XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

JOSE DO CARMO ALVES SIQUEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto

Carlos Eduardo do Nascimento

Jose Do Carmo Alves Siqueira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-797-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

A presente coletânea apresenta os trabalhos apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho "TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO", no âmbito do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Goiânia – GO entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, promovido em parceria entre o Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e a Universidade Federal de Goiás – UFG, com a temática "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO"

As TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO, tema do Grupo de Trabalho que ensejou esta coletânea, são, no mundo globalizado, cada vez mais expressivas. Afetando diferentes aspectos da vida social, as relações e instituições econômicas incrementam o papel do Direito como instrumento de política econômica fundamental. Mais ainda, clamam por novas abordagens interdisciplinares, com enfoque na sua análise jurídica, a fim de compreender as transformações contemporâneas, além do enquadramento do arcabouço legal à novas e relevantes questões da atualidade, em áreas como saúde, meio ambiente, transportes, educação, sistema financeiro, e muitas outras.

Nesta coletânea são encontrados textos que tratam destas questões em suas mais diferentes frentes, conceitos, novas regulações, e a atuação das instituições.

O artigo O RENASCIMENTO DA PROPRIEDADE, de Hernani Martins Junior e Alderico Kleber De Borba, discutiu o processo normativo em torno do acesso amplo e irrestrito à propriedade, apresentando a nova política e regularização fundiária da lei 13645/2017 como um avanço que possibilitou o acesso à propriedade por um rito simplificado, permitindo a universalização deste direito.

TERCEIRO SETOR: DO PROCESSO DE SELEÇÃO AO INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DE PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, artigo de Horácio Monteschio e Mauro De Paula Branco, tratou da efetividade dos instrumentos de formalização entre as parcerias entre o Poder Público e entidades privadas, além dos Contratos de Gestão e Termos de Parcerias, referentes às Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE E A GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS: REGULAÇÃO, LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM NOVO MODELO DE GESTÃO SUSTENTÁVEL, das autoras Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e Mariana Faria Filard, abordou a cultura de desperdício e uso insustentável da água concluindo que sofrerá mudanças apenas com a regulação dos recursos hídricos, conscientizando governo e sociedade da necessidade de uma gestão sustentável.

A pesquisadora Herena Neves Maués Corrêa De Melo, no artigo DESVIOS DA ÉTICA CORPORATIVA EM DECORRÊNCIA DA FRAGMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRA: ANÁLISE DOS IMPACTOS SINERGICOS NA VOLTA GRANDE DO XINGU – PARÁ -AMAZÔNIA – BRASIL, focando no caso da Mineradora Belo Sun, tratou do impacto desse negócio na Amazônia brasileira que, na ausência da consolidação de uma normativa socioambiental, tem como consequência graves violações aos direitos humanos impostas aos grupos impactados pelos grandes empreendimentos.

O artigo GLOBALIZAÇÃO, DEMOCRACIA E COMBATE À CORRUPÇÃO, de Mayra Freire De Figueiredo e Elve Miguel Cenci, apresentou a teoria da democracia organizacional como forma de combate à corrupção, incutindo uma consciência ética dentre os próprios atores para salvaguarda do sistema, prática fundamental em um mundo globalizado.

As autoras Amanda De Campos Araújo e Karina Mourão Coutinho, no artigo BLOCKCHAIN, REGISTROS PÚBLICOS E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, trataram das novas possibilidades da tecnologia blockchain e da discussão referente à substituição dos cartórios por um sistema descentralizado de dados, concluindo que esta substituição não seria compatível com o sistema adotado no Brasil, pautado no princípio da legalidade.

A NORMATIZAÇÃO DO TRÂNSITO BRASILEIRO: MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL, artigo de Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes, abordou as competências constitucionais e legais municipais, focando na necessidade de normatização através de decretos, cuja especificidade necessita análise técnica, concluindo pela democratização hibrida de órgãos regulamentares autônomos.

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO SERVIÇO PÚBLICO de Edimur Ferreira De Faria e Juliano Toledo Santos, discutiu a Lei nº 13.460 /2017 que regulamentou os direitos mínimos dos usuários de serviços públicos e enumerou as

obrigações do Poder Público ao prestá-los, concluindo que a lei afastou dúvidas quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a esta relação, tratando dos requisitos e limites para sua aplicação.

O pesquisador Guilherme Henrique Hamada, no artigo A CAPES COMO ÓRGÃO REGULADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU E DA PESQUISA CIENTÍFICA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO NORMATIVA, tratou da necessidade de reestruturação normativa da CAPES, com a justificativa que não deve ser entendida apenas como avaliador, mas encarada como um órgão regulador cuja estrutura normativa se adeque a esta característica, com instâncias claras, previamente divulgadas aos programas.

As pesquisadoras Renata Albuquerque Lima e Maria Eliane Carneiro Leão Mattos, no texto UBER E A LIVRE INICIATIVA, discutiram a necessidade de regulação econômica no setor de transporte privado, tendo por plano de fundo o caso específico da empresa UBER, trazendo as justificativas apresentadas pelos que entendem como necessária a existência de regulação no setor.

No artigo A LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA COSMIATRIA PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE, Mayrinkellison Peres Wanderley discutiu a legalidade da legitimidade dos conselhos profissionais da saúde de autorizarem os seus associados a atuarem em procedimentos estéticos, concluindo pela ilegalidade de autorizações que não decorrem diretamente da lei.

UMA ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO EM FACE DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO, artigo de Geilson Nunes e Jefferson Aparecido Dias, tratou da busca do desenvolvimento, em seus aspectos positivos, negativos e a problemática em torno de sua intrínseca relação com a atividade econômica, analisando o abuso do poder econômico e seus impactos para o desenvolvimento.

