

**A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM  
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS LIMITES DE APLICAÇÃO DA LEI  
FEDERAL nº 8.666/93.**

**Nome do autor:** Rafael Arruda Oliveira.

**Informações sobre o autor:** Procurador do Estado de Goiás. Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Advogado.

**Endereço residencial:** Rua 234, Quadra 57, Lote 10, apto. 805, Setor Leste Universitário, CEP 74605-150, Goiânia – GO.

**Telefone:** (62) 8222-7000

**E-mail:** rao\_arruda@hotmail.com

# **A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS LIMITES DE APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93.**

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. Novo paradigma de atuação estatal: a celebração de parcerias com as entidades privadas filantrópicas. 3. Contratualização da atividade: a aplicação limitada da Lei de Licitações aos contratos de gestão. 3.1. A seleção do parceiro privado. 3.2. Vigência temporal do ajuste. 3.3. Limites para acréscimos e supressões no objeto. 4. Desafios a serem enfrentados. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

## **1. Considerações iniciais.**

Com o aprofundamento das relações de parceria no âmbito do Poder Público, que ostenta cada vez mais um papel de regulador e fomentador e menos de executor direto de certos serviços públicos, ganham remarcado destaque os mecanismos por meio dos quais a Administração Pública celebra ajustes de colaboração ou de cooperação, em especial com as entidades privadas filantrópicas, designadamente as organizações sociais, para a prossecução de atividades sociais de relevância pública. Tal fenômeno, em que particulares desenvolvem atividades de interesse público a partir de impulso estatal, é revelador da assunção de novos papéis pelo Estado, mediante o cometimento de novas funções à Administração Pública.

Cabe, no presente estudo, tendo-se em conta o crescimento da agenda organizatória, sobretudo em razão da emergência das parcerias do Poder Público com o Terceiro Setor, investigar em que medida são aplicáveis aos ajustes de colaboração, designadamente os contratos de gestão, celebrados pelo Poder Público com as organizações sociais, as normas gerais contidas na Lei federal nº 8.666/93, para o efeito de estabelecimento de vínculos de cooperação com entidades privadas que, sem serem prestadoras de serviços administrativos, desempenham, ao lado e em parceria com a Administração, atividades de destacado apelo público.

## 2. Novo paradigma de atuação estatal: a celebração de parcerias com as entidades privadas filantrópicas.

Tendo sido o grande promotor do desenvolvimento econômico e social ocorrido no mundo, nas décadas de 1930 a 1960<sup>1</sup>, o Estado, a partir dos anos 70 do século passado, foi sendo identificado como o responsável pela redução das taxas de crescimento econômico, e, na sequência disso, guindado ao papel de vilão, passando a ser responsabilizado pela queda das taxas de crescimento, elevação dos níveis de desemprego e inflação. Era a retomada das ideias neoliberais do Estado mínimo, fundadas na constatação de um crescimento disfuncional do Estado e impulsionadas pelo fenômeno da globalização<sup>2</sup>.

Na década de 90, verifica-se, conforme Matias-Pereira, preocupante distorção nesse modelo do Estado mínimo, visto que propiciou enorme enfraquecimento nos sistemas de controle dos Estados nacionais, privatizações desenfreadas, aumento da corrupção e elevação do número dos excluídos em países em desenvolvimento. Com a evidência da inviabilidade das propostas de retorno a um Estado *grande*, prevaleceu a tese da necessidade da reforma do Estado, para cumprir, além de suas funções clássicas, o papel de regulador da economia e protetor, em alguma medida, dos direitos sociais<sup>3</sup>.

Ou seja, desde que se passou a exigir do Estado uma mudança de perfil em relação à prestação de utilidades materiais fruíveis pelos cidadãos, em que o

---

<sup>1</sup> Segundo Paul Krugman, nos primeiros anos a seguir à Segunda Guerra Mundial, e com as agruras da depressão ainda frescas na memória, a maior parte dos economistas acreditava que manter a economia no rumo certo exigia um papel alargado por parte do governo. A economia de então rejeitou todos os apelos de uma economia planificada, mas aceitou a necessidade de uma intervenção governamental para combater as recessões, bem como um papel crescente dos governos na economia em geral (KRUGMAN, Paul. *A consciência de um liberal*. Trad. Lisboa: Presença, 2009, p. 120).

<sup>2</sup> Contudo, assim que as crises passam, torna-se inevitável o regresso de alguns economistas à velha crença, a revelar uma impressionante capacidade para a superação de traumas. Foi o que ocorreu a partir dos anos 50 do século passado nos Estados Unidos, com amplos ataques à intervenção governamental e às *regulamentações* em geral. Para mais detalhes sobre este tema, consultar OLIVEIRA, Rafael Arruda. *A intervenção do Estado social na economia – Reflexões em torno de um paradigma in*. Revista de Direito Público da Economia, ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 138 e seguintes.

<sup>3</sup> MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças Públicas – a política orçamentária no Brasil*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. xxix. Conforme, em sentido semelhante, anotam Oliveira e Mânica, foi principalmente a partir das duas últimas décadas do século XX, quando o modelo de Estado social atravessa grave crise em todo o mundo, que passou a tomar corpo a discussão sobre a redefinição dos papéis do Estado, tendo o Poder Público de passar a contar com a participação dos particulares na consecução de seus objetivos (OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias na Saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41).

Estado deixaria de ser eterno garantidor da ordem, da segurança e das operações econômicas, mas incentivador e promotor de atividades diversas daquelas voltadas exclusivamente ao lucro, um novo paradigma de atuação pública passou a ganhar destaque, no qual a atuação direta é substituída pela atuação indireta do Poder Público, com a assunção de um papel ajustador e sinérgico, apto a desenvolver capacidades gerenciais nos diferentes atores sociais e a harmonizar as relações nos e entre os planos econômico e social<sup>4</sup>.

No intervalo dessa transição, porém, assistiu-se à eclosão e à derrocada do que se tem denominado doutrinariamente de Estado providência, que repousava as suas diretrizes na conjugação do mito de beneficência e de super-poder, aliado à pretensão de promover o desenvolvimento econômico e social<sup>5</sup>. A transformação dos sistemas sociais operada no decurso do século passado, em razão das quais o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, proporcionaram, em paralelo, um elevado aumento da despesa pública sem que, porém, se verificasse, a despeito do aumento da dívida pública, a elevação da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos.

