lei nº 9.790. Estabelece os requisitos para a parceria, prevê o controle e manda aplicar, no que couber, as normas da Lei nº 9.790 e do Decreto nº 3.100.

## 11.8 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

A Lei nº 13.019, de 31-7-14, alterada pelas Leis nºs 13.102, de 26-2-15, e 13.204, de 14-12-15, veio disciplinar de forma mais rigorosa as parcerias entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor, chamadas genericamente de *Organizações da Sociedade Civil*.<sup>12</sup>

A entrada em vigor da lei, inicialmente marcada para 90 dias após a data de sua publicação, foi adiada para 360 dias após a data de sua publicação (ocorrida em 1º-8-14), conforme Medida Provisória nº 658, de 29-10-14, que se converteu na Lei nº 13.102, de 26-2-15. Pela Medida Provisória nº 684, de 21-7-15, convertida na Lei nº 13.204, de 14-12-15, a entrada em vigor da lei foi adiada mais uma vez, para 540 dias de sua publicação oficial.

Nos termos do artigo 1º, a lei “institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação” (redação dada pela Lei nº 13.204/15).

### 11.8.1 ABRANGÊNCIA DA LEI Nº 13.019/14

Conforme consta do artigo 1º, já transcrito, combinado com o artigo 2º, inciso II, a lei contém *normas gerais* e, como tais, aplicáveis às três esferas de governo (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), bem como às respectivas entidades da administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias), quando façam *parcerias voluntárias* com organizações da sociedade civil.

<sup>12</sup> O tema foi tratado, também, no livro de minha autoria, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, Capítulo 12.

A referência a *normas gerais* justifica-se por tratar-se de matéria de contratação e licitação, inserida na competência privativa da União, pelo artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Como a competência privativa, no caso, é apenas para o estabelecimento de *normas gerais*, não ficam Estados, Distrito Federal e Municípios impedidos de estabelecer normas próprias, desde que observem as normas gerais contidas na lei. A lei, quanto a esse aspecto, padece do mesmo vício da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (lei de licitações e contratos administrativos), porque não diz quais as normas gerais, dando a impressão de que todas as contidas na lei têm essa natureza. Como consequência, ficará ao sabor do intérprete definir, na aplicação da lei, quais as normas que realmente são “gerais”, de observância obrigatória para todos os entes federativos.

Quanto às entidades alcançadas pela lei, pode-se afirmar que são todas as do terceiro setor que façam parceria com o Poder Público, de qualquer dos níveis de governo, para prestação de atividades de interesse público, em regime de mútua colaboração. Abrange as entidades beneficentes, as declaradas de utilidade pública, as de fins filantrópicos, as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips), as fundações de apoio, os serviços sociais autônomos e outras semelhantes, que se incluam no conceito, bastante amplo (e ainda mais ampliado pela Lei nº 13.204/15), contido no artigo 2º, inciso I: organização da sociedade civil é:

“a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções e qualquer natureza, 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;

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

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos”.

Quando tais organizações sociais firmarem parceria com o Poder Público, estarão sujeitas às normas da Lei nº 13.019/14, com as alterações posteriores.

Note-se que não foi intuito do legislador revogar as leis anteriores que disciplinam as parcerias entre os setores público e privado, na área social. Nem mesmo as Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99 foram revogadas. Essa conclusão se confirma pela norma do artigo 41, combinado com os artigos 3º e 84. Pelo primeiro, “ressalvado o

disposto no art. 3º e no parágrafo único do art. 84, serão celebradas nos termos desta lei as parcerias entre a administração pública e as entidades referidas no inciso I do art. 2º”. O artigo 3º indica as parcerias que escapam ao regime da lei, entre elas “os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15-5-98” (inciso III), os “convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal” (inciso IV), os “termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23-3-99” (inciso VI), as “parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos (inciso X)”. Não há dúvida de que a Lei nº 13.204/15 restringiu consideravelmente o âmbito de aplicação da Lei nº 13.019/14, o que é lamentável, especialmente no que diz respeito às organizações da sociedade civil de interesse público, que são as que mais apresentam desvirtuamentos, inclusive de recursos públicos.