EDUCAÇÃO FINANCEIRA: CIDADANIA E O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO do pesquisador Alexandre Ogêda Ribeiro tratou das dificuldades da população brasileira diante da alta inflação, entendendo ser essencial a educação financeira, pois a população brasileira não sabe discutir os assuntos financeiros, querem apenas saber se “cabe no bolso”, concluindo ser um desafio que reflete na saúde econômica do país, sendo fundamental a intervenção do estado.

O artigo VEDAÇÃO AS CORRETORAS DE CRIPTOMOEDAS E IMPEDIMENTOS DE CONTAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS de Regis Canale Dos Santos tratou da análise da decisão das instituições financeiras de não mais desejarem a continuação do contrato de conta corrente com seus clientes corretoras de criptomoedas, o que levou ao ingresso das corretoras em juízo alegando que são consumidoras do produto financeiro. O autor se posicionou contra as recentes decisões que apoiaram as instituições bancárias, entendendo que haveria abuso por parte das instituições financeiras.

O pesquisador Fabricio Vasconcelos De Oliveira, no artigo TUTELA LEGAL PARA OS CONSUMIDORES BYSTANDERS, ART. 17 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CARLA CRISTINA SOUZA DO AMARAL, discutiu a tutela dos consumidores bystanders (consumidores observadores, atingidos através de eventos danosos relacionados às causas negociais das empresas), trazendo a tutela da vulnerabilidade dos consumidores, apresentando casos que demonstram a não utilização do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: UMA REFLEXÃO ACERCA DE SUA FUNCIONALIDADE E DE SUA ADOÇÃO NO BRASIL, artigo de Juliana Diógenes Pinheiro e Gerardo Clésio Maia Arruda, apresentou a análise de impacto regulatório como um mecanismo essencial para a eficiência das políticas públicas, e, com isso, para o desenvolvimento social e econômico do país.

É com muita satisfação que os coordenadores apresentam esta obra, agradecendo aos brilhantes pesquisadores envolvidos em sua produção pelas reflexões e engrandecedoras discussões por ela proporcionadas.

Boa leitura!

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Jose do Carmo Alves Siqueira – Universidade Federal de Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TERCEIRO SETOR: DO PROCESSO DE SELEÇÃO AO INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DE PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THIRD SECTOR: FROM THE SELECTION PROCESS TO THE INSTRUMENT FOR FORMALIZING PARTNERSHIP WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION

Horácio Monteschio [1]
Mauro de Paula Branco [2]

Resumo

O artigo busca analisar a relação existente entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, a efetividade dos instrumentos de formalização entre as parcerias entre o Poder Público e entidades privadas, bem como aos Contratos de Gestão e Termos de Parcerias, referentes às Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Haverá uma abordagem das Organizações da Sociedade Civil e os instrumentos próprios através dos quais se relacionam com a Administração Pública. Optou-se por utilizar o método dedutivo, analise da legislação vigente, bem como análise doutrinária.

Palavras-chave: Administração pública, Organizações sociais, Organizações da sociedade civil de interesse público, Organizações da sociedade civil, Instrumentos de formalização

Abstract/Resumen/Résumé

The article seeks to analyze the relationship between the Public Administration and the Third Sector, the effectiveness of the formalization instruments between the Public Authorities and private entities, as well as the Management Agreements and Terms of Partnerships, related to Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest. There will be an approach to Civil Society Organizations and their own instruments through which they relate to the Public Administration. It was decided to use the deductive method, analysis of the current legislation, as well as doctrinal analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Social organizations, Civil society organizations of public interest, Civil society organizations, Management contract

[1] Pós doutorando pela Universidade de Coimbra; Doutor em direito pela FADISP; Mestre em direito pelo UNICESUMAR

[2] Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

1. INTRODUÇÃO

O contexto social com o qual o Poder Público se depara hoje demonstra ser o ambiente propício para a busca de parcerias com a Administração Pública, que vem confirmando a sua deficiência na prestação da atividade voltada para a satisfação dos anseios da coletividade. Diante disso, o modelo de Estado vigente roga por socorro de suas funções, as quais comprovadamente se apresentam através de um aspecto pouco produtivo diante da demanda gigantesca de um país de proporções colossais.

Por conseguinte é neste cenário que surge o Terceiro Setor, em especial, para efeitos de parcerias entre o público e o privado, nas figuras das associações civis e das fundações privadas, entidades estas sem fins lucrativos, mas com o mesmo intuito de se disporem como participantes da iniciativa privada que buscam, de alguma maneira, cooperar com o crescimento da sociedade através de atividades a elas inerentes e que são capazes de colaborar na medida de suas capacidades. Entre as entidades aqui tratadas destacam-se as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações da Sociedade Civil (Marco Regulatório), sendo essas pessoas jurídicas de direito privado que nascem com a missão de multiplicar solidariedade.

2. TERCEIRO SETOR: AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Os agudos problemas de uma sociedade, quando contundem a consciência da própria, passam a ser alvo de investida daqueles que a compõe, pois fica despertada a sensação de ineficiência daquele que sempre esteve lá para ser o propagador da satisfação plena de seus anseios. Porém, o Estado falha. E injusto seria, e duplamente falho, se estes mesmos entes que dão vida ao que se chama de Primeiro Setor cerceassem o arrojo daquele que se dispõe a ocupar o lapso entre o merecido e o oferecido à coletividade.

Pensar de forma diferente não seria compatível com as próprias diretrizes presentes na Constituição Federal, a qual em seu preâmbulo prevê a participação popular nas questões atinentes ao desenvolvimento social quando dá ampla interpretação ao Estado Democrático de Direito. Nos dizeres preambulares do texto constitucional, o Estado Democrático de Direito está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, bem com a liberdade, a segurança. Na doutrina de Alexandre de Moraes, assegura-se, por igual "o bem-

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". [1]

Destarte, se a sociedade é fraterna, pluralista e sem preconceitos, então fica entendido que se está diante de uma democracia solidária e que por assim ser, prevê a necessidade da participação popular.