De fato, a prevalência de um modelo intervencionista, ao gerar problemas de financiamento no setor público, desencadeou a procura de soluções que implicassem novas formas de relacionamento entre o setor público e o setor privado. Daí o aparecimento da empresarialização dos serviços públicos, das parcerias público-privadas em sentido lato e da regulação em detrimento da produção direta de bens públicos<sup>6</sup>.

Conforme elucida Mânica, ao traçar programas, metas, objetivos e princípios, os textos constitucionais e legais do século XX acabaram por trazer, durante algum tempo, a sensação de que o Estado era capaz de tudo. Porém, assim como o mercado e

---

<sup>4</sup> Anota Baldo que esse redesenho do Estado, longe de observar apenas os imperativos de eficiência na alocação de recursos e às exigências neoliberais, é reflexo da mudança das visões de mundo. As representações weberianas de Estado moderno focavam-se, de forma instrumental, na identificação dos meios que lhe eram específicos, ou seja, na monopolização da coerção e da regulação, como se ele gozasse de autonomia absoluta. Nesse contexto, não havia por que se falar em cooperação sinérgica entre os atores sociais, muito menos em gestão social (BALDO, Rafael Antonio. *Novos horizontes para a gestão pública*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 81).

<sup>5</sup> Sugere Sgarbossa que a expressão “Estado providência” guarda nítida nota de um juízo crítico de desvalor em relação ao Estado ampliado que é o “Estado social”, haja vista a analogia com a providência divina, que, para os crentes, tudo provê (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 56).

<sup>6</sup> AMADOR, Olívio Mota. *A Organização do Sector Público da Saúde em Portugal in. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente?* Cadernos IDEFF, nº 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d’Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37.

a sociedade, o Estado igualmente possui limites, que devem ser (re)conhecidos, a fim de que as suas atividades sejam desempenhadas de modo a alcançar de maneira eficiente os programas, metas, objetivos e princípios traçados pelos textos constitucionais<sup>7</sup>, numa espécie de ordenação a partir de princípios abstratos e noções gerais divorciadas muitas vezes da realidade econômica<sup>8</sup>.

Ou seja, se o direito do chamado Estado providência se funda num esquema “meio-fim” e não mais sobre o típico esquema normativo do tipo “se-então”, é preciso reconhecer que, desde que se passou a admitir a incapacidade estrutural e econômica do Estado para atuar como o grande provedor, um novo arquétipo passa a ter lugar: “fim-meio”, com predominância de valorações e estimativas altamente complexas. De fato, com Vieira de Andrade é possível afirmar que o Estado providência mostrou-se incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade que, por um lado, pretende um elevado nível de bem-estar e a segurança contra os novos perigos, mas que impõe, ao mesmo tempo, uma privatização das atividades e das formas de intervenção<sup>9</sup>.

Na passagem, portanto, dessa transição, poder-se-á sustentar, com amparo nas lições de Loureiro, que o Estado social, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou

---

<sup>7</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 48.

<sup>8</sup> Vale reiterar, com Loureiro, que das “coisas novas” que desafiam o Estado social, a questão econômica é apenas uma delas. Ao eleger alguns dos descritores, o referido autor aponta a globalização, a “sociedade de risco” e as questões demográficas, econômico-financeiras, da pluriformidade, do conhecimento e a familiar. Para mais detalhes acerca dos fatores apresentados, consultar LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 51-60.

<sup>9</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63. Mas, como salienta o mesmo autor em outra passagem de sua obra, a falência do Estado providência não é apenas financeira. O que está em causa, segundo ele, é o próprio paradigma de intervenção estadual, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas coletivistas. É que, nas suas palavras, “(...) o equívoco de ligar indissolavelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que faz depender a liberdade da igualdade. A fraternidade anunciada na trilogia revolucionária, mas esquecida, implica uma nova concepção dos direitos sociais, em que os titulares não tenham de ser todos os cidadãos, mas todos os que precisam, na medida em que precisam, porque a abstração e a universalidade dos direitos não se adapta aos novos padrões de desigualdades, que não são só estruturais e verticais, são também conjunturais e horizontais e existem dentro do mesmo grupo de potenciais beneficiários” (p. 65-66).

não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste dos direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade – fraca ou forte – a necessidades que se connexionam com bens básicos ou fundamentais<sup>10</sup>, cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de pagar, ou não, um preço<sup>11</sup>.

Ao fim e ao cabo, se é certo ter havido a morte do Estado providência, a conversão aí operada não leva à morte do Estado social, que, pois, continua a relevar nas agendas política e dogmática<sup>12</sup>.

E em matéria de serviços públicos, cujo futuro, em certa medida, se apresenta incerto, sobretudo em razão de sérios constrangimentos de ordem econômica e financeira por que passam as Administrações Públicas, um pouco por todo o lado, a realização de parcerias do Poder Público com entidades privadas torna-se, cada vez mais, um caminho sem volta, por meio do que se tem denominado de “contratualização” da atividade administrativa, como uma nova forma de administrar, a compreender um novo estilo de gestão pública, em que a atuação privada complementa a ação estatal.

Não é para menos. O incremento da despesa pública com a oferta de prestações sociais nas últimas décadas tem levado à necessidade de revisão da participação do setor público como garantia da própria sustentabilidade do sistema e das finanças públicas, com vistas ao alcance de eficiência administrativa e econômica.

---

<sup>10</sup> Do qual o acesso aos cuidados em saúde parece ser o mais emblemático e o de maior relevo.

<sup>11</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 73-74.

<sup>12</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 24. Loureiro assenta que o Estado social não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda: nem do lado substantivo (Estado), nem do adjetivo (social). Para ele, a falência de uma compreensão obesa do Estado social – o Estado providência –, que se traduziu numa “colonização do mundo-da-vida” e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas, não deve ser lida como sinónimo de *requiem* pelo Estado social: “(...) *Este, calejado pela maturidade do tempo, maior ou menor consoante chegou mais cedo (v.g., Alemanha) ou mais tarde (v.g., Portugal, marcado, no caso, por um conjunto de irracionalidades, nomeadamente em domínios como a saúde e a segurança social, que exigem claros esforços de controlo dos interesses e estratégias de racionalização), não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, em que o social daria lugar ao pós-social, mas o do alargamento do campo de adjetivação. Com efeito, ao social aparece agora acoplado um pós-providência e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia. O Estado garantidor não é, pois, um Estado desertor*” (p. 107-108).