Com relação aos convênios, não mais se aplica a norma do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, salvo em duas hipóteses: I – quando celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II – quando decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 3º (os firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde, com fundamento no artigo 199, § 1º, da Constituição). Na realidade, a figura do convênio ficou reduzida às duas hipóteses referidas nesse dispositivo. Todos os demais ajustes têm que obedecer às normas da Lei 13.019/14, consoante decorre do artigo 84, caput e parágrafo único. A conclusão é reforçada pela norma do artigo 84-A, pelo qual, “a partir da vigência desta lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do artigo 84”. As parcerias celebradas com entidades privadas que se enquadrem no conceito de organização da sociedade civil terão que ser formalizadas por meio do termo de colaboração ou termo de fomento, firmados com observância das normas da Lei nº 13.019/14.

Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública na data de entrada em vigor da lei (que ocorrerá 360 dias após a sua publicação) serão executados até o término de seu prazo de vigência (art. 84, parágrafo único). Tais ajustes continuarão a reger-se pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da Lei nº 13.019, naquilo que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria (art. 83).

No caso de prorrogação dos ajustes firmados na vigência da lei anterior, já se aplicam as normas da Lei nº 13.019, exceto no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento, exclusivamente para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da Administração Pública (art. 83, § 1º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 658, de 29-10-14, convertida na Lei nº 13.102, de 26-2-15).

Se as parcerias foram firmadas por prazo indeterminado antes da promulgação da Lei nº 13.019 ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a data da entrada em vigor da lei, serão alternativamente:

I – substituídas pelos instrumentos previstos nos arts. 16 (termo de colaboração) ou 17 (termo de fomento), conforme o caso; II – objeto de rescisão unilateral pela administração pública (art. 83, § 2º).

### 11.8.2 DO TERMO DE COLABORAÇÃO E DO TERMO DE FOMENTO

Da mesma forma que a lei utilizou uma expressão genérica para designar os vários tipos de entidades que se enquadram no conceito genérico de *Organização da Sociedade Civil*, sem alterar a denominação das mesmas, dada por outras leis, também empregou expressões genéricas – *termo de colaboração*, *termo de fomento* e *acordo de cooperação* – para designar o instrumento de parceria disciplinado pela lei, sem alterar a denominação (ou, pelo menos, a definição) adotada em outras leis.

O artigo 2º, inciso VII, define o *termo de colaboração* como o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública, que envolvam a transferência de recursos financeiros”.

O *termo de fomento* foi definido pelo artigo 2º, inciso VIII, como o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

As duas definições são praticamente iguais nos seguintes aspectos: (a) ambos os termos são instrumentos de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil; (b) os dois instrumentos têm por finalidade a consecução de atividades de interesse público e recíproco; (c) as duas envolvem a transferência de recursos financeiros.

A diferença é apenas uma: enquanto o termo de colaboração é proposto pela Administração Pública, o termo de fomento é proposto pela organização da sociedade civil.

O novo instrumento de parceria, incluído pela Lei nº 13.204/15, define-se como o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros” (art. 2º, VIII-A). Como se vê, distingue-se dos dois outros por não envolver transferência de recursos financeiros.

Os artigos 16 e 17 da lei exigem que o termo de colaboração e o termo de fomento sejam adotados pela administração pública em caso de *transferências voluntárias de recursos* para consecução de planos de trabalho propostos, respectivamente, pela administração ou pela organização da sociedade civil, em regime de mútua colaboração, com observância do procedimento do chamamento público para a

seleção da entidade. Somente não se aplicam as exigências da lei quando se tratar das hipóteses previstas no artigo 3º.

### 11.8.3 DO CHAMAMENTO PÚBLICO

A Lei nº 13.019/14 não utilizou o vocábulo *licitação* para designar o procedimento de seleção da organização da sociedade civil. Falou em *chamamento público*, que não deixa de ser modalidade de licitação, regida por legislação própria. Até os princípios impostos ao procedimento, no artigo 2º, inciso XII, são praticamente os mesmos previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93, para a licitação.

Aliás, o legislador quis deixar claro que a Lei nº 8.666/93 não se aplica às relações regidas pela Lei nº 13.019/14, salvo nos casos expressamente previstos.

O artigo 2º, inciso XII, define o chamamento público como o “procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e dos que lhes são correlatos”.

No artigo 24, a lei determina que, “exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto”.