Dentro do contexto conceitual sobre o terceiro setor, cabe ressaltar a formulada por Marcio Pestana, segundo a qual esse se "apresenta características de natureza pública e outras de natureza privada, o que faz dele uma área de atuação por ele chamada de "híbrida", tendo como finalidade a supressão de deficiências do Estado por meio de atuação conjunta entre iniciativa privada e Administração Pública" [2], ou seja, há uma torna sinérgica entre os dois polos, entre os quais a há a justificação de aglutinação de forçar pois um necessita do outro para satisfazer os anseios da sociedade.

Surge a idéia de colaboração entre o Estado e as entidades privadas, as quais sem fins lucrativos e voltadas para as finalidades públicas, as quais, na explicação de Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, "mantém uma relação de parceria pública com o Terceiro Setor através de vínculo jurídico destinado à satisfação popular por meio de serviços públicos não exclusivos do Estado". [3]

É nesse cenário que surge o Terceiro Setor, que pode ser definido como um conjunto de pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos que se voltam para atividades voluntárias, possuindo como objetivo maior a promoção de serviços sociais concatenados ao interesse público.

Diferencia-se, portanto do Estado (Primeiro Setor) por este exercer o Poder Público que lhe cabe, assim como não se confunde com as pessoas privadas do Segundo Setor, uma vez que estas se utilizam do princípio da livre concorrência para cumprirem com aquilo a que estão dispostas, que é justamente a obtenção de lucro através de suas atividades.

Vale destacar que as entidades do Terceiro Setor gozam de autonomia administrativa, embora tenham que contar muitas vezes com transferências voluntárias realizadas pela Administração Pública, sendo este justamente o momento em que se concretizam as parcerias entre eles.

---

[1] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. Rio de Janeiro : Atlas, 2000. p. 51.
[2] PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro : Campus Jurídico, p. 105
[3] SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani. *Contratações Públicas e Seu Controle*. *São Paulo :* Malheiros, 2013. p. 43.

Com isso, conclui-se que as entidades do Terceiro Setor relacionam-se com o Poder Público na qualidade de colaboradoras, o que significa dizer que não pode haver vínculo contratual de prestação de serviços através de celebração de instrumentos próprios de parceria entre estes.

É de singular importância ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União deixa claro o seu posicionamento:

> Enunciado
> Não há amparo legal para a contratação de mão de obra mediante a celebração de termos de parceria com Oscip ou de instrumentos congêneres (convênios, termos de colaboração, termos de fomento) com entidades sem fins lucrativos.
> ...
>
> 49. Assim, ante a expressa previsão do §1º do art. 199 da Constituição Federal – que admite a celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos - e a alteração legislativa ocorrida após o término da auditoria, é possível que tais instrumentos sejam firmados entre os entes federativos e entidades sem fins lucrativos. No entanto, consoante pacífica jurisprudência desta Corte de Contas, a inexistência de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação entre os participantes, torna indevida a assinatura de convênio ou instrumento congênere unicamente para a realização de terceirização de mão de obra.
>
> 50. A utilização de convênios ou instrumentos congêneres, tais como termos de colaboração e de fomento, pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e convenente, sem que exista a previsão de lucro por uma das partes, tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento pela outra parte. Assim, serviços de terceirização de profissionais médicos mediante esses ajustes é inadequada, sendo cabível a contratação desse tipo de objeto adotar o devido procedimento licitatório. [4]

Este, portanto, é o entendimento pacificado do Tribunal de Contas da União, justificado pela necessidade de mútua cooperação entre os envolvidos em prol da realização do interesse público.

Como já foi dito por meio do Preâmbulo da Constituição, o Terceiro Setor se pauta na solidariedade, proporcionando a participação direta dos cidadãos nos assuntos pertinentes ao interesse público. Como bem explica Josenir Teixeira:

> O solidarismo – em seu viés horizontal – impõe, portanto, que não somente o Estado, obrigado constitucionalmente, mas também a sociedade, pela ação de seus entes intermédios, realize prestações sociais de relevante interesse em prol da comunidade como um todo. E tais entes intermédios nada mais são do que exatamente aqueles componentes do Terceiro Setor.[5]

[4] TCU – Acórdão nº 352/2016 – Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Data: 24/02/2016.
[5] TEIXEIRA, Josenir. *O Terceiro Setor em Perspectiva*: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144

E por se tratar de ato de cidadania, o primeiro respaldo no texto constitucional (levando-se em consideração que o preâmbulo não está no corpo constitucional propriamente dito) está no artigo 1º, II, sendo este um dos princípios fundamentais elencados pela Carta Magna, destacada por Gustavo Justino de Oliveira "ao passo que a solidariedade também surge como objetivo fundamental da República, estando previsto no inciso I, do art. 3º, já que a atuação do Terceiro Setor é capaz de contribuir de maneira efetiva para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária."[6]

Estado Democrático de Direito por si só dá ensejo à previsão da iniciativa privada no desenvolvimento social, estando disposto no caput do artigo 1º, podendo-se concluir, portanto que o caráter democrático surge como fundamento da República e abrange uma sociedade participativa.

Além disso, os direitos fundamentais previstos em toda a Constituição e que são elencados no seu artigo 5º, fortalece, da mesma forma, que a participação popular é de fundamental importância para a concretização desses, que vêm a fortalecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da República Federativa do Brasil.