Daí por que, à vista dessa situação de constrangimento, busca o Poder Público a adoção de alternativas à prestação direta dos serviços de relevância pública, por meio de mecanismos que, de alguma forma, aliviem a responsabilidade do orçamento público no custeio de atividades de caráter prestacional do Estado, cuja tendência, aliás, é sempre a de expansão, a ampliar, por conseguinte, as restrições de ordem orçamentária com que se confrontam as Administrações. Assim é que, à vista desses novos cenários, passa o Poder Público a assumir um papel de atuação indireta, é dizer, fomentador e regulador da participação privada, em enlace e por meio de um comportamento sinérgico, na provisão de serviços de interesse público.

Não se trata propriamente de apenas reduzir a despesa pública, até porque a sustentabilidade guarda também relação com as receitas do Estado. Trata-se, ao revés, de, num contexto em que a garantia da sustentabilidade das finanças públicas torna-se um imperativo categórico, de proporcionar à sociedade serviços públicos de mais e melhor qualidade, a um custo, porém, suportável pelo Estado fiscal, em cujo terreno ganham proeminência, sobretudo, os postulados do *value for money*, em que o fazer mais com menos dinheiro torna-se, neste contexto, questão essencial no vocabulário da nova *governance* pública, mais eficiente e, ao mesmo tempo, com redução dos gastos de custeio: é esta a gênese das parcerias, em especial com as entidades filantrópicas.

Disso tudo, sobreleva destacar que tal fenômeno representa, sem assombros, a opção da Administração Pública por um modelo jurídico diferenciado de execução de uma atividade pública, o que, afinal, decorre mesmo de um ato de vontade das maiorias conjunturalmente eleitas, às quais, democraticamente, competem realizar as escolhas que, no atendimento da Constituição e das leis do país, melhor logrem realizar o interesse público.

### **3. Contratualização da atividade: a aplicação limitada da Lei de Licitações aos contratos de gestão.**

No contexto da reforma do Estado, em movimento iniciado no país no início da década de 90 do século passado, a União, com a finalidade de estabelecer laços com as entidades privadas filantrópicas, editou a Lei federal nº 9.637/98, que disciplina a qualificação de entidades como organização social e celebração de contratos de gestão para

o desempenho de atividades nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º, Lei federal nº 9.637/98). O contrato de gestão, ainda que como manifestação de intervenção privada no domínio público<sup>13</sup>, nada mais seria, no particular, que o instrumento firmado pelo Poder Público com a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parcerias (art. 5º, Lei federal nº 9.637/98). Mas não apenas isso. No contexto do movimento de Reforma do Estado de que se trata, para além de estímulos ao Terceiro Setor, tiveram ainda lugar a privatização de grandes empresas estatais e a flexibilização de monopólios de serviço público.

No âmbito dos Estados, mesmo antes do advento da Lei federal nº 9.637/98, foram editadas leis homônimas para disciplinar, no terreno doméstico, a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, de que são exemplos os Estados do Pará (Lei nº 5.980/96), Ceará (Lei nº 12.781/97), São Paulo (Lei Complementar nº 846/98), Maranhão (Lei nº 7.066/98), Espírito Santo (Lei Complementar nº 158/99), Distrito Federal (Lei nº 2.415/99), Bahia (Lei nº 8.647/03), Sergipe (Lei nº 5.217/03), Santa Catarina (Lei nº 12.929/04) e Goiás (Lei nº 15.503/05). Não se tratando a Lei federal nº 9.637/98 de norma de caráter nacional<sup>14</sup>, até porque a competência da União para editá-la, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição, somente alcançaria matérias de licitação e contratação, passaram os demais entes federados a legislar sobre a função de fomento público, com a edição de disposições normativas acerca das atividades abrangidas, requisitos para a qualificação das entidades e celebração dos contratos de gestão. Além disso, e nos limites de sua autonomia constitucional, as respectivas legislações de regência, atentas à realidade local, elegeram as ações e serviços que poderiam ser cometidos às entidades privadas filantrópicas.

Ainda que denominado pelo legislador federal de “contrato”, percebe-se que, à evidência, ostenta o “contrato de gestão” a natureza de ajuste convencional, em razão, sobretudo, da convergência dos interesses dos parceiros público e privado, já que em tais ajustes não há submissão de um interesse próprio a um sacrifício para a obtenção de

---

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 7 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 297.

<sup>14</sup> No mesmo sentido: SOARES, Leandro Romano. *Organizações sociais e o dever de licitar para sua escolha*. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS. Belo Horizonte, ano 7, nº 13. p. 85-105, jan/jun 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidPDI0006.aspx?pdiCntd=95894>. Acesso em 20/8/2013.

benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio<sup>15</sup>. Ao contrário, são comuns e coincidentes os interesses pactuados pelos cooperantes, à prestação de um não correspondendo o pagamento de um preço (contraprestação), em cujo signo, urge reconhecer, encontra-se uma componente identificada com o “lucro”.

Ocorre, porém, que lacunas generalizadas nos diversos diplomas normativos sobre parcerias do Estado com entidades do Terceiro Setor que se fizeram editar ao longo dos anos, em especial no que toca à falta de regras que coordenassem melhor o controle do processo de transferência da gestão de certas atividades públicas, conduziram a que, em nome de princípios de segurança jurídica<sup>16</sup>, houvesse aplicação subsidiária das normas da Lei de Licitações aos ajustes de cooperação, em subsunção normativa por tudo despropositada: é que a Lei federal nº 8.666/93 somente se aplica a licitações e contratos administrativos (art. 1º, *caput*), apenas tendo aplicação subsidiária, no que couber, quando o caso envolver convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres (art. 116, *caput*)<sup>17</sup>. A Lei federal nº 8.666/93 rege, predominantemente, relações entre contratantes, em que a Administração se apresenta como verdadeira “cliente”, e não relações entre parceiros, ocasião em que a Administração assume o papel de adjuvante no fenômeno de coprodução da coisa pública.

Assim, ao celebrar contrato de gestão com uma entidade privada filantrópica qualificada como organização social, esta, em razão de um vínculo contratualizado (leia-se convenial) com o Poder Público, não se transforma em prestadora de serviço administrativo, porque, como visto, o vínculo que une aqueles dois entes possui natureza colaborativa, de cooperação, tendo por base o fomento público, pelo que, não por

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido, foi o pronunciamento feito pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, por ocasião de seu voto proferido no julgamento de mérito da ADI nº 1923/DF, cuja relatoria então lhe incumbia, ao afirmar que o contrato de gestão consiste, em linhas gerais, num convênio, “(...) *não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente*”.