#### 11.8.3.1 PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

O plano de trabalho apresentado para celebração do termo de colaboração e de fomento deve atender aos requisitos exigidos pelo artigo 22.

Para as entidades privadas, o artigo 18 institui o *procedimento de Manifestação de Interesse Social*, como “instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria”.

O artigo 19 indica os requisitos que devem ser atendidos para a proposta. Uma vez preenchidos os mesmos, a Administração deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema (art. 20). O parágrafo único desse dispositivo prevê regulamento que defina os prazos e regras do procedimento de Manifestação de Interesse Social.

A realização do procedimento não obriga a Administração a fazer o chamamento público nem dispensa a convocação por meio de chamamento público (art. 21).

### 11.8.3.2 PROCEDIMENTO DO CHAMAMENTO PÚBLICO

A lei não indica as fases do procedimento do chamamento público. Mas, pela forma como está disciplinado pela lei, pode-se dizer que compreende as seguintes fases: **instrumento convocatório** (edital), **juízo** e **classificação, homologação e habilitação**.

O **edital**, que deve ser amplamente divulgado em página do sítio oficial do órgão ou entidade na Internet com antecedência mínima de 30 dias (art. 26), deve conter os elementos indicados no artigo 24, § 1º, como programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria, o tipo de parceria, o objeto da parceria, as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas, as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, valor previsto para a realização do objeto.

Note-se que o artigo 24 somente aponta as especificações que deve conter o edital. Isto, no entanto, não impede que outras sejam previstas. É até recomendável que o edital seja o mais completo possível, já que, indiscutivelmente, é apontado como a lei da licitação, até porque o artigo 2º, inciso XII, inclui a vinculação ao instrumento convocatório entre os princípios a serem observados no chamamento público. É importante, por exemplo, que o edital estabeleça as regras do procedimento, os prazos, a possibilidade ou não de prorrogação, as hipóteses de rescisão, os documentos exigíveis para verificação dos requisitos para celebração do termo de colaboração ou de fomento (previstos nos arts. 33 a 35), os recursos cabíveis durante o chamamento público, dentre outras previsões importantes para garantir a eficiência, a transparência, a moralidade do procedimento.

O § 2º do artigo 24 estabelece vedação semelhante à contida no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, com o objetivo de garantir a isonomia entre os interessados: “é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria”, porém admitindo: “I – a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida da unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria; II – o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais”. A ressalva prevista no inciso I é de constitucionalidade bastante duvidosa, porque a participação de entidades sediadas em outros municípios seria sempre possível uma vez que atendessem às exigências estabelecidas no edital.

Interpretado *a contrario sensu*, o dispositivo está dizendo que somente se aceitam as discriminações que sejam pertinentes ou relevantes para o específico objeto da parceria, o que deve ser devidamente motivado. Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade, que exige relação ou adequação entre meios e fins.

Para o **juízo** das propostas, o artigo 27 impõe como critério obrigatório “o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento”. Não significa que outros critérios não possam também ser previstos no edital, conforme consta do artigo 24, § 1º, inciso V. Apenas a lei quis tornar obrigatória a adoção do critério previsto no artigo 27.

O juízo das propostas incumbe a uma *comissão de seleção*, definida, pelo artigo 2º, inciso X, como o “órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública”. Pelo § 2º do artigo 27, será impedida de participar da comissão de seleção pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público”. Verificado o impedimento, deverá ser designado membro substituto que possua qualificação equivalente à do substituído (§ 3º do art. 27).

Concluído o juízo, a Administração Pública homologará e divulgará o resultado em página do sítio oficial previsto no artigo 26.

Encerrada essa fase, a Administração Pública procederá à verificação dos requisitos estabelecidos nos artigos 33 e 34, dentre os quais são especialmente relevantes os previstos no inciso V, que contempla as exigências de que a entidade possua: “no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas”.

O artigo 35-A permite a atuação em rede, por duas ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, desde que a organização da sociedade civil signatária do termo de fomento ou de colaboração possua: I – mais de cinco anos de inscrição no CNPJ; II – capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede.