Em se tratando de legislação infraconstitucional pertinente ao Terceiro Setor, cumpre antes reforçar a importância do Plano de Reforma do Estado, de 1995, trazendo a idéia de superação de uma Administração Pública Burocrática em favor da Administração Pública Gerencial. O intuito era o de transformar a economia, segundo Joaquim Falcão "em um campo sólido e estável, o que seria possibilitado pela criação de um uma nova modalidade de Administração Pública."[7] Assim, ficou evidenciado que a proposta do modelo era de dirimir os meios burocráticos e ampliar a eficiência dos resultados pretendidos.

A partir daí, o que se viu foi uma preocupação do legislador em normatizar as novas relações da Administração Pública, a começar pela edição de leis atinentes às agências reguladoras, as quais possuem natureza autárquica, portanto integrantes da Administração Pública indireta. Ainda na década de noventa, o Poder Público passou a regulamentar as atividades do Terceiro Setor, lembrando que as iniciativas da sociedade civil em prol do interesse público não figuravam, neste momento, como uma novidade. O que ocorreu foi um processo de formalização da relação entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, o que se deu principalmente com a criação de títulos a serem conferidos, de modo geral, às associações civis e às fundações privadas.

---

[6] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro Setor, publicado na RDTS*. Belo Horizonte : Fórum, 2007, p. 345.

[7] FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio e ALMEIDA, Rafael. *Administração Pública Gerencial, série Direito do Estado e da Regulação*. Rio de Janeiro : FGV, 2013. p. 79.

O Poder Público passou a qualificar determinadas entidades, atribuindo-lhes capacidade, como expressado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro "de firmar parcerias com o Estado em face de seus objetivos e de suas naturezas, condicionadas a uma série de fatores, as quais poderiam contar com o fomento estatal para os seus exercícios." [8]

As organizações não governamentais poderiam a partir de então receber dois modelos de títulos. O de Organização Social, ou de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, conhecida como OSCIP. Embora tenham sido discutidas em momentos concomitantes, o que se viu foi primeiramente a edição da Lei nº 9.637/98, que veio a disciplinar as Organizações Sociais, e em momento posterior a Lei nº 9.790/99 tratando das OSCIP's, ambas as leis de âmbito federal.

As parcerias com o Terceiro Setor, ainda que firmadas por instrumentos específicos de cooperação (tratados mais a frente), foram marcadas na primeira década do século XXI pelo caráter contratual, pois na verdade havia uma contraprestação à prestação de serviços. Neste sentido Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani Souza apontam "que apesar da nova roupagem de entidade colaboradora. E esta camuflagem, intencionalmente ou não, deu ensejo para alguns erros graves, podendo-se citar como exemplo a burla ao devido procedimento licitatório para a contratação de serviços." [9]

A aplicação inadequada dos instrumentos que vêm a firmar as parcerias com as entidades passa pelo crivo do gestor público, os quais, para Rita Tourinho vem a afirmar que "muitas vezes põe-se até mesmo conivente com a má aplicação dos recursos públicos, o que gera um problema imenso para o Estado como um todo, uma vez que a prática indevida tomou grandes proporções nessas relações." [10]

O que existe de concreto hoje no plano normativo são as leis específicas pertinentes a cada um dos títulos atribuídos às entidades pertencentes ao Terceiro Setor, por estas enquadrarem-se nas qualificadoras que as constituem como tais. Desde já, vale destacar que, embora as normas gerais de regulação da Administração Pública e a sua relação com as entidades paraestatais e entidades de colaboração não tenha ganhado corpo, outros mecanismos foram desenvolvidos para satisfazer, ao menos em partes, a necessidade de se limitar e controlar essas relações. Se antes só se tinha a Lei das Organizações Sociais e a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, com o advento da Lei nº

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Rio de Janeiro : Atlas. 1999. pág. 259.
[9] SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, op. cit. p. 51.
[10] TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no Ordenamento Jurídico Brasileiro: constatações e expectativas. in MODESTO, Paulo (Coord.). Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte : Fórum. 2004. p. 337.

13.019/14, o legislador buscou enrobustecer as parcerias entre Administração Pública e Terceiro Setor pela via legal, de modo a garantir maior controle sobre os seus vínculos, tanto em relação à escolha da entidade, quanto ao exercício desta que passou a receber fomento do Estado. Esta, por sua vez, é aplicada subsidiariamente às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) naquilo que couber.

Por conseguinte, além dos requisitos imputados a elas pela Lei nº 9.790/99, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) devem ainda possuir, por força do artigo 28, da Lei nº 13.019/14, para efeitos de celebração de termo de parceria, tempo mínimo de existência de três anos, comprovadamente ativa, experiência na realização do objeto a se executar e capacidade técnica e operacional para que se garanta o cumprimento das metas estabelecidas no instrumento vinculatório.

O novo marco regulatório, que veio a ficar estabelecido pela redação constante da Lei nº 13.019/14, segundo a qual regulamenta as atividades e características das entidades que celebram parcerias com o Poder Público, as quais optou por chamar de Organizações da Sociedade Civil, assim como cria outros instrumentos de formalização de vínculo entre as entidades assim denominadas e o Estado. Se por um lado a Organizações Sociais (OS) celebra Contrato de Gestão com o Poder Público, enquanto a Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) se vincula através de Termo de Parceria.

Há que se ressaltar o fato de que as Organizações da Sociedade Civil (OSC) qualificadas pelo marco regulatório vão formalizar os seus vínculos com a Administração Pública por meio de Termo de Colaboração, ou Termo de Fomento, dependendo de quem toma a iniciativa para a realização da parceria.