<sup>16</sup> Segurança jurídica que, em certo sentido, resta abalada, quando do esforço interpretativo para conciliar disposições normativas aplicáveis em outra seara brotam decisões administrativas, e mesmo judiciais, oscilantes e contraditórias.

<sup>17</sup> Conforme reconhece Rodrigo Pagani de Souza, impera uma lacônica (e excessivamente fragmentada) disciplina legal da matéria. Falta, segundo o autor, uma lei instituidora de normas sobre o processo administrativo de contratação de parcerias do Estado com colaboradores do Terceiro Setor (SOUZA, Rodrigo Pagani. *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde* in. Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde. Coordenadores: MODESTO, Paulo. CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115).

acaso, o legislador nacional excepcionou a aplicação generalizada da Lei federal nº 8.666/93 aos ajustes de natureza convencional: a subsunção normativa dar-se-á no que couber.

As resistências, impregnadas na consciência jurídica, relativamente à não aplicação de Lei de Licitações quando o assunto envolve a celebração de parcerias, justificam-se por fundamentos históricos. Com base no magistério de Carlos Ari Sunfeld, depreende-se que, com o fim da Ditadura Militar e, especialmente, a edição da Constituição de 1988, o país ingressou em um período de valorização da licitação como requisito das contratações públicas. Houve, a respeito, uma sequência de textos: primeiro, o Decreto-lei nº 2.300/86, que criou o Estatuto das Licitações e Contratos; depois, a Constituição de 1988, que constitucionalizou o dever de licitar e o impôs também às empresas estatais (art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 173, CF); por fim, a Lei federal nº 8.666/93, que editou um novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Ainda segundo Sunfeld, todas essas normas são anteriores ao ciclo das parcerias e, portanto, foram feitas tendo como preocupação central os contratos então importantes: as empreitadas de obra pública (o chamado “contrato de obras”). O resultado foi uma disciplina normativa exigindo rigidez no procedimento, objetividade absoluta no julgamento (em regra, feito pelo menor preço) e a definição prévia, pela Administração, de todos os detalhes das prestações do contratado, cujo modelo, se pode ser bom para as contratações de empreitadas, não se adapta tão bem aos ajustes de parceria, porque em muitas delas o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o perfil público, donde decorrem as leis dos contratos de gestão e termos de parcerias<sup>18</sup>.

Daí por que, o mero fato de algo ser “contrato”, ainda que impropriamente nominado como tal, não seria bastante para justificar a aproximação dos contratos de prestação de serviços administrativos de que trata a Lei federal nº 8.666/93 aos ajustes de colaboração, designadamente o contrato de gestão, porque de comum entre eles há apenas duas coisas: o caráter convencional e a presença, como parte, de alguma entidade estatal.

E o que comporta, portanto, ser aplicado em matéria de contrato de gestão? Cabe aplicar tudo aquilo que não imponha restrição aos vínculos de colaboração,

---

<sup>18</sup> SUNDFELD. Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas* in. Parcerias Público-Privadas. Coordenador: SUNDFELD. Carlos Ari. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22.

tais como, apenas para exemplificar, os preceitos relativos às definições constantes do art. 6º, os referentes à autuação de processo administrativo e documentos essenciais que devem integrá-lo (art. 38 e incisos), dentre outros mais.

Enfim, sustenta-se aqui a tese de que limitada é a aplicação da Lei federal nº 8.666/93 aos vínculos de parceria, cuja subsunção normativa somente terá lugar quando os dispositivos legais da Lei Geral de Licitações não imponham restrições indevidas ao desenvolvimento e aprofundamento das relações de parceria.

### **3.1. A seleção do parceiro privado.**

Relativamente à seleção do parceiro privado que com o Poder Público celebrará vínculo de colaboração, o procedimento a ser adotado para a escolha da entidade privada filantrópica não poderá, por evidente, basear-se na Lei federal nº 8.666/93, já que vocacionada à escolha de contratantes e não de parceiros. Não encontra, portanto, à partida, lugar a realização de procedimento licitatório, nos termos daquela lei de regência, para a seleção da entidade privada para, por meio de fomento público, desempenhar atividade de relevância pública. Agir assim equivaleria a conferir uma pretensa uniformidade em nome de uma mal compreendida exigência de interesse público.

Por outras palavras, a Lei Geral de Licitações não se aplica a todos os ajustes que a Administração Pública celebra, já que as variadas convenções entabuladas pelo Poder Público não seguem princípios gerais, mas, conforme Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, regras especiais, amoldadas às funções e estrutura de cada modalidade particular de “contrato”<sup>19</sup>.

Todos, porém, reconhecem que, em havendo a atribuição de prerrogativas a particulares, tais como repasse de verbas do orçamento do Estado, cessão de bens e de servidores públicos, bens que, por natureza, são escassos e que, como tal, não podem ser a todos disponibilizados, e havendo, por outro lado, sujeitos interessados em gozar das referidas posições de vantagem (ou, no que é dizer o mesmo, desfrute de uma situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar), é de se ter presente que algum regime

---

<sup>19</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos* in. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57.

jurídico-administrativo específico deverá ter lugar, para a seleção daquele que, tendo as mesmas chances que os demais, num universo com múltiplos interessados e garantida a igualdade de oportunidades, irá se desincumbir de uma atividade com elevado coeficiente de interesse geral.

São os próprios princípios constitucionais estampados no *caput* do art. 37 que conferem a normatividade necessária para a realização de procedimento de escolha daquele que celebrará com o Poder Público o chamado acordo administrativo colaborativo<sup>20</sup>, malgrado lacuna textual legal. Ou seja, se é correto, por um lado, admitir a inadequação à espécie do regime jurídico consagrado pela Lei federal nº 8.666/93, a aplicação principiológica tendo por base a Constituição, por outro, ainda que não conduza a um regime jurídico uniforme contaminador, oferece os necessários delineamentos à válida celebração de ajustes por parte do Poder Público, sejam eles quais forem, com respeito, como não pode deixar de ser, à heterogeneidade de regimes jurídicos<sup>21</sup>.