A Lei nº 13.019 não prevê a possibilidade de **recursos** ou impugnações por qualquer interessado, à semelhança do que consta da Lei nº 8.666/93 (art. 41, §§ 1º e 2º). Mas a impugnação do ato convocatório e o recurso contra as decisões pertinentes ao juízo, desqualificação ou inabilitação, são sempre cabíveis com fundamento no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Como não existe previsão na Lei, os recursos podem ser dirigidos à autoridade imediatamente superior à que proferiu

a decisão, devendo ser observadas as normas das leis de processo administrativo, seja a federal, sejam as estaduais ou municipais, quando houver.

A lei também foi omissa quanto à exigência de que as decisões, nas diversas fases, sejam tomadas em sessão pública, o que não impede seja a mesma prevista no edital. A exigência de divulgação foi feita apenas com relação ao edital e ao julgamento. De qualquer forma, as decisões devem ser todas devidamente motivadas, sob pena de afronta ao princípio da motivação, contido no artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei de Processo Administrativo Federal), e também ao seu artigo 50, inciso III, que exige motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, nos atos “que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública”. Além disso, as decisões devem ser publicadas e de fácil acesso aos interessados, não só em obediência ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição, mas também à Lei de Acesso à Informação, que o regulamentou (Lei nº 12.527, de 18-11-11).

### 11.8.3.3 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DO CHAMAMENTO PÚBLICO

O artigo 30 da Lei nº 13.019/14, com a redação dada pela Lei nº 13.204/15, previa seis hipóteses de *dispensa* do chamamento público. No entanto, duas delas foram vetadas pela Chefe do Executivo, restando quatro:

- I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público;
- II – nos casos de guerra, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
- III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; embora a lei não o diga expressamente, trata-se de situação excepcional, que exige demonstração de que pessoas estão ameaçadas por algum fator também excepcional, ou em situação que coloque em risco a sua segurança;
- IV – no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

As hipóteses de dispensa são apenas essas, taxativamente indicadas na lei. O artigo 30 não torna obrigatória a dispensa diante da ocorrência de uma das hipóteses previstas em seus três incisos, cabendo à Administração decidir discricionariamente pela dispensa ou pela abertura do chamamento público, mediante adequada motivação.

O artigo 31 prevê a *inexigibilidade* do chamamento público “na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: I – o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; II – a parceria decorrer de transferência para a organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17-3-1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4-5-2000”.

O artigo 32 exige que a dispensa e a *inexigibilidade* sejam justificadas, com publicação do extrato da justificativa na mesma data em que for efetivado o extrato, em página do sítio oficial da Administração Pública na Internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública, a fim de garantir ampla e efetiva transparência. Sem essa publicidade, exigida pelo § 1º do artigo 32, o ato de formalização da parceria será nulo.

O § 2º do mesmo dispositivo admite a impugnação da justificativa, desde que apresentada no prazo de cinco dias a contar de sua publicação, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável em até cinco dias da data do respectivo protocolo. Essa delimitação de um prazo para a impugnação não impede a Administração de reconhecer a sua nulidade e invalidá-la de ofício. Tal possibilidade, que de longa data é reconhecida pela doutrina (em atenção ao princípio da legalidade), está hoje consagrada pelo artigo 63, § 2º, da Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784/99).

Pelo § 3º do artigo 32, havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou *inexigível* o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público. Embora o dispositivo fale em *revogação* (que supõe desfazimento por razões de oportunidade e conveniência), não há dúvida de que, se houver vício de ilegalidade na dispensa ou *inexigibilidade*, tratar-se-á de hipótese de anulação.

#### 11.8.4 DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE COLABORAÇÃO E DO TERMO DE FOMENTO

Os artigos 33 a 38 da Lei nº 13.019/14 estabelecem normas sobre os **requisitos para celebração do termo de colaboração e do termo de fomento**.

Na realidade, muitos dos requisitos, especialmente os referentes à documentação a ser apresentada pela organização da sociedade civil, deveriam ser exigidos durante o procedimento do chamamento público, na fase de habilitação, que se segue ao julgamento e seleção da proposta vencedora. No entanto, pelo artigo 28, nessa fase, que ocorre depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as pro-

postas, a administração pública examinará *apenas* os documentos que comprovem o atendimento, pela entidade selecionada, dos requisitos previstos nos artigos 33 e 34.

Com efeito, o artigo 33 indica os requisitos que devem constar do estatuto da organização civil, como condição para celebração do termo.