Ao interpretar o art. 4º da Lei nº 13.019/14, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público "se submetem a esta quando a sua Lei específica se silenciar, tendo revogado, ainda, os dispositivos da Lei 9.790/99 que com ela forem incompatíveis."[11]

Por outro lado, cabe ressaltar que o marco regulatório não é aplicável aos Contratos de Gestão celebrados com as Organizações Sociais, mantendo-se como se encontra a aplicação da Lei nº 9.637/98, aplicando-se no que couber tão somente a Lei nº 13.019/14 aos Termos de Parceria realizados com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's). Destarte, para Tarso Cabral Violin "o legislador falhou ao não revogar, da mesma

[11] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor. Método. 2013. p.351.

forma, disposições contrárias da Lei 13.019/13, tendo perdido a oportunidade de unificar todas as relações de parcerias, inclusive com estas últimas."[12]

Por sua vez, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro "não houve a intenção de se revogar as leis que tratam das OS's e das OSCIP's, por força do artigo 41 da nova Lei, que diz que sem prejuízo da celebração de Contratos de Gestão e de Termos de Parcerias, não haverá a criação de novas modalidades de parcerias". Segundo a norma, não há interferência na realização dos instrumentos já existentes. O que há é uma alteração na regra de seleção da OSCIP, uma vez que para tanto, as regras expostas para as OSC's aplicam-se também a aquelas.

No entanto, surge uma contradição entre a não aplicabilidade da Lei nº 13.019/14 ao Contrato de Gestão com as Organizações Sociais pela abrangência que a própria norma dá aos Termos de Fomento e de Colaboração previstos no artigo 2º, VII e VIII, quando aquele deveria ter sido abrangido.

De todo modo, o que fica evidenciado é que as entidades que compõe o chamado Terceiro Setor possuem mecanismos próprios para celebração de parcerias com o Poder Público, cada um com as suas peculiaridades definidas em leis específicas. Chama a atenção, porém, o critério utilizado pelo legislador em relação ao mecanismo de escolhas das entidades, tendo em vista que o Contrato de Gestão com as OS's não sofreu alteração neste sentido, enquanto os Termos de Parceria com as OSCIP's devem agora seguir o que dispõe a Lei das OSC's.

Antes de se adentrar, porém, no tema pertinente aos instrumentos firmados entre entidades e Poder Público, em especial em relação ao mecanismo de escolha destas, cabe destacar as diferenças existentes entre as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, lembrando que para efeitos de estudos, considerar-se-á a legislação federal. Isso se faz importante para que se possa entender quando determinada entidade receberá um título ou o outro, a começar pelas Organizações Sociais.

Dá-se o título de Organização Social à pessoa jurídica de direito privado que não possui fins lucrativos e que, por força da Lei nº 9.637/98, celebra com a Administração Pública o Contrato de Gestão. Rezende Oliveira destaca que o "Contrato de Gestão das OS's não deve ser confundido com os contratos de gestão realizados com agências executivas."[13]

[12] VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum. 2006. p. 319.
[13] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. op. cit. p. 341.

O Contrato de Gestão, pelo seu vínculo com o Estado, deve atender aos princípios regentes do Direito Administrativo, não parando por aí, pois a própria Lei, no artigo 7º, prevê que haja "especificação do programa de trabalho proposto pela Organização Social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade". Ainda, estipula "limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das Organizações Sociais, no exercício de suas funções".

Cabe ao órgão ou entidade que o supervisiona, por haver correlação destes com o fomento estabelecido, exercer a fiscalização, inclusive em paralelo com o Tribunal de Contas, como previsto nos artigos 8º e 9º, da Lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o Contrato de Gestão como "modalidade de ajuste a ser celebrado com instituições não governamentais passíveis de serem qualificadas como Organizações Sociais, para fins de prestação de serviços públicos ou atividades de interesse público, mediante fomento pelo Estado"[14].

Assim como as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são entidades privadas sem fins lucrativos, estando, por sua vez, reguladas pela Lei 9.790/99, que em seu artigo 3º define que para que determinada entidade receba este título, um dos objetivos sociais nele previsto deve se fazer presente. O termo de parceria deve apresentar algumas cláusulas tidas como essenciais, nos dizeres da professora Maria Sylvia[15], sendo imprescindível que haja especificação do objeto, das metas e dos a serem atingidas, dos prazos de execução, avaliação de desempenho, previsão de receitas e despesas, além de relatório anual de resultados.

Importante mencionar que a Lei nº 13.019/14 alterou a Lei nº 9.790/99, no sentido de que a partir de seu advento, a entidade privada, para receber o título de OSCIP, deve comprovar o exercício na atividade sugerida por no mínimo três anos, além de comprovar, da mesma forma, que não exerça atividade lucrativa. O instrumento próprio para a celebração de parceria entre OSCIP e Estado é o Termo de Parceria, o qual será estudado em tópico próprio adiante.

O que fica claro é que a Lei das OSCIP's apresenta fortes indícios de que teve o cuidado de se atribuir regras mais rígidas em relação a aquelas estabelecidas na Lei das OS's.

[14] PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 276.
[15] idem. p. 291.

Em tese, portanto, há um maior grau de controle das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o que por muitas vezes não se concretiza, como visto anteriormente.

Mais uma vez cabe citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dava-se a impressão de que havia se concebido uma estrutura mais sólida para a parceria realizada com a OSCIP, mas que aparentemente os mecanismos escolhidos para tanto não se demonstraram suficientes, "Razão pela qual, pode ter havido a intenção de se resgatar a pretensão inicial de um controle mais duro através da criação da Lei nº 13.019/14, aplicável, como já mencionado, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público."[16]

Para finalizar a breve diferenciação entre OS e OSCIP, vale destacar que a qualificação da OS se dá de forma discricionária, enquanto a da OSCIP é vinculada. Significa dizer que, se por um lado o Estado goza da prerrogativa de conceder ou não o título de Organização Social a determinada entidade, por outro, fica o Poder Público obrigado a atribuir a título de OSCIP à entidade que vier a preencher os requisitos que assim a qualificarem. Em relação à competência para se atribuir a qualificação, a OS é atribuída pelo Ministério ou órgão regulador responsável pela área em que a entidade atua, podendo ser Federal, Estadual, Distrital ou Municipal.