Ora, não mais havendo espaço na atual conformação político-constitucional da Administração Pública pátria para favoritismos, privilégios e tratamentos discriminatórios de qualquer ordem, a escolha de “com quem” celebrar contrato de gestão não pode ocorrer em uma dimensão arbitrária<sup>22</sup>. Ao contrário, a irradiação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência deverá

---

<sup>20</sup> Ou também chamados de contratos de gestão externo ou contratos de gestão exógenos (OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 255).

<sup>21</sup> A propósito do que está aqui a ser dito, Sundfeld e Câmara pontuam não haver na Constituição brasileira de 1988 fundamento a amparar a pressuposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Segundo eles, “(...) o Congresso Nacional recebeu competência legislativa para editar ‘normas gerais de contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas’ (cf. art. 22, XXVII), mas é uma distorção vislumbrar aí a opção constitucional por normas gerais uniformizadoras de todas essas contratações. As normas mencionadas na Constituição são gerais por alcançarem a Administração em geral, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal. Mas a Constituição não exigiu um regime legal único para todas as modalidades de contratos – o que, de resto, seria bem difícil de viabilizar, como a realidade legislativa e administrativa comprova” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos in*. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 59).

<sup>22</sup> Para Leonardo Romano Soares, a impessoalidade, como consequência da isonomia, repudia preferências pautadas por subjetivismos, privilégios, pessoalidades no trato da Administração Pública com os indivíduos. Há, sim, escolhas, preferências. Todavia, os critérios regentes são preestabelecidos, públicos e aptos a serem satisfeitos por uma pluralidade de indivíduos (SOARES, Leandro Romano. *Organizações sociais e o dever de licitar para sua escolha*. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTTS. Belo Horizonte, ano 7, nº 13. p. 85-105, jan/jun 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidPDI0006.aspx?pdiCntd=95894>. Acesso em 20/8/2013).

orientar as ações do administrador público para efeito de seleção do parceiro privado, em procedimento que confira transparência à escolha e, ao final, revele a prevalência do interesse público<sup>23</sup>, sem, contudo, direta aplicação da Lei Geral de Licitações, forçosamente determinante de um regime jurídico único.

Assim, malgrado não se apliquem à espécie de que se trata as disposições da Lei federal nº 8.666/93, empregam-se a ideia e a diretriz nela consagradas, nada mais fazendo que projetar, no plano infraconstitucional, aqueles princípios jurídico-constitucionais, para o específico efeito de, no bojo de um processo seletivo conduzido de forma pública, impessoal e baseado em critérios objetivos, tal qual um procedimento licitatório, à semelhança de procurar assegurar igualdade de tratamento aos participantes, a publicidade de todos os trâmites e a motivação das decisões administrativas, seja escolhida a entidade privada filantrópica que melhor atenda às exigências da Administração<sup>24</sup>.

A propósito, em julgamento de mérito já iniciado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 1923, os ministros que até o momento proferiram os seus votos têm se manifestado pela inaplicabilidade da Lei de Licitações como instrumento para a seleção de entidade privada para a celebração de parceria com o Poder Público, malgrado se reconheça ser lacônico e excessivamente fragmentado o direito vigente acerca de procedimento administrativo conducente à celebração de parcerias do Estado com as entidades do Terceiro Setor.

Carlos Ayres Britto, no voto que teve a oportunidade de proferir na condição de relator da referida *ação direta de inconstitucionalidade*, assentou a

---

<sup>23</sup> As mesmas exigências valem para as organizações sociais, que, pelo singelo fato de manusearem recursos públicos, devem adotar procedimentos próprios de gestão financeira, aquisições de bens e contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e a probidade na aplicação dos seus recursos.

<sup>24</sup> No mesmo sentido é o entendimento de Rodrigo Pagani de Souza, segundo quem a Lei federal nº 8.666/93 não está particularmente voltada a reger as parcerias, em que os partícipes se voltam em boa medida à persecução de um objetivo comum, mas sim a reger os chamados contratos administrativos, em que existe uma relação de troca, dita sinalagmática, entre as partes. Prossegue dizendo que entre as suas inaptações às parcerias está a que exige objetividade no julgamento e rigidez de procedimentos, em níveis tão excessivos que se afiguram inapropriados para o caso de celebração de parcerias. Para a escolha dos melhores projetos de parceria, são importantes a possibilidade de valoração de projetos apresentados segundo critérios diversificados, definidos também para o caso. Arremata o autor, afirmando que “(...) tudo isso não é fácil sob o espírito da Lei nº 8.666/93” (SOUZA, Rodrigo Pagani. *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde* in. Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde. Coordenadores: MODESTO, Paulo. CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117).

desnecessidade de procedimento licitatório, na esteira da dispensa promovida pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei federal nº 8.666/93, com redação dada pela Lei federal nº 9.648/98, para quem a ausência de licitação, porém, não liberaria a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado contrato de gestão. Assim, conferiu à norma do inciso XXIV do art. 24 da Lei federal nº 8.666/93 interpretação conforme à Constituição, para afastar “(...) *qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para a celebração do impropriamente chamado contrato de gestão*”.

O Ministro Luiz Fux, na sequência do julgamento da referida *ação direta de inconstitucionalidade*, igualmente assentou que deve o Poder Público conduzir a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei federal nº 8.666/93, cuja aplicabilidade ao caso é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão.

Assim, com a finalidade de melhor coordenar os procedimentos de transferência de gestão de determinadas atividades de relevância pública, passam os entes políticos a ter de assumir o ônus de, domesticamente, disciplinar em ato normativo primário (lei) os mecanismos por meio dos quais vai se dar a seleção do parceiro privado, coisa que, no particular, já restou, a propósito, apenas para exemplificar, concretizada pelos Estados de Rondônia (Lei nº 2.387/11) e Rio de Janeiro (Lei nº 5.498/09).

Diferente não é, aliás, a finalidade perseguida pela União no chamado anteprojeto de Lei Geral da Administração Pública, cujo modelo normativo estabelece, como exigência prévia à celebração do vínculo de parceria, a realização de procedimento público sob a denominação de chamamento público, corrigindo-se hoje falha existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com as entidades do Terceiro Setor<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ainda segundo fundamentação apresentada pelos autores do anteprojeto de que se está a tratar, “(...) *o objetivo é o de permitir o amplo e prévio controle de todas as contratações, pela adoção de um método transparente de*

### 3.2. Vigência temporal do ajuste.

Além disso, em matéria de vigência temporal, reconhecido deve ser que também as disposições normativas contidas na Lei de Licitações mostram-se inadequadas para a disciplina das parcerias, pela singela razão de que a lógica das contratações é diametralmente distinta da lógica da cooperação em matéria de ação social.