O artigo 34 dá uma relação de documentos que a entidade deverá apresentar, para poder firmar o termo de colaboração ou de fomento, como certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa; certidão de existência jurídica expedida pelo cartório de registro civil ou cópia do estatuto registrado e eventuais alterações ou, tratando-se de sociedade cooperativa, certidão simplificada emitida por junta comercial; cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual; relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF; comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado. As exigências são altamente meritórias, porque contribuem para afastar verdadeiras entidades fantasmas que têm celebrado termos de parceria com o Poder Público: entidades que só existem no papel. Mas essa documentação deveria ser examinada durante o procedimento do chamamento público, sob pena de a Administração selecionar, como melhor proposta, uma organização da sociedade civil que não poderá firmar o termo de colaboração ou de fomento.

Além disso, o artigo 35 indica uma série de providências a serem adotadas pela Administração Pública, também como condição para celebração do ajuste. Na Lei nº 8.666/93, essas providências são, em sua maioria, adotadas antes da abertura do procedimento de licitação, na fase interna do procedimento, exatamente por serem requisitos indispensáveis para a celebração do contrato. Não tem sentido e fere frontalmente o princípio da razoabilidade e da eficiência impor a verificação da observância dessas exigências após a realização do chamamento público. Verifica-se uma inversão na ordem lógica que deveria ser observada para a celebração do termo de colaboração ou de fomento. Pela forma como a matéria foi disciplinada, uma série de exigências – inclusive exame de documentos – deve ser cumprida depois de selecionada a proposta vencedora. Será praticamente uma nova fase de habilitação depois de concluído o chamamento público e ter sido divulgado o resultado no sítio eletrônico apropriado.

Com efeito, o artigo 35 exige, entre outras providências, a indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária e aprovação do plano de trabalho. Ambas as medidas têm que ser prévias à abertura do procedimento. Sem a existência de dotação orçamentária, não é possível cogitar de parcerias que envolvam recursos públicos. Sem o plano de trabalho não existe proposta de parceria, conforme decorre dos artigos 16 e 17. Os pareceres de órgãos jurídicos quanto à viabilidade da proposta deveriam ser previstos para a fase de julgamento, como requisitos de viabilidade da proposta.

A falha da lei pode ser corrigida pelo edital. O artigo 24, § 1º, especifica os itens que o edital deve conter, *no mínimo*. Nada impede que se exija no edital documen-

tação que comprove o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 33 e 34, bem como no artigo 35, na medida do possível.

As **cláusulas essenciais** dos termos de colaboração ou de fomento são as indicadas no artigo 42.

Dentre elas, é importante mencionar a do inciso X, referente à definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão dessa, houverem sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública; a do inciso XII, que prevê a prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar a sua descontinuidade; a do inciso XV, que prevê o livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas, repassadoras dos recursos, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto; a do inciso XVI, que prevê a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 dias; a do inciso XX, sobre a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes da restrição à sua execução.

Pelo parágrafo único do artigo 42, constitui **anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo colaboração** o plano de trabalho, que dele é parte integrante e indissociável. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.204/15, desapareceu a exigência de que a entidade apresentasse regulamento de compras e contratações, devidamente aprovado pela administração pública.

### 11.8.5 DAS VEDAÇÕES

Os artigos 39 e 40 da lei contêm dois tipos de vedações:

- a) no artigo 39, são estabelecidas vedações que correspondem a *impedimentos* da Organização da Sociedade Civil e que, rigorosamente, devem ser verificados durante o chamamento público, em nome da eficiência e da razoabilidade;
- b) no artigo 40, são estabelecidas vedações referentes ao *objeto* da parceria; o dispositivo veda as parcerias que envolvam, direta ou indiretamente, a

delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; infelizmente a Lei 13.204/15 não mais proíbe a prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelhamento administrativo do Estado; essa proibição, se realmente viesse a ser observada (a depender da eficiência do controle sobre as parcerias), impediria que organizações da sociedade civil fossem contratadas, a qualquer título, para exercer atividades prestadas ao Estado, seja por meio de contratos de empreitada, seja por meio de falsos termos de parceria, como ocorre comumente, inclusive com desrespeito às normas sobre licitação.

### 11.8.6 DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

A Lei nº 13.019/14 prevê licitação, na modalidade de chamamento público, para a seleção da organização da sociedade civil com a qual será firmado o ajuste. Mas, em decorrência de alterações feitas pela Lei nº 13.204/15, deixou de prever qualquer tipo de licitação para as contratações realizadas por essas entidades com terceiros. Deixou de exigir até mesmo a observância dos princípios da licitação, que constava da redação original do artigo 43.

### 11.8.7 MEDIDAS MORALIZADORAS

As relações jurídicas entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor têm sido campo fértil para os desvios dos objetivos que justificam a celebração de parcerias entre os setores público e privado para fomento de atividades sociais de interesse público; como também têm propiciado o desrespeito das finalidades institucionais das entidades parceiras; e, principalmente, têm provocado o desvio de vultosos recursos públicos para finalidades outras que não são de interesse público.

A Lei nº 13.019/14 adotou uma série de medidas que, se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, podem contribuir para moralizar as parcerias com entidades do terceiro setor e corrigir os abusos que atualmente se verificam. Dentre elas, pode-se mencionar como especialmente relevantes:

- a) imposição de medidas garantidoras de transparência, seja para exigir divulgação, pela Administração Pública e pela organização da sociedade civil, por meio eletrônico, da relação das parcerias celebradas e dos respectivos planos de trabalho (arts. 10 e 11), seja para divulgação, pela Internet, dos meios para apresentação de denúncia sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria (art. 12);

- b) exigência de **chamamento público** para seleção da entidade, conforme analisado no item 11.8.3.2;
- c) maiores exigências para que as chamadas organizações da sociedade civil possam celebrar parcerias com o poder público, especialmente o requisito de **três anos de existência e de experiência da entidade** (art. 33, inciso V), além de **ficha limpa** tanto para as entidades como para seus dirigentes (art. 39);
- d) previsão de **plano de trabalho** como documento anexo ao termo de colaboração ou termo de fomento (art. 42, parágrafo único), fundamental para favorecer o controle de resultado, previsto como uma das diretrizes fundamentais do regime jurídico de fomento ou de colaboração (art. 6º, II) e a verificação da licitude das despesas efetuadas com recursos vinculados à parceria, que devem estar aprovadas no plano de trabalho (art. 46);
- e) **restrições para liberação dos recursos públicos** a serem transferidos no âmbito da parceria (arts. 48 e 49) bem como para movimentação e aplicação financeira dos recursos (arts. 51 a 53);
- f) previsão de **monitoramento e avaliação**, pela Administração Pública (que poderá valer-se do apoio de terceiros), pelos órgãos de controle ou pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo, além do controle pela própria sociedade (arts. 58 a 60);
- g) previsão da figura do **gestor**, definido, pelo artigo 2º, VI, como o agente público responsável pela gestão de parceria celebrada por meio de termo de colaboração ou termo de fomento, designado por ato publicado em meio oficial de comunicação, com poderes de controle e fiscalização, e cujas atribuições estão especificadas no artigo 61;
- h) atribuição, à Administração Pública, dos **poderes de retomar os bens públicos** em poder da organização da sociedade civil e de **assumir a responsabilidade pela execução** do restante do objeto previsto no plano de trabalho, para dar continuidade à execução do objeto da parceria (art. 62);
- i) exigência de **prestação de contas** segundo as normas estabelecidas nos artigos 63 a 68, com fixação de prazo para sua apresentação e também para averiguação pela Administração Pública (arts. 69 a 72); para as organizações da sociedade civil de interesse público, foi estabelecida norma específica relativamente à prestação de contas, mediante introdução do artigo 15-B na Lei nº 9.789/99.
- j) previsão de **penalidades** pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas da Lei nº 13.019 e da legislação específica, garantida a prévia defesa; as sanções são: I – advertência;

II – suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da Administração Pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; III – declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e contratos de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes, e depois de decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II (art. 73); pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, as sanções previstas nos incisos II e III são de competência do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de aplicação da penalidade;

- k) alteração da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) para incluir novas modalidades de atos de improbidade praticados em relação às parcerias de que trata a lei (art. 77).

A título de conclusão, pode-se afirmar que a Lei nº 13.019/14 previu importantes instrumentos de controle, da maior relevância para moralização das parcerias com as entidades privadas do terceiro setor, chamadas pela lei de *organizações da sociedade civil*. O seu cumprimento vai depender, em grande parte, da atuação eficiente dos órgãos de controle.