Diferentemente ocorre com a OSCIP, pois a sua atribuição se faz exclusivamente pelo Ministério da Justiça. Na OS, tem-se a presença obrigatória de representante do Poder Público, enquanto na OSCIP a presença no Conselho da entidade é facultativa. Em relação ao fomento, a OS recebe repasse de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão especial de servidor sem custo para a entidade. Já para a OSCIP não á a cessão de servidor sem a geração de custos para a entidade.

2.1. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A Lei nº 9.637/98, como já se sabe, é o diploma legal que estabelece as diretrizes para a relação do Estado com as Organizações Sociais, no que tange a busca pela satisfação do interesse público através da mútua cooperação. Para tanto, exige-se que tal vínculo se dê por meio de celebração de instrumento próprio, o qual se deu o nome de contrato de gestão. A matéria, já abordada no presente estudo, guarda uma peculiaridade, no que diz respeito à maneira como o legislador optou por fixar o critério de seleção das OS's. E tal critério se faz importante porque difere daquele previsto para a celebração de termo de parceria com as

[16] PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 289.

OSCIP's ou termos de colaboração ou fomento, realizados com as Organizações da Sociedade Civil, tendo em vista que todos esses se dão através do chamamento público, por força do preconizado na Lei nº 13.019/14. Mesmo antes do advento do marco regulatório, as OS's e OSCIP's seguiam caminhos diferentes, no tocante à escolha dessas pelo Estado. Pois como já foi estudado, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público eram escolhidas por meio de concurso de projetos.

O mesmo não ocorreu com as OS's e os seus contratos de gestão. Isso porque a Lei nº 9.648/98 veio a alterar a Lei 8.666/93, conferindo a ela o acréscimo do inciso XXIV, ao artigo 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com o qual se dispensa o procedimento licitatório para a celebração de contrato de gestão a ser realizado entre Poder Público e Organizações Sociais.

Para Tarso Cabral Violin, em consonância com os professores Marçal Justen Filho e Silvio Luiz Ferreira da Rocha, destaca que "a Administração Pública deve obrigatoriamente realizar procedimento licitatório para a seleção de contrato de gestão com as Organizações Sociais, de modo a obedecer as regras para dispensa e inexigibilidade de licitação." [17]

No entanto, ficou evidenciado que este entendimento não prevalece, nem entre a doutrina, nem entre as cortes brasileiras. Sobre o tema, o TCU assim se manifestou:

> **"**Sumário
> SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. REQUER INFORMAÇÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR ENTES PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE E DA FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE FOMENTO NOS LIMITES DE GASTOS DE PESSOAL PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 (LRF). RATIFICAÇÃO PELO STF DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.637/1998, QUE TRATA, ENTRE OUTROS ASSUNTOS, DESSAS CELEBRAÇÕES. JULGADOS QUE INDICAM A VALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM PARCERIA COM O PODER PÚBLICO. ENVIO DOS AUTOS À SEMAG PARA PRONUNCIAMENTO SOBRE A FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS. SOLICITAÇÃO PARCIALMENTE ATENDIDA.
>
> 14. As dispensas de licitação instituídas no *art. 24, XXIV*, da Lei nº 8.666/93 e no *art.* 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de

[17] VIOLIN, Tarso Cabral. op. cit. p. 305.

> modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados". [18]

O Acórdão nº 2057/2016, proferido pelo Tribunal de Contas da União teve como base de discussão a ADIN nº 1.923/DF, a qual teve como relator o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto. A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face do Presidente da República, na época Fernando Henrique Cardoso, e do Congresso Nacional, tendo como objetivo a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98, além do inciso XXIV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, acrescido pela Lei nº 9.648/98, por estes, segundo os impetrantes, violarem o texto constitucional, uma vez que haveria a transferência do dever de agir do Estado para as Organizações Sociais. E também, que a dispensa de procedimento licitatório para a escolha destas entidades seria afronta direta à Carta Magna. Assim observa-se:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93..
>
> ...
>
> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015". [19]

[18] TCU – Acórdão nº 2057/2016. Ministro Relator: Bruno Dantas. Data: 10/08/2016.
[19] STF – ADI nº 1.923/DF. Ministro Relator: 16/04/2015.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) foi julgada parcialmente procedente, uma vez que se considerou imprescindível a aplicabilidade dos princípios norteadores do Direito Administrativo elencados no art. 37, da Constituição Federal, sobretudo para se garantir a ampla publicidade dos atos entre eles praticados. No entanto, quanto à celebração de contrato de gestão entre o Poder Público e as Organizações Sociais, a Suprema Corte entendeu, por maioria dos votos, que não há afronta ao texto constitucional, não podendo o próprio Estado vir a engessar o desenvolvimento social, sendo que o detrimento desses instrumentos acabaria por desestimular a participação popular na busca pelo bem estar da coletividade.

Portanto, critério de seleção da Organização Social para a celebração de contrato de gestão, da forma como se dá atualmente, em nada fere o texto constitucional, gozando assim de legalidade em benefício da satisfação do interesse público, sempre com a manutenção do dever de cuidado exigível das relações em que o Poder Público figura como personagem, ainda que na posição de fomentador das atividades praticadas por entes privados que não possuem finalidade lucrativa.

2.2. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Expostas as características e as diferenças existentes entre OS e OSCIP, além da peculiar atribuição do marco regulatório em relação a esta última, será tratado agora especificamente o Termo de Parceria, em especial no que tange os critérios de seleção da entidade pelo Poder Público.