Não se tratando a organização social de prestadora de serviço a ser executado de forma contínua, mas de parceira do ente estatal no desempenho de uma atividade de relevância social, que pode ou não consubstanciar tarefa a ser executada continuamente em nome e no interesse da Administração, a limitação expressa no inciso II do art. 57 da Lei federal nº 8.666/93 revela-se inadequada para a disciplina de ajustes de tal natureza, já que a limitação temporal revela ambiguidade e contradição quando o assunto envolve ajustes de natureza convencional, mediante a execução de um plano de trabalho e atingimento de metas. Além disso, importa reconhecer que ao celebrar contrato de gestão, guia-se o Poder Público pelo alcance de valores supraeconômicos, com preponderância, portanto, do escopo social em detrimento de uma pura vantagem econômica qualquer.

Qual, no entanto, o prazo a ser adotado para a vigência de contratos de gestão celebrados com organizações sociais? Prorrogações são possíveis? Qual o prazo máximo?

É bem verdade que não se pode, a título de viabilizar a execução de um serviço de relevância pública, pretender a perenização de relações administrativas com o Poder Público, porque, como visto, o que se tem, na espécie, é a assunção, pelo particular-parceiro, de uma posição de “vantagem” a que outros poderiam aspirar. Além disso, como salientam Sundfeld e Câmara, não se pode deixar de reconhecer que a perenidade de uma

---

*escolha do contratado e de determinação do conteúdo do contrato. O chamamento público não é um processo de licitação – e, por isso, não segue o regime legal desta, que não foi concebido para a formatação de contratos de colaboração – mas se inspira em princípios de algum modo semelhantes. Deveras, o processo será realizado em consonância com os princípios legais e constitucionais da Administração Pública, especialmente publicidade, isonomia e motivação”.*

avença – qualquer avença – pode ser vista como favorecimento indevido ao particular “contratado”, a denotar uma qualquer indeterminação incompatível com o interesse público<sup>26</sup>.

Tal reconhecimento, porém, não pode conduzir à conclusão de que deve haver um limite temporal padrão, extraído da Lei Geral de Licitações, à vigência dos ajustes que o Poder Público celebra, porque isso também revela ideia sobremodo equivocada. Mesmo atualmente já é possível verificar uma multiplicidade temporal bastante diversificada, especialmente em matéria de contratos administrativos ditos comuns, sendo por tudo imprópria a pretensão de sistematizar um regime jurídico único. A propósito, a regra geral definida na Lei federal nº 8.666/93 é a de que os contratos devam ter prazo máximo de 1 ano (duração compatível com a vigência dos respectivos créditos orçamentários, conforme art. 57, *caput*).

Existem, todavia, as exceções: a lei autoriza a prorrogação, para além dos respectivos créditos orçamentários, de contratos cujo objeto esteja inserido no Plano Plurianual (art. 57, I, Lei federal nº 8.666/93). Também por meio de prorrogações, a duração de contratos de prestação continuada pode chegar a 60 meses (art. 57, II), ou a 72 meses, em casos excepcionais (art. 57, § 4º). De se salientar que a legislação restou alterada para admitir ainda contratos com vigência de até 10 anos, quando firmados com base em determinadas hipóteses de dispensa de licitação (art. 57, V, acrescentado pela Lei federal nº 12.349/10), sendo certo, ainda, que tais prazos tampouco vinculariam os contratos da Administração que, segundo a lei, seriam regidos predominantemente pelo direito privado (art. 62, § 3º, I, Lei federal nº 8.666/93)<sup>27</sup>.

Em matéria de contratos de gestão, portanto, qual o prazo a ser adotado? Se é certo, desde logo, reconhecer que a limitação temporal de 60 meses, contida na Lei de Licitações, é imprópria para disciplinar limites temporais de contratos de gestão, por

---

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos* in. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 62.

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos* in. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 62-63. É o que, na esteira do que prelecionam os referidos autores, sucede, a propósito, com os contratos de concessão, que devem ter prazo certo (art. 23, I, Lei federal nº 8.987/95), ainda que a lei não tenha fixado um limite geral a ser observado, cabendo ao poder concedente, em vista das peculiaridades do objeto da outorga, pactuar o prazo adequado para viabilizá-la.

falta de aderência das características deste, como visto, às regras da Lei federal nº 8.666/93, por outro lado, importa reconhecer que prazos longo demais tendem a, por alguma forma, macular princípios que consubstanciam a ideia de igualdade de oportunidades, ainda que se tenha presente que, em matéria de contrato de gestão, prevaleça o escopo da atividade, com acompanhamento do plano de trabalho e avaliação das metas atingidas, e não o prazo em si, próprio dos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, tais como os de limpeza, telefonia ou vigilância patrimonial. Parece, pois, por tudo evidente que um ajuste de natureza colaborativa, para o desempenho de uma atividade de relevância pública, em nada se assemelha àqueles referidos contratos.

Assim, podem os entes políticos, na disciplina da função de fomento estatal, em legislando sobre o tema internamente, dispor acerca de tempo máximo de vigência de contratos de gestão, incluídas eventuais prorrogações, para o atendimento de interesses públicos na celebração de ajustes de colaboração, ou mesmo indicar a lei que a determinação do prazo do ajuste de colaboração deverá se dar contratualmente, como, aliás, feito pela Lei federal nº 8.987/95 em matéria de concessões, sem que se veja nisso qualquer violação à Lei federal nº 8.666/93, materialmente inadequada, como visto, para disciplinar relações de cooperação, cuja lógica da filantropia que a guia é por tudo diversa da lógica negocial e econômica que permeia os contratos administrativos celebrados por pessoas jurídicas que perseguem o lucro em suas atividades.

### **3.3. Limites para acréscimos e supressões no objeto.**

Outrossim, relativamente a alterações no ajuste, para efeito de acréscimos ou supressões, coisa semelhante se passa com a limitação imposta pelo § 1º do art. 65 da mesma Lei de Licitações, quando estabelece o *plafond* de 25% do valor inicial atualizado do contrato em matéria de acréscimos ou supressões relativos a obras, serviços ou compras.

Ora, é de se esperar que os vínculos de parceria contribuam, a um só tempo, para a universalização do acesso aos serviços de relevância pública (tanto na educação, como na cultura, saúde e assistência social, apenas para referir os mais emblemáticos), com incremento dos indicadores de qualidade e eficiência, proporcionando a oferta de mais comodidades materialmente fruíveis aos utentes de um determinado serviço

público, a um custo, no entanto, suportável pela sociedade, personificada no Estado fiscal, que, na atual conjuntura, se alimenta quase que com exclusividade da receita dos impostos que arrecada.

Se, ao lidar melhor com os predicativos de eficiência econômica e administrativa, a entidade parceira, ao tempo em que amplia o acesso de usuários a um determinado serviço público (ou serviço de relevância pública), oferta prestações de maior qualidade, é de se esperar que, em havendo uma decisão política, os governos ambicionem ampliar os mecanismos de prestação da atividade social, mediante, p. ex., atendimento de um número maior de pessoas. Aliás, é sempre expectável o aumento da demanda e a busca de serviços públicos com mais qualidade. De modo que se o parceiro privado (entidade filantrópica), no bojo de um contrato de gestão, não auferir lucro com a atividade que executa, não lhe sendo pago um “preço” (em cuja componente, como visto, se inclui o lucro), mas, ao revés, sendo-lhe garantidos apenas repasses de verbas do orçamento para o cumprimento de um determinado plano de trabalho, desde que, mediante ajuste, Poder Público e parceiro privado acordem ampliar a prestação de um serviço, seja para promover universalização do acesso, seja para garantir mais e melhores comodidades materiais, razão alguma há para se interditar o que, *no fim das contas*, não é outro o desiderato a ser alcançado pelo Poder Público por meio das parcerias.

Conforme visto, não se encontrando em causa um particular que, em ajuste de natureza comutativa, sinalagmática, aufera lucro com a prestação de um serviço, embora deva ser superavitária a atividade – já que não é razoável exigir que o filantropo, para ser qualificado como tal, tenha de ser deficitário economicamente, o que é, em verdade, sinônimo de seu fracasso como instituição, já que nenhuma pessoa, seja ela natural ou jurídica, pode sobreviver apenas às custas de uma qualquer graça sobrenatural<sup>28</sup> - não faz qualquer sentido limitar a atividade de quem, sem ser um agente econômico em mercado

---

<sup>28</sup> No mesmo sentido, é o que sustenta Rodrigo Pagani Souza, que afirma ser equivocada a ideia, porém amplamente disseminada, de que ser sem fins lucrativos signifique ausência de excedentes financeiros. Conforme sustenta, “ser sem fins lucrativos” pode andar junto com “ser financeiramente sustentável” e mesmo “rentável”, desde que a rentabilidade se reverta para o desenvolvimento dos fins institucionais e não para o enriquecimento de sócios e assemelhados (SOUZA, Rodrigo Pagani. *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde* in. Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde. Coordenadores: MODESTO, Paulo. CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 127).

concorrencial, contribui com o Poder Público para execução de tarefas de relevância pública, com alcance de valores supraeconômicos.

Por outras palavras, se aquelas limitações de ordem quantitativa (para acréscimos ou supressões) encontram justificativa, em nome de princípios como a igualdade de tratamento e a impessoalidade nas contratações, quando em causa encontram-se pessoas jurídicas de direito privado que atuam em mercado concorrencial, por outro lado, em se tratando de agentes cooperativos, não encontram qualquer amparo razoável quando, nessa relação de parceria, se apresentam entidades de colaboração, e em cujos ajustes se verifica nítida preponderância social do escopo não econômico.

Logo, é de se concluir, nesse passo, que tais limitações, a partir de uma exegese sistemática, não cabem na dicção do art. 116 da Lei de Licitações, porque, à evidência, não pode ser tida como geral a cláusula limitadora constante do art. 65, § 1º, daquela lei federal. A idêntico resultado, cumpre salientar, chegou o Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) de Goiás, por ocasião de consulta formulada por agente público do Município de Goiânia (Processo nº 16432/12).

A propósito, do texto do anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública, elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, extrai-se previsão normativa, segundo a qual “*o contrato público de colaboração não se submete às normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, salvo quando celebrado na modalidade de convênio, hipótese em que também deve ser observado o disposto no art. 116 daquela lei*” (art. 81 do anteprojeto). Referida previsão, constante em esboço de ato normativo a ser editado pela União, como lei geral da Administração Pública<sup>29</sup>, apenas vai sedimentar o que, como manifestação de uma tendência, já é de ser aceito e reconhecido<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> A propósito, cabível é o questionamento sobre se poderia a União, a título de legislar sobre normas gerais de Administração Pública, dispor, como legislador nacional, acerca de normas de fomento público, já que, no ponto, a Constituição Federal não estabeleceu qualquer espécie de competência subjetiva e material exclusivas.

<sup>30</sup> De se ressaltar que o anteprojeto de lei geral da Administração Pública, talvez com alguma impropriedade de ordem terminológica, denomina de “contrato público de colaboração” o vínculo da entidade estatal com as entidades de colaboração, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica (art. 73, § 3º). Reconhecendo-se que tais ajustes, como já visto anteriormente, ostentam natureza convenial, e a despeito da ressalva feita no § 4º do mesmo art. 73, sendo de todos sabido que o *nomen juris* atribuído ao negócio jurídico possui pouca relevância, recomendável seria, a despeito disso, a não utilização

#### 4. Desafios a serem enfrentados.

Consoante visto, a ideia de uma imposição artificial de uniformidade jurídica à experiência “contratual” pública, cuja característica é, justamente, a da heterogeneidade, se faz sentido num mundo “abstrato”, não resiste, conforme Sundfeld e Câmara, ao teste da “realidade”, porque se trata de generalizações que foram feitas simplesmente por “fazerem sentido”, por soarem convincentes ao intelecto, por agradarem ao espírito sistematizador, coisas bastante distantes das escolhas políticas, expressas pelas normas, e com problemas práticos da experiência cotidiana<sup>31</sup>.

Além disso, o tema das parcerias, para além de todas as dificuldades encontradas em matéria de tratamento legislativo, desperta, como é natural, sérias resistências de ordem ideológica, cujos ruídos, não raro, fazem com que cada passo na direção necessária se converta em tropeço.

Daí que, por meio de uma abordagem puramente dogmática, a contribuição que se pretende com este trabalho ofertar é a de otimização da ação administrativa, frequentemente paralisada por desacordos conceituais ainda existentes entre os órgãos de controle e no interior do próprio aparato administrativo, com a pretensão de apresentar ao gestor público condições para atuar com segurança e agilidade, moralidade e fidelidade ao interesse público, sem o receio de ser mal compreendido a cada passo, motivo invocado por muitos agentes para, não sem alguma razão de ordem prática, refugiarem-se na rotina e no imobilismo.

Adequar a Administração Pública aos desafios do desenvolvimento, preservando a legitimidade da utilização do direito público na realização de tarefas públicas, nos limites adequados à eficiência e à equidade do aparato administrativo,

---

expressa do vocábulo “contrato”, com a finalidade de evitar confusões e afastar preconceitos que, não raro, insistem em contaminar o debate a respeito dos tais vínculos de parceria. Seja como for, fato é que a Exposição de Motivos do referido anteprojeto de lei deliberadamente aderiu ao vocábulo “contrato”: “(...) independentemente da denominação do ajuste na legislação própria dessas entidades (contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou qualquer outra), para os fins deste anteprojeto o vínculo se estabelece por meio do chamado contrato público de colaboração, ao qual não se aplicarão as normas da Lei nº 8.666, de 21-6-93, salvo quando se tratar de convênio, ao qual continuam a aplicar-se também as normas do art. 116 daquela lei”.

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos* in. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 70.

tornam-se, portanto, desafios de relevo a serem enfrentados pelas Administrações Públicas e seus agentes, desde que se assuma e se reconheça que a participação do setor privado apresenta-se hoje como incontornável tendência mundial, da qual o Brasil, aceitando realizar em sua plenitude a ideia de democracia econômica, social e cultural, não poderá se afastar. Na contraface de um mundo em restrições, apresenta-se um mundo de possibilidades.

O alcance desse resultado esperado vai exigir, sobretudo, um consistente amadurecimento relativamente aos vínculos de colaboração que Poder Público e setor privado venham a celebrar, coisa que este Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal, especialmente por meio de suas oficinas de teses, enfim, permite alcançar.

## **5. Conclusões.**

I. O fenômeno a partir do qual os particulares, por meio de impulso estatal, desenvolvem atividades de interesse público, é revelador da assunção de novos papéis pelo Estado, mediante o cometimento de novas funções à Administração Pública, com destaque para as funções de incentivo e regulação;

II. A contratualização de atividades administrativas de relevância pública (tarefas públicas), como manifestação dessa nova forma de administrar, é representativo de um estilo de gestão pública no qual a atuação privada complementa a ação estatal;

III. Os ajustes de colaboração, de que o contrato de gestão, na forma da Lei federal nº 9.637/98, se apresenta como o mais representativo desse especial vínculo de cooperação, assim como as legislações homônimas editadas pelos demais entes da Federação, são reveladores do que pode ser nominado de fenômeno de coprodução do bem público;

IV. Ajustes de natureza colaborativa, os quais têm por base o fomento público, não se confundem com os contratos de prestação de serviços administrativos, cuja disciplina normativa é estabelecida pela Lei federal nº 8.666/93, e que, por conseguinte, é imprópria para reger relação mantida pelo Poder Público com parceiros;

V. A realização de procedimento licitatório, nos termos da Lei Geral de Licitações, para a seleção da entidade privada que, por meio de fomento público, estabelecerá vínculo de

parceria com a Administração, mostra-se inapropriada, já que aquela legislação, a despeito de uma pretensa uniformidade que se quer conferir a todas as espécies de “contratos”, não se aplica, à evidência, a todos os ajustes que o Poder Público celebra;

VI. A regência da disciplina acerca da seleção de parceiros deve ocorrer por meio de regime jurídico-administrativo específico, cabendo aos entes políticos, por meio de atos normativos próprios, estabelecer o procedimento público, objetivo e imparcial para a escolha da entidade privada filantrópica que melhor atenda às exigências da Administração;

VII. A limitação temporal expressa no inciso II do art. 57 da Lei federal nº 8.666/93 revela-se inadequada para a disciplina de ajustes de natureza convenial, já que as entidades privadas filantrópicas, designadamente as organizações sociais, como parceiras do ente estatal no desempenho de uma atividade de relevância social, não são, na forma da Lei Geral de Licitações, prestadoras de serviço administrativo comum a ser executado de forma contínua (contrato administrativo comum);

VIII. Os entes políticos, no exercício de sua autonomia legislativa para dispor sobre fomento público, podem disciplinar o tempo máximo de vigência de contratos de gestão, incluídas eventuais prorrogações, ou mesmo indicar que a determinação do prazo do ajuste haverá de se dar contratualmente, a exemplo do que sucede na Lei federal nº 8.987/95;

IX. A lógica convenial extraída da celebração de ajustes de parceria do Poder Público com o setor privado afasta a incidência do § 1º do art. 65 da Lei Geral de Licitações, quando estabelece o *plafond* de 25% do valor inicial atualizado do contrato em matéria de acréscimos ou supressões relativos a obras, serviços ou compras, tendo em vista o alcance de finalidades supraeconômicas;

X. Torna-se necessário aprofundar os estudos e as investigações em matéria de Terceiro Setor, com vistas à otimização da ação administrativa e superação de preconceitos, que têm por base supostas generalizações promovidas pela Lei federal nº 8.666/93, a fim de conferir ao gestor público condições para atuar com segurança, agilidade, moralidade e fidelidade ao interesse público;

## 6. Referências bibliográficas.

- AMADOR, Olívio Mota. *A Organização do Sector Público da Saúde em Portugal in. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente?* Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BALDO, Rafael Antonio. *Novos horizontes para a gestão pública*. Curitiba: Juruá, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 7 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- KRUGMAN, Paul. *A consciência de um liberal*. Trad. Lisboa: Presença, 2009.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010.
- MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças Públicas – a política orçamentária no Brasil*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias na Saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Arruda. *A intervenção do Estado social na economia – Reflexões em torno de um paradigma in. Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.
- SOARES, Leandro Romano. *Organizações sociais e o dever de licitar para sua escolha*. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS. Belo Horizonte, ano 7, nº 13. p. 85-105, jan/jun 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidPDI0006.aspx?pdiCntd=95894>. Acesso em 20/8/2013.

SOUZA, Rodrigo Pagani. *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde* **in**. Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde. Coordenadores: MODESTO, Paulo. CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD. Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas* **in**. Parcerias Público-Privadas. Coordenador: SUNDFELD. Carlos Ari. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos* **in**. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 11, nº 41, jan/mar 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.