Como já foi visto, a OSCIP foi disciplinada pela Lei nº 9.790/99, tendo sido elencados nesta norma todos os requisitos necessário para que determinada entidade receba o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Além destes requisitos, a norma também disciplina o instrumento pelo qual o Estado deve formalizar a parceria com o a entidade escolhida para tanto. Primeiramente, esta deve cumprir com todas as exigências legais para que previamente já tenha recebido o título de OSCIP. Superada a questão, a entidade está apta a realizar a parceria com o Poder Público, o qual se dará por meio do instrumento denominado Termo de Parceria.

Nas palavras de Maria Teresa Fonseca Dias, em relação aos instrumentos:

> A maioria esmagadora da literatura sobre o tema estudado aponta a semelhança indiscutível entre o Termo de Parceria, o Contrato de Gestão e o Convênio, entendidos como instrumentos destinados à formação de um vínculo de cooperação das entidades privadas sem fins lucrativos e devidamente qualificadas pelo Poder Público[20].

Percebe-se, portanto, que a essência do instrumento formalizado não é o grande foco da parceria firmada, pois todos eles buscam a distinção em relação aos contratos administrativos, pois aqui o que se pretende é atuar em cooperação com o Estado em favor do interesse público, diferenciando-se dos contratos, em que há uma contraprestação, geralmente pecuniária, portanto marcado por interesses contrapostos, embora possa haver, como já se comprovou que há, a realização de contratos administrativos maquiados como um dos instrumentos citados.

O Termo de Parceria, para Maria José Pontoni constitui-se como uma "alternativa ao Convênio"[21]. Isso até a criação da Lei nº 13.019/14, que deixa claro que a partir de então os Convênios passam a ser celebrados exclusivamente entre a própria Administração Pública em uma relação vertical entre entes federados, incluindo órgão do próprio ente, além da área de saúde, entendendo-se que nessa relação encontra-se o Serviço Único de Saúde (SUS). Com exceção destes casos acima mencionados, hoje se fala tão somente em Contrato de Gestão, Termo de Parceria, Termo de Fomento e Termo de colaboração.

Mas independentemente da terminologia e do instrumento utilizado para celebrara parceria, o que deve ser objeto de estudo é, na verdade, o critério de seleção da entidade detentora de algum desses títulos.

Em relação à OSCIP, o Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, fez previsão em seu artigo 23 da escolha da entidade por meio de concurso de projetos. Dessa forma, ficou evidenciado que se optou por afastar a Lei geral de Licitações, Lei nº 8.666/93, como critério de seleção da OSCIP. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou, como se observa no Enunciado que abaixo segue:

> Enunciado:
> É vedado às OSCIPS, nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração, sob pena de desvirtuamento do objetivo primordial para o qual foram criadas, qual seja, estabelecer cooperação com o Poder Público, mediante a celebração de termo de parceria. Assim, a Lei 8.666/1993 não se aplica à seleção de OSCIPS. Entretanto, o gestor público não está livre para contratar tais entidades da maneira que lhe convier, devendo

[20] DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte : Fórum, 2008. p. 228.
[21] PONTONI, Maria José. A Formalização Jurídica das OSCIP's. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). Direito do Terceiro Setor. Belo Horizonte : Fórum. 2008, p. 156.

> observar a Lei 9.790/1999 e o Decreto 3.100/1999, que estabelecem diretrizes para a elaboração do Termo de Parceria a ser celebrado com essas entidades. [22]

Diferentemente ocorreu com o Contrato de Gestão, que está elencado entre os casos de dispensa de licitação, no artigo 24, XXIV, incluído pela Lei nº 9.648/98, segundo o qual a Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que houve "um privilégio em relação à OS, que ainda assim deve atender os princípios que regem as contratações públicas." [23]

Apesar da Lei não incluir o Termo de Parceria entre os casos de dispensa de licitação do dispositivo supramencionado, pela razão óbvia desta legislação ser anterior à Lei nº 9.790/99, entende-se que o concurso de projetos na verdade atendia como uma licitação informal, pois para a seleção de tal os princípios atinentes aos procedimentos licitatórios deveriam ser igualmente respeitados. Entretanto, ainda assim havia margem para a má contratação, pois a norma não deixou bem especificados os pormenores desse mecanismo, pelo menos não da forma como poderia ter feito.

Segundo Marçal[24], o inciso XXIV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93 deveria ser aplicável também às OSCIP's. No entanto, não é este o entendimento do TCU, que considera que só se aplica o referido dispositivo aos Contratos de Gestão, sendo estes exclusivos das entidades qualificadas como OS.

A legislação pertinente às OSCIP's enfatizou a necessidade de seleção da entidade qualificada como OSCIP por intermédio do concurso de projetos. Ocorre que, como já foi estudado, a Lei nº 13.019/19, que trata das Organizações da Sociedade Civil, é aplicável às OSCIP's naquilo o que couber. Dessa maneira, entende-se que não mais se realiza a escolha de uma OSCIP através do concurso de projetos. E isso se dá por uma razão bastante contundente. O marco regulatório prevê que as entidades que venham a se vincular como o Poder Público serão escolhidas por meio de Chamamento Público, estendendo-se tal determinação também às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Vale destacar que antes do advento da Lei nº 13.019/14, o concurso de projetos já havia sido regulamentado, de maneira menos enfática que o atual chamamento público, pelo Decreto nº 6.170/07, o qual sofreu alteração pelo Decreto nº 7.568/11, de acordo com Ronny Charles Lopes de Torres[25]. Porém, o que antes era facultado, agora passa a ser determinado

[22] TCU - ACÓRDÃO 2741/2014 – Plenário. Ministro Relator:
[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. p. 279.
[24] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Rio de Janeiro. Dialética. 2000.p. 336.
[25] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle. Belo Horizonte : Jus Podvim, 2013. p. 223.

por Lei, ou seja, a escolha das entidades do Terceiro Setor, com exceção das Organizações Sociais que se faz por meio de dispensa de licitação prevista na Lei nº 8.666/93, deve obrigatoriamente se dar através do chamamento público, seja para a celebração de Termo de Parceria, Termo de Fomento ou Termo de Colaboração, respeitados os casos elencados nos artigos 31 e 34 da Lei nº 13.019/14, em que se prevê a sua inexigibilidade ou a sua dispensa respectivamente.

2.3. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Ao estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a 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; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil, a Lei nº 13.019/13 O art. 2º, da estabelece o seguinte:

> I - organização da sociedade civil:
> 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 de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique 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;

Diante disso, cumpre destacar em que parâmetros as Organizações da Sociedade Civil (OSC's) se vinculam à Administração Pública, no tocante ao instrumento de formalização das parcerias. São três: Acordo de Cooperação, Termo de Colaboração e Termo de Fomento.

O que se deve guardar do Acordo de Cooperação é que este ocorre quando não há repasse de verba pública, estando dispensado, inclusive, de se fazer por meio do chamamento público estabelecido pelo diploma em debate. Diferentemente do que ocorre com os outros

dois instrumentos. A diferença marcante entre estes reside na manifestação da intenção de se celebrar a parceria. Observam-se os seguintes dispositivos:

> Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.
> Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.
> Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O Termo de Colaboração, portanto, é aquele que ganha vida pela iniciativa da própria Administração Pública, enquanto o Termo de Fomento surge da iniciativa da OSC, destacando-se que ambos vinculam-se por transferência de recursos financeiros. Neste sentido, cabe citar a doutrina de Rodrigo Rommel de Melo Matos, o qual leciona a seguinte posição:

> Assim, no caso do termo de colaboração, a proposta deve partir da Administração Pública, enquanto no termo de fomento a proposta parte das organizações da sociedade civil. Provavelmente o objetivo do legislador, neste último caso, tenha sido incentivar uma postura mais ativa por parte das Organizações da Sociedade Civil, que agora contarão com um instrumento específico para reger as parcerias propostas pelos parceiros privados.[26]

Esta é uma das inovações trazidas pela nova legislação, entre outras diversas, que fizeram com que a Lei nº 13.019/13 ficasse conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Salienta-se, sobre as organizações da sociedade civil, disciplinadas pela Lei nº 13.019/13, a obrigatoriedade de se tratar do critério de seleção destas, pois é no chamamento público que se percebe a intenção do legislador, quanto à maneira como estas entidades criam vínculo com o poder estatal, de se trazer maior rigor no processo de seleção de entidades privadas. Espera-se que a exigência de vinculação através desse instrumento traga, não somente transparência, mas também obediência às diretrizes especificadas em seu edital.

Com isso, pretende-se que haja lisura na celebração de parcerias entre o público e o privado, possibilitando, inclusive, que se possa realizar um efetivo controle, não só na

[26] MATOS, Rodrigo Rommel de Melo. *Fundamentos, Diretrizes e Âmbito de Aplicação da Norma* _ In: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 34.

seleção da organização da sociedade civil, mas também em relação às atividades por ela desempenhadas, garantindo-se, assim, o propósito dessas parcerias.

CONCLUSÕES

As exposições realizadas ao longo deste trabalho parecem reforçar a idéia de que o Estado atual, por si só, é insuficientemente eficaz na confecção de suas atividades, ficando à mercê de suas próprias limitações, quando não de suas incapacidades, o que lhe força a se reinventar e a criar mecanismos diversos daqueles eternizados pelos modelos clássicos de atuação estatal. Isso faz com que novos horizontes sejam vislumbrados, pondo os olhos da sociedade na satisfação de suas necessidades e vontades por intermédio da atuação da iniciativa privada.

Para tanto, as entidades privadas e o próprio Poder Estatal, que acabam se envolvendo nessa relação de colaboração mútua, devem conter-se ao desenvolvimento das atividades que aos seus vínculos de trabalho cooperativos, sem, sob qualquer hipótese, afastarem-se dos princípios que regem a boa Administração Pública.

Desse modo, não há que se opor à busca de um mundo que, ainda que longe daquele idealizado pelos teóricos do Estado, converge para um único caminho. Caminho do bem estar de toda coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado*: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte : Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Rio de Janeiro : Atlas. 1999.

_____. *Transformações da Organização Administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto*. In: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte : Fórum. 2002.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio e ALMEIDA, Rafael. *Administração Pública Gerencial, série Direito do Estado e da Regulação*. Rio de Janeiro : FGV, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro. Dialética. 2000.

MATOS, Rodrigo Rommel de Melo. *Fundamentos, Diretrizes e Âmbito de Aplicação da Norma* _ In: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. Rio de Janeiro : Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro Setor, publicado na RDTS*. Belo Horizonte : Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro : Método. 2013.

PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro : Campus Jurídico. 1989.

PONTONI, Maria José. *A Formalização Jurídica das OSCIP's*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). Direito do Terceiro Setor. Belo Horizonte : Fórum. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani. *Contratações Públicas e Seu Controle. São Paulo :* Malheiros, 2013.

TEIXEIRA, Josenir. *O Terceiro Setor em Perspectiva*: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Terceiro Setor*: entre a liberdade e o controle. Belo Horizonte : Jus Podvim, 2013.

TOURINHO, Rita. *Terceiro Setor no Ordenamento Jurídico Brasileiro: constatações e expectativas*. in MODESTO, Paulo (Coord.). Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte : Fórum. 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum. 2006.

https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia