

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO DA PUC/SP – COGEAE

VIVIANE FORMIGOSA VITOR

**O CHAMAMENTO PÚBLICO NO MARCO REGULATÓRIO DAS
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL
(Lei nº 13.019/14)**

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

VIVIANE FORMIGOSA VITOR

**O CHAMAMENTO PÚBLICO NO MARCO REGULATÓRIO DAS
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL
(Lei 13.019/14)**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor Alexandre Levin.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

À Francisca Oliveira Formigosa,
por sua incansável persistência.

AGRADECIMENTOS

A gratidão deve ser um sentimento inerente ao processo da vida. Agradecer a todo instante vivido e a todas as dádivas divinas deve ser uma prática diária com a qual o ser humano alçará níveis de autoconhecimento inimagináveis. Ao longo desse extenso processo de conhecimento e busca por autoconhecimento, vivi momentos de extrema felicidade, regados à amplo companheirismo.

A primeira pessoa que merece sincero agradecimento, sobretudo por seguir sempre seu conselho de ser grata à tudo, é minha mãe: Francisca Oliveira Formigosa.

Este trabalho é fruto de uma longa jornada de uma mãe solteira, no Estado do Pará, nos anos 90. Mãe, a ti sou grata pela vida, educação, valores, a todo sempre!

À Maria José, que me acompanhou e acompanha até hoje, sem sua contribuição afetiva de segunda mãe, também não teria chegado até aqui. Agradeço a ti e a todas as Marias que fazem a diferença na vida de mães solteiras e as ajudam a quebrar paradigmas patriarcais a todo instante.

Às minhas irmãs, Vanessa, Verena e Amanda, agradeço o apoio afetivo e os momentos de extremo cansaço em que me ajudaram a manter o equilíbrio. Vocês são parte desta jornada e, muito além, parte da pessoa que sou, graças ao sentimento de família que nos une independentemente de qual parte deste mundo estejamos.

Aos meus primos, tios, em especial à minha madrinha Maria Luiza e ao meu padrinho – pai – Francisco Irineu Alves (*in memoriam*).

Aos amigos, agradeço a todos pelos debates em sala, os quais ajudaram na construção deste estudo

Agradeço os meus colegas do escritório Dal Pozzo Advogados, cujo apoio e pesquisas foram relevantíssimos para que este estudo pudesse ser concluído.

Ao meu bem, Renan Marcondes Facchinatto, agradeço por seu apoio incondicional e incansável incentivo, serei grata em todos os dias de minha vida!

LISTA DE SIGLAS

OSC – Organização da Sociedade Civil

OS – Organizações Sociais

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

MROSC – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

RESUMO

VITOR, Viviane Formigosa. **O chamamento público no marco regulatório das organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/14).** xx p. 2019. Monografia (Especialização em Direito) – Coordenadoria geral de especialização, aperfeiçoamento e extensão da PUC-SP – COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

As contratações públicas com o Terceiro Setor por meio de parcerias foram objetos de questionamentos em decorrência de desvios e escândalos de corrupção. Nesse contexto, surge a necessidade de aprimorar o antigo sistema existente com novos mecanismos capazes de possibilitar melhor uso dos recursos públicos, mais transparência, isonomia e prestações de contas mais eficazes. Com esse objetivo, foi editada a Lei nº 13.0019/2014, intitulada “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. O texto dispõe mecanismos de contratação e, inclusive, formas de dispensa e inexigibilidade de prévio procedimento para escolha de entidades participantes. Desta feita, o objetivo do presente estudo é apresentar o sistema e, por consequência, analisar o chamamento público disposto no texto legal sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Organização da Sociedade Civil. Terceiro Setor. Chamamento Público. Dispensa e Inexigibilidade.

ABSTRACT

VITOR, Viviane Formigosa. **O chamamento público no marco regulatório das organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/14).** xx p. 2019. Monografia (Especialização em Direito) – Coordenadoria geral de especialização, aperfeiçoamento e extensão da PUC-SP – COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

Public procurement with the Third Sector through partnerships has been questioned as a result of embezzlement and corruption scandals. In this context, there is a need to improve the old system with new mechanisms that enable better use of public resources, more transparency, isonomy and more effective accountability. To this end, Law No. 13.0019 / 2014 was issued, entitled “Regulatory Framework for Civil Society Organizations”. The text has hiring mechanisms and even forms of dismissal and no prior procedure for choosing participating entities. This time, the objective of the present study is to present the system and, consequently, to analyze the public call made in the legal text from the perspective of the national legal system.

Key-words: Civil Society Organizations. Third Sector. Public Call.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 TERCEIRO SETOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 10 |
| 1.1 Atividade de fomento | 14 |
| 1.2 Atividade de fomento como mecanismo de intervenção do Estado | 17 |
| 2 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL..... | 24 |
| 2.1 Novas formas de contratação expressas na lei nº 13.019/2014 | 25 |
| 2.2 Noções básicas sobre o termo de fomento e termo de colaboração. | 27 |
| 2.3 A Lei ° 13.016/2014 e os princípios do ordenamento jurídico administrativo | 34 |
| 3 CHAMAMENTO PÚBLICO | 29 |
| 3.1 Chamamento público: a expressão do princípio licitatório..... | 34 |
| 3.2 A dispensa e inexigibilidade do chamamento público | 41 |
| CONCLUSÃO | 46 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 49 |

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se propõe a apresentar uma análise doutrinária acerca de novas formas de contratações públicas firmadas em parcerias sociais. O estudo envolve as inovações legislativas advindas da lei nº 13.019/2014 (Marco Regulatório do Terceiro Setor), na qual introduz no ordenamento jurídico brasileiro novos instrumentos de contratações públicas e cria espécie de entidade: Organização da Sociedade Civil- OSC.

Tal estudo tem como objetivo analisar o chamamento público no ordenamento jurídico pátrio. Diante desse desafio na doutrina, identifica-se as inovações advindas da referida lei e o conjunto de elementos os quais geram inúmeros questionamentos relevantes acerca do limite de abrangência da lei, a competência legislativa para legislar sobre fomento, dentre outras questões principiológicas.

Para desenvolver a pesquisa faz-se necessária análise a partir de princípios que compõem o regime jurídico administrativo, competência legislativa e autonomia dos entes federativos que incluem uma abordagem sistêmica da Constituição Federal. Para auxiliar e gerir o estudo das inovações legislativas face às competências estabelecidas na legislação é essencial analisar e sedimentar a pesquisa entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, vez que envolve o Terceiro Setor, os princípios e as competências legislativas constitucionais.

A abordagem utilizada no presente estudo será de natureza dissertativa, passando inicialmente pela caracterização do problema, sua classificação e definição, em seguida, identificam-se fatores acerca das inovações advindas com a Lei nº 13.019/2014, expressando como problemática central uma análise doutrinária, mediante estudo sistematizado a respeito do Terceiro Setor, nomeando os fatores que determinam ou contribuem para a aplicabilidade da nova legislação aos Estados e Municípios.

Quanto à realização dos objetivos, trata-se de um trabalho de cunho explicativo, pois além do levantamento das informações necessárias para a análise da legislação pertinente, este estudo também incentivará teorias metodológicas

advindas de pesquisas interdisciplinares destinadas ao avanço doutrinário do tema, ampliando, assim, a reflexão sobre as possibilidades de articulação de cunho teórico e prático da nova legislação em uma situação prática, ressaltando, essencialmente, seus desafios e potencialidades.

Em se tratando dos procedimentos técnicos que serão aplicados ao estudo, teremos a pesquisa bibliográfica por meio de livros, periódicos e artigos relativos às Organizações da Sociedade Civil e competência legislativa, na qual o conhecimento deverá multiplicar-se.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste estudo abrange a análise do Terceiro Setor no ordenamento jurídico pátrio, de modo que elenca a atividade de fomento após a Reforma do Estado. O objetivo do capítulo inicial é compreender a atividade de fomento até a formação atual do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, no capítulo segundo apresentamos as organizações da sociedade civil. O Objetivo deste é analisar as OSC após a edição do Marco Regulatório, ou seja, da Lei nº 13.019/14, bem como as novas formas de parcerias com a Administração Pública.

O terceiro capítulo visa analisar o instituto do chamamento público. Para tanto, é necessário dar início com a compreensão de conceitos relevantes envolvendo contratos administrativos e parcerias sociais. O desenvolvimento deste capítulo visa analisar o chamamento público como mecanismo de contratação e, conseqüentemente, apresenta parâmetros similares ao instituto da licitação disposta na Lei nº 8.666/93. Ao final, apresentamos as possibilidades de dispensa e inexigibilidade que afastam a ocorrência de chamamento público no âmbito de parcerias sociais com a Administração Pública.

Por fim, na conclusão deste estudo apresentamos premissas percorridas ao longo do texto, sobretudo, no que tange a incidência do princípio licitatório ao chamamento público previsto na Lei nº 13.019/14.

1 TERCEIRO SETOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 A noção de Terceiro Setor

O crescimento do Terceiro Setor¹ no Brasil e no mundo está diretamente relacionado com os outros setores, qual seja o Primeiro Setor, o governo, atuando através da função administrativa dos entes públicos e o Segundo Setor, representado pelas empresas privadas com fins lucrativos, o mercado². O Terceiro Setor é constituído por uma gama de instituições: Organizações Não Governamentais, Fundações, Associações, Entidades Assistenciais, dentre outras sem fins lucrativos³.

Historicamente, surgiu em meados do século XIX, onde se registraram o surgimento das primeiras entidades sem fins lucrativos. Ressalta-se que a Igreja Católica era incumbida de grande parte dessas entidades prestadoras de assistência à comunidade. O trabalho das igrejas era desenvolvido em conjunto com o Estado, com o suporte deste, tendo ocorrido durante todo o período colonial, findado no início do século XIX.

Mais tardar, em meados do século XX, a miscigenação cultural originou outras religiões, as quais passaram a atuar em conjunto com a Igreja Católica

¹ Rodrigo Pagani de Souza elenca a expressão “terceiro setor” nos seguintes moldes: “A expressão “terceiro setor” designa o conjunto de entidades que não fazem parte nem do mercado (primeiro setor) nem do Estado (segundo setor), mas de uma terceira seara da vida em sociedade. Nesta seara, os agentes realizam atividades de interesse público, sem, no entendo, almejam o lucro como o fazem os agentes de mercado, e sem, tampouco, integrarem o aparelho do Estado como ocorre com os órgãos e entidades governamentais. O uso da expressão disseminou-se no Brasil e no mundo, a ponto de tornar-se lugar comum na literatura das ciências políticas e sociais e rivalizar com outras denominações empregadas para designar o mesmo fenômeno”. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 21

² É o que se extrai dos ensinamentos de Marçal Justen Filho: “O primeiro setor é composto pelos bens públicos e pelas organizações estatais. O segundo setor é integrado pelos bens privados e pelas empresas particulares que atuam em busca do lucro. O terceiro setor engloba bens e sujeitos privados que visam a satisfação de necessidades coletivas, sem intuito lucrativo.” *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

³ *Ibidem*. Segundo Rodrigo Pagani, a expressão “entidades privadas sem fins lucrativos” traz extensas dificuldades: [...] é comum no Brasil o uso da expressão “entidades privadas sem fins lucrativos”. A expressão traz a dificuldade de reportar-se a um universo muito grande de entidades, bastante variadas entre si. Tem alcance mais amplo que a expressão terceiro setor, pois refere indistintamente as entidades de benefício mútuo e as de benefício público. Reúne sob a mesma designação entidades paraestatais, como o são várias autarquias profissionais no país, com entidades verdadeiramente da iniciativa privada, sem fins lucrativos. De resto, a dificuldade de precisar-se a abrangência da expressão não é sentida só no Brasil; nos Estados Unidos é difícil precisar-se o alcance, também, de sua correspondente na língua inglesa, “*nonprofit organizations*”. p. 12.

executando atividades filantrópicas. Entretanto, a relação entre tais entidades, a Igreja e o Estado distanciaram-se no período republicano. Neste período, houve grande avanço social, notável modernização da sociedade em virtude dos avanços industriais e urbanos, aumentando de forma concorrente os problemas sociais.

Nesse diapasão, ocorre o surgimento em meados da década de 30 de inúmeras entidades da sociedade civil, em maioria ainda atreladas ao Estado. Posteriormente, já no Estado Novo houve o contínuo processo de criação de organizações com finalidade pública, crescendo significativamente o número de entidades atuante junto ao Terceiro Setor, porém, sem representatividade consolidada. Desta forma, neste período as entidades não eram mais coligadas à Igreja e ao Estado, eram não governamentais, sem fins lucrativos e com finalidade pública.

A sociedade evoluiu de forma desproporcional, causando no Brasil uma crise institucional que deu origem ao Regime Militar. Tal fato constituiu uma sociedade desigual, fazendo com que em meados das décadas de 70 e 80 comesçassem a surgir movimentos sociais em oposição ao Regime Militar e reivindicando direitos sociais ignorados até então pelos militares com suas práticas abusivas.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, após significativa mobilização da sociedade, houve a expressa tutela aos direitos sociais e o princípio da descentralização. Tal fato possibilitou significativo crescimento do Terceiro Setor, mais precisamente a explosão de surgimento de Organizações Não Governamentais, conforme os ensinamentos Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

“Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados.”

Com advento da Constituição Federal de 1988 funda-se em nosso país um ordenamento jurídico empenhado na garantia de direitos e na participação da

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.231.

sociedade no âmbito da atuação estatal. Então, no ordenamento jurídico brasileiro é possível que a Administração Pública induza o particular a realizar determinado comportamento de sua própria vontade, mas constituindo interesse público, é o que se denomina de atividade administrativa de fomento.⁵

O fomento público pode ocorrer através de normas de indução as quais o particular pode escolher pelo cumprimento ou não da norma, portanto, ocorre sem qualquer mecanismo de coação. Ou seja, a atuação da Administração Pública é voltada para o exercício da atividade administrativa com vistas à garantia do interesse público constituindo, portanto, uma atividade teleológica formada para satisfação de necessidades coletivas.⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷ justifica o fortalecimento do Terceiro Setor:

“O que alimentou estas criações, filhas queridas do neoliberalismo, foi a assertiva corrente de que o Estado é mau prestador de serviços. Ocorre que o Estado é, sem dúvida alguma, pior fiscalizador do que prestador de atividade.”

Dentre os mecanismos de fomento utilizados no ordenamento jurídico brasileiro existem as parcerias entre o Poder Público e particulares, atualmente regidas por uma norma forma de contratar com advento da Lei Federal nº 13.019/14.

Neste âmbito de contratação foi possível encontrar novos institutos, bem como, antigos, fator que constitui pormenores e embaraços passíveis de questionamentos, dentre eles a chamamento público e as possibilidades de contratação direta previstas na referida lei.

O exercício ineficaz da atuação estatal, especificamente nas questões de cunho social, possibilitou o crescimento do Terceiro Setor, vez que o Estado não

⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Terceiro Setor*. p. 24. “ A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação”.

⁶ ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de derecho administrativo*, v. II, p. 857, *apud* ROCHA, Silvio Luís da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 23

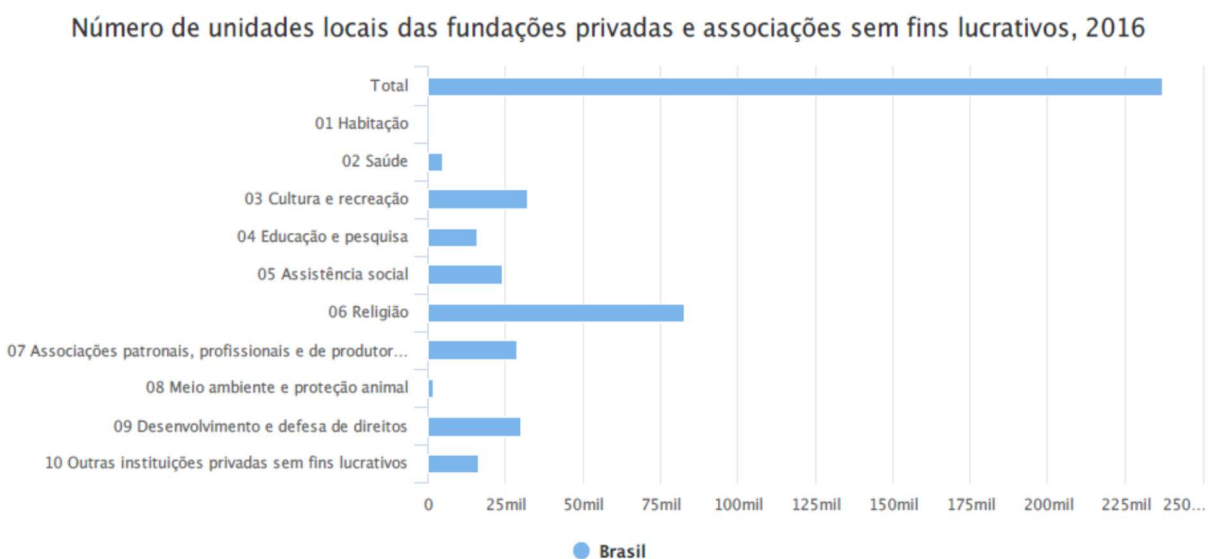
⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.231.

demonstrara real capacidade de suprir as demandas sociais pleiteadas pela população desprovida. Outro fato concorrente que também colaborou para a expansão do Terceiro Setor consiste na consolidação de políticas neoliberais, as quais produziram certa insegurança econômica e social de forma mais expressiva em países emergentes como o Brasil.

Ressalta-se que em meio a reforma administrativa realizada nos anos 90 no Brasil, houve o crescimento do terceiro setor. À época já tinham sido editadas leis sobre o tema, a exemplo da Lei nº 91/1935, porém com a precariedade orçamentária para realização de serviços públicos embasaram a busca pela flexibilização das normas possibilitando maior autonomia à Administração Pública através do regime tratado com a iniciativa privada.

Neste sentido, primeiramente adveio a Lei nº 9.637/1998 e posteriormente a Lei nº 9.790/1999. A primeira lei supracitada tratou de regulamentar as Organizações Sociais, já a segunda as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, entretanto, ambas permitiram a possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado receberem recurso público.

A multiplicidade de instituições tornou necessária atenção à forma de contratação realizada. Isso porque, pesquisas realizadas apontam a massificação de entidades no Brasil⁸:



Fonte: "IBGE – Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos"

<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/outras-estatisticas-economicas/0625-as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil.html?=&t=destaques>

Veja-se, portanto, a evidente disseminação de fundações privadas e associações sem fins lucrativos em setores relevantes como a habitação, saúde, cultura e recreação, educação e pesquisa, assistência social, religião, produtores rurais, meio ambiente, proteção animal, desenvolvimento, dentre outros.

1.2 Atividade de fomento

A Administração Pública exerce atividade administrativa visando garantir a tutela e o exercício do interesse público, constitui uma atividade teleológica formada pelo conjunto de atos e procedimentos realizados com vistas à satisfação das necessidades coletivas.⁹ Tais finalidades podem ser atingidas de modo direto ou indireto, assim sendo o alcance ocorre através de atos que não visam diretamente a satisfação de interesse público, entretanto, são realizados pela Administração de modo indireto por intermédio do estímulo de atividades dos particulares, esta atividade administrativa intitula-se fomento.

Por certo, Jordana de Pozas, entendeu em seu trabalho “*Ensayo de una teoría del fomento*” a ação de fomento como uma via média entre a inibição e o intervencionismo do Estado, com a pretensão de conciliar a liberdade com o bem comum mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo para que queira a satisfação da necessidade pública. Portanto, a influência em questão deve ocorrer de forma sutil sem mecanismos de coação.

Mais adiante, descreve fomento como: “*acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos e riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción*”.¹⁰

⁹ ROCHA, Silvio Luís da. Terceiro Setor, 2003, p.23, apud ESCOLA vol.II, p. 857.

¹⁰ POZAS, Luís Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, Revista de Estudios Políticos 48, 1949, p.44.

Pelos ensinamentos de Jordana de Pozas é possível enumerar o fomento com as seguintes espécies: fomento honorífico, econômico e jurídico.¹¹ No mesmo sentido, os ensinamentos de José Roberto Pimenta Oliveira¹² complementam o tema:

“Quanto às vantagens concedidas, os autores fazem referência aos meios psicológicos, honoríficos, econômicos, estes últimos subdivididos em diretos e indiretos, e jurídicos. [...] Os meios honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público em razão de certo ato ou conduta exemplar. [...] Os meios econômicos constituem medidas de fomento que acarretam uma vantagem patrimonial ao sujeito beneficiário da atividade administrativa. [...] Os meios financeiros revelam, a seu turno, a atividade de fomento que implica outorga de vantagens pecuniárias ao beneficiário, seja de forma indireta, seja de forma direta, dependentes da efetiva aplicação ou dispêndio de recursos econômicos pelo ente fomentador ao sujeito fomentado para o desempenho da atividade de interesse público.”

O fomento é uma atividade de persuasão onde a tensão empregada é sempre a estimular para que algo seja feito, então, através deste a Administração alcança finalidades públicas sem qualquer meio de coação, bem como sem a realização de prestações públicas por sua conta direta.¹³

O fomento é atividade administrativa e, como tal, deve reger-se pelas normas do regime jurídico administrativo. No Brasil, como expresso na Constituição Federal de 1988 no art.37, *caput*, a atuação da Administração Pública submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Porquanto, a atividade administrativa de fomento deve ter previsão legal, não sendo admissível qualquer outro meio diverso de lei, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴:

Em todas as entidades do Terceiro Setor estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares, desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se receberem ajuda ou incentivo do Estado

¹¹ *Ibidem*, nota de rodapé nº 3. E completa como seguinte ensinamento: “é impossível estabelecer um catálogo das formas que podem revestir a administração do fomento. Sua característica e sua excelência radicam, precisamente, na flexibilidade, na adaptação às circunstâncias.”

¹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 522-523.

¹³ ROCHA, 2003, p. 25 apud DROMI, p.655.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254

sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público.

Além de que, deve ter como pauta de alcance o estímulo e preservação de atividade privada satisfatória de uma necessidade coletiva. Destarte, a atividade de fomento que não encalce um interesse público, não deve ser considerada legítima, portanto, é ilícita¹⁵, como bem ensina Silvio Luís Ferreira da Rocha:

“A atividade de fomento deve sempre buscar incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral não é lícita.”

O fomento legítimo tende a estimular atividades favoráveis às necessidades coletivas para o alcance do bem-estar social e a garantia do interesse público. Portanto, a atividade de fomento estende-se também ao recebimento de bens e direitos, conforme as lições de Rafael Valim¹⁶:

“O sujeito fomentado ora receberá bens e direitos sem contraprestação perante a Administração Pública – subvenções, subsídios e cessão gratuita de bens públicos –, ora receberá bens e direitos com a assunção de contraprestação em condições mais favoráveis que as praticadas no mercado – meio creditícios, cessão onerosa de bens públicos e participação minoritária do Estado em sociedades privadas. Isso justifica, portanto, a expressão “sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas” no conceito de fomento.”

A necessidade de contrapartida também é defendida por Ricardo Marcondes Martins¹⁷:

“Não basta, porém, a caracterização do fomento para que a parceria seja válida. Há que se ter uma proporção entre os benefícios obtidos

¹⁵ *Terceiro Setor*, p. 31.

¹⁶ VALIM, Rafael. *A Subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 57.

¹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.) *Parceria com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 277.

pela ajuda pública e os gastos dela decorrentes. Isso pela evidente razão de que a atividade administrativa de fomento deve estar respaldada no interesse público. A proporcionalidade é estabelecida pelas contrapartidas exigidas do fomentado. Eis a diretriz fundamental nesse tema: regra geral, deve haver uma contrapartida proporcional à ajuda administrativa.

Nesse sentido, concluímos que a contraprestação consiste em elemento fundamental para a devida compreensão da relação de fomento, tendo em vista que constitui benefício patrimonial em favor do administrado. Não obstante, a Administração Pública tem a competência de utilizar de tais benefícios como mecanismos para intervenção estatal.

1.3 Atividade de fomento como mecanismo de intervenção do Estado

Com advento da Constituição Federal de 1988 funda-se em nosso país um ordenamento jurídico empenhado na garantia de direitos e na participação da sociedade no âmbito da atuação estatal. Porquanto, ao Estado incumbiu-se o desenvolvimento ou estímulo de práticas redistributivas ou assistencialistas, sendo de incumbência do poder público a responsabilidade primária.¹⁸

Entretanto, é possível desincumbir-se de tal responsabilidade mediante ação direta ou práticas estimulantes que induzam a iniciativa privada a prática de comportamentos benéficos a coletividade através de vantagens, financiamentos, dentre incontáveis atividades de fomento as quais constituem formas de intervenção do estado na ordem econômica, conforme ensina Carlos Ari Sundfeld¹⁹:

“O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social. É dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE) nº 14, 2008. p. 16.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 55.

Em um primeiro plano, aparecem os chamados direitos sociais, ligados, sobretudo, à condição dos trabalhadores: garante-se o direito ao salário mínimo, restringe-se – em nome da proteção do economicamente fraco – a liberdade contratual de empregadores e empregados. De outro lado, o indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais.”

Nesse avanço estatal, a Constituição Federal estabelece objetivos para ordem econômica os quais o Estado deve garantir expressos no art. 170²⁰, *caput*, onde figuram como princípios-fins descrevendo realidade a ser alcançada por parte do Poder Público.

Segundo Luís Roberto Barroso, os princípios-fins são finalidades na ordem econômica da qual o Estado é agente econômico ao lado dos particulares para o alcance dos objetivos sociais almejados. Nessa ordem, cabe ao Estado influenciar a atuação dos agentes econômicos através da atividade de fomento sem coagir, todavia, os particulares a anuência.

A intervenção estatal por via do fomento opera-se através da adesão do particular ao comportamento induzido pelo Estado, constitui-se uma opção dos agentes econômicos beneficiários futuros por meio dos mecanismos de fomento oferecidos.

Esta modalidade de intervenção do estado no domínio econômico ocorre mediante normas de intervenção por indução, são preceitos prescritivos sem a mesma carga de intervenção das normas de intervenção por direção, portanto, versa sobre normas dispositivas sem ignorar a vontade de seus destinatários, apenas no intuito de levá-los a escolha econômica de interesse coletivo.²¹ A estes resta a opção de escolha de aderir ou não a norma incentivadora de toda ordem, porém, caso o faça estará vinculado juridicamente às prescrições correspondentes aos benefícios ofertados decorrentes da adesão à norma fomentadora.

²⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”

²¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, p.164.

Neste contexto, surgiram as primeiras normas com a finalidade de financiar atividades privadas de interesse público por meio de mecanismos contratuais firmados com o Poder Público com autonomia para realizar suas atividades, entretanto, submetendo-se ao controle estatal. As primeiras legislações de fomento referentes ao terceiro setor²² surgiram em 1994 com a Lei das Fundações de Apoio (Lei nº 8.958/94), a posteriori pelas leis das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (Lei nº 9.790/99), e finalmente por inúmeras outras normas regulamentadoras infralegais (decretos, parcerias, etc).

O ordenamento jurídico brasileiro comportou novas qualificações jurídicas fornecidas pelo Estado, nomeadamente organização social, OSCIP, entidade beneficente, dentre outras. Com efeito, manifesta-se a possibilidade de celebração de convênios, contratos, dentre outros, para a formação de parcerias com a Administração.

Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro novas figuras jurídicas através da chamada reforma administrativa. Desta forma, com o advento da Lei nº 9790/99 surgiram no Brasil as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público- OSCIP. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público fazem parte do Terceiro Setor, em conjunto com as organizações sociais e outras.

O fomento pode ocorrer de diversas formas. Dentre as formas comuns situa-se o fomento econômico, no qual a Administração Pública aplica recursos na iniciativa privada. São qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público- OSCIP as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos da lei (art. 1º da Lei nº 9790/00).

As OSCIP distinguem-se das Organizações Sociais em virtude de inúmeros fatores, dentre eles, a vinculação na qualificação; não celebram “contrato de gestão” com a Administração Pública, mas “termos de parceria”; entre outros. Em 2014

²² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Terceiro Setor, p. 15. “Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.”

criou-se a figura da Organização da Sociedade Civil com o advento da Lei nº 13.019, de 31.07.2014, estabeleceu-se 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.

Ademais, estabeleceu normas gerais para padronizar relações de cooperação das parcerias realizadas entre a Administração e as organizações da sociedade civil. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e 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. (gn)

Ressalta-se que a lei se intitula como norma geral, entretanto, não expressa se se trata de normas de contratações públicas ou fomento, resta configurada a divergência sobre a natureza jurídica da supracitada legislação. Para Celso Antônio Bandeira de Mello²³, normas gerais instituem diretrizes:

“A competência para legislar sobre licitação (e contratos administrativos) assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas,

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.544.

pelo quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. *Sem embargo, todas devem acatamento às “normas gerais” legislativamente produzidas com alcance nacional, conforme “supra” anotado.”*

Portanto, fundamentos e preceitos que podem ser aplicados de forma padronizada em todo país, esta é uma competência privativa da União, conforme expresso no art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

No âmbito da parceria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala:

“Todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores públicos e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.”²⁴

Para a autora supracitada a parceria pode servir para inúmeros objetivos, dentre eles o alcance das necessidades coletivas, fator determinante para a realização do estímulo realizado mediante o fomento público concretizadas nas atividades do terceiro setor. Nesse sentido, as parcerias podem unir interesses diversos os quais levem ao alcance de interesse comum a todos através da colaboração entre particulares e o Poder Público.

Com efeito, houve a crescente evolução no repasse de recursos públicos destinados às parcerias com o terceiro setor, tornando necessário haver determinada especialização de atividades e meios jurídicos para a garantia da plena execução dos projetos firmados, bem como despertar a atenção dos órgãos de controle, visto que não há recursos financeiros em abundância.

²⁴ Parcerias na Administração Pública, p. 31.

As parcerias podem conter ou não transferência de recursos públicos, entretanto, houve nítido aumento de perigos e embaraços para o pleno exercício da atividade ajustada, como aduz Carlos Ari Sundfeld: ²⁵

Um deles – bastante nítido – é o risco de exigência de que entidades do Terceiro Setor mimetizem comportamentos do Estado, como se seus contratos com o estado fossem pactos de importância menor, sua ação fosse mera extensão da atividade estatal, os recursos que lhe são dados estivessem sempre gravados como estatais, seus agentes fossem, na verdade, funcionários públicos – enfim, como se na prática fossem organizações estatais desprovidas da liberdade que o mundo privado e a Constituição lhes asseguram.

O tratamento dos parceiros públicos como se competências públicas fossem sua responsabilidade conduziu a embaraços extremos, vez que a legislação vigente falha ao proibir tudo e acaba por tudo permitir. Os efeitos práticos desta distorção foram incontáveis litígios administrativos e judiciais, garantindo um colapso no antigo sistema de contratação.

É nesta plêiade de fatores negativos e de riscos, somados a outras dificuldades, dentre as quais ineficiência do serviço público, escassez econômica, orçamentária e financeira, nasce a necessidade de adequação do ordenamento jurídico à evolução das parcerias do setor privado com o Poder Público com regras claras e objetivas, sem margem para desvios, deixando no passado transferências de recursos às entidades filantrópicas com dimensional margem discricionária em virtude da simples *seleção* das quais seriam abarcadas pelo fomento público.

Nesta seara, adveio a Lei nº 13.019 em 2014 regendo a atuação dos parceiros públicos estabelecendo normas gerais para as parcerias entre a Administração Pública e organizações de sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.²⁶

²⁶ Art. 1º, caput. Lei nº 13.019/2014.

2 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

2.1 Organização da Sociedade Civil nos termos da Lei 13.019/2014

A Lei nº 13.019/2014 tem por objetivo, a criação de um marco regulatório de parcerias com a Administração Pública, bem como com a finalidade de estabelecer critérios objetivos para a seleção de entidades, modalidades de parcerias, formas de execução, regras para prestação de constas e, conseqüentemente, as devidas sanções.

O PL 649/2011 deu origem à legislação em comento, tendo como fundamento constitucional o art. 22, XXVII da Constituição Federal, sob a justificativa de que se trata de norma geral abrangendo contratações.²⁷

O regime jurídico de que trata a Lei nº 13.019/2014 tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social²⁸, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

Para os fins da lei supracitada, considera-se Organização da Sociedade Civil entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre seus agentes dividendos auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os apliquem integralmente na consecução do respectivo objeto social de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Por parceria a referida lei conceitua como conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil, em

²⁷ PL 649/11, p. 53: “ O fundamento constitucional da lei que se pretende criar é o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que estabelece competência privativa da União para legislar a respeito de normas gerais em todas as modalidades de contratação para a Administração Pública em todos os níveis (União, Estado, Distrito Federal, Municípios), incluindo entidades da administração indireta. Esse dispositivo constitucional, é bom frisar, também é o fundamento da Lei nº 8.666/93, bem como de seu já mencionado art. 116.” Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2945793&ts=1567531787935&disposition=inline> Acesso em set 2019.

²⁸ É imperioso destacar o art. 18 da lei supra: Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

2.2 Novas formas de contratação expressas na lei nº 13.019/2014

A Lei nº 13.019/2014 conhecida como Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor trouxe inúmeras inovações, o que tornou necessário que as regras trazidas só passassem a ter efeito tempos depois, em alguns casos ainda entrará em vigor, como em relação aos Municípios, somente em 2017.

Tal novidade legislativa visa regulamentar a realização de parcerias voluntárias independente de haver ou não transferência de recursos por parte da Administração, no que se refere a questões de interesse público envolvendo os entes federados e as respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista com as Organizações da Sociedade Civil.

Ressalta-se de antemão que nos termos advindos na lei supracitada considera-se parceria toda e qualquer modalidade de ajuste previsto na lei independente de haver ou não transferência de recursos entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil as quais atuam em regime de cooperação.

Entretanto, as exigências previstas na Lei nº 13.019/2014 não se aplicam a toda e qualquer parceria, visto que não abrange casos de transferência de recursos previstas em tratados, acordos e convenções internacionais que forem homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal, quando os recursos em questão forem oriundos integralmente de fonte externa de financiamento.

Nesta mesma linha, não será exigida para transferências voluntárias regidas por lei específica, salvo naquilo em que houver disposição expressa em contrário. E, por fim, não será exigida nas contratações envolvendo contratos de gestão celebrados com organizações sociais firmados na forma da Lei nº.9.637/98, a qual regia a antiga forma de contratação entre tais entidades e a Administração Pública.

O texto original da lei, posteriormente modificado, incluiu no ordenamento jurídico duas novas formas de contratação, em oposição ao termo de parceria já utilizado pelas OSCIP'S, portanto, surgiu uma nova forma de contratar, não sendo possível atuar em desconformidade com a nova legislação vigente, sob pena de ilegalidade e afronta aos princípios que regem a Administração Pública estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Dentre as inovações da Lei nº 13.019/2014 estão os termos de fomento e os de colaboração. Considera-se termo de fomento o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros. Enquanto se considera termo de colaboração o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolva a transferência de recursos financeiros.

Observar-se nos termos expressos na Lei nº 13.019/2014 que os institutos são distintos, embora de igual finalidade, haja vista que envolve a transferência de recursos financeiros. Deste modo, o termo de fomento é proposto pela OSC, enquanto o termo de colaboração é proposto pela Administração Pública.

Nos termos da referida lei, a Administração Pública pode fazer transferências voluntárias de recursos para organizações da sociedade civil o com a finalidade de que sejam realizados planos de trabalho em regime de mútua cooperação. Sendo assim, a OSC parceira precisa passar por uma seleção, este procedimento denomina-se chamamento público.

Portanto, ao realizar a seleção a Administração não pode se escusar do regime que lhe é imposta, bem como dos deveres inerentes à garantia do interesse público envolvido na contratação.

As novas formas são: o termo de fomento; termo de colaboração e por último, incluído na reforma da lei ocorrida em 2015, o termo de cooperação.

2.3 Noções básicas sobre o termo de fomento e termo de colaboração.

A Lei 13.019/2014 conceitua como termo de fomento o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa; a promoção e a defesa dos direitos humanos, dentre outros.

Em contrapartida, o termo de colaboração consiste no instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela Administração Pública que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Em 2015 com advento da Lei nº 13.204/2015 houve uma reforma na Lei nº 13.019/2014 incluindo algumas questões importantes e institutos, qual seja o termo de cooperação.

Deste modo, conceituou-se como acordo de cooperação o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de

interesse público e recíproco que não envolva a transferência de recursos financeiros.

Portanto, em termos práticos os institutos são os mesmos, divergindo apenas no que tange a transferência ou não de recursos financeiros, visto que possuem a mesma forma e os mesmos objetivos gerais, posteriores ao chamamento público.

3 CHAMAMENTO PÚBLICO

As formas de contratação elencadas na Lei 13.019/14, para serem firmadas prescindem de um prévio procedimento denominado *chamamento público*.

Os estudiosos sobre o tema elegeram o chamamento público como a principal novidade, inovação, trazida pela Lei nº 13.019/2015, visto que nas legislações anteriores não existia procedimento semelhante e sendo vinculado aos princípios administrativos constitucionais. O chamamento público está previsto no art. 23 e seguintes da lei, vejamos:

Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

Portanto, a finalidade do instituto é selecionar a organização com base em critérios claros e específicos para assegurar a legalidade do procedimento contratual e a eficiência da prestação do serviço.

O edital do chamamento público especificará a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria, bem como o tipo de parceria a ser celebrada e seu objeto; as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos.

Em alguns casos, haverá critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, situação que muito se assemelha ao procedimento licitatório estabelecido na Lei nº 8.666.

Ademais, deve cumprir as exigências de que a organização da sociedade civil possua, quais sejam: a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de

natureza semelhante; c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

O chamamento público, em termos gerais, se trata de um processo administrativo, portanto, é cabível interposição de recursos administrativos pelas partes, sendo necessário estabelecer na seleção as condições para interposição de recurso administrativo.

Também é obrigatório conter a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria, bem como, de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos. Esta exigência fomenta a inclusão social de pessoas com deficiência ao serviço público em tese.

Outra semelhança bastante considerável com o procedimento previsto na Lei Geral de Licitações consiste na vedação de admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria.

A vedação é mais ampla no sentido de proibir que se possa prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitido no que tange à seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria. Ainda assim, o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.

Como ocorre na Lei Geral de Licitações e em respeito ao princípio da publicidade, o edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da Administração Pública na internet com antecedência mínima de trinta dias. No texto original da Lei não havia regulação concreta a respeito da utilização de sítios, ainda

não há. Entretanto, restou estabelecido ser possível a utilização de sítio para a divulgação do edital, das fases do processo, bem como do resultado e suas justificativas.

Com a reforma da Lei ocorrida em 2015, tornou-se expresso que as pessoas jurídicas de direito público interno e as entidades personalizadas da Administração poderão criar portal único na internet que reúna as informações sobre todas as parcerias por elas celebradas, bem como os editais publicados. Fato que anteriormente não estava previsto no texto original da Lei nº 13.019/2014.

A referida lei expressa as minúcias do chamamento público, torna necessário que seja observado o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e ao valor de referência constante do chamamento público como critério obrigatório de julgamento.

As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada ou constituída pelo respectivo conselho gestor, se o projeto for financiado com recursos de fundos específicos. Porém, proibiu a participação da comissão de seleção pessoa que, nos últimos 5 (cinco) anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, 1 (uma) das entidades em disputa.

Observa-se que determinado impedimento visa garantir o respeito ao princípio da impessoalidade ao impedir a participação de pessoas com interesses secundários no julgamento das propostas.

Nos casos em que tenha configurado o impedimento anteriormente citado, deverá ser designado membro substituto que possua qualificação equivalente à do substituído, porém, não isento das mesmas exigências pessoais.

Ao final, a Administração Pública homologará e divulgará o resultado do julgamento em página do sítio oficial da Administração Pública na internet ou sítio eletrônico oficial equivalente. Entretanto, tem de ser obrigatoriamente justificada a seleção de proposta que não for a mais adequada ao valor de referência constante do chamamento público.

Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a Administração Pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos previstos na lei.

Após todo esse procedimento, é válido ressaltar que a homologação não gera direito para a organização da sociedade civil à celebração da parceria. Este fato gera inúmeras questões doutrinárias, assim como ocorrido nos procedimentos licitatórios previstos na Lei Geral de Licitações, apesar de não ser o objeto do presente trabalho, a questão da responsabilização não pode ser totalmente ignorada.

A Administração Pública possui sua atuação baseada no princípio da autotutela, no qual exerce controle sobre os próprios atos podendo anular os ilegais ou revogar os inoportunos independentemente de autorização do Poder Judiciário, constitui um desdobramento do princípio da legalidade, visto que a Administração Pública está sujeita à lei sendo dever realizar o controle da legalidade.

Deste modo, é com base nesta prerrogativa que torna possível a não vinculação a contratação, sendo possível que embora a entidade tenha sido declarada vencedora da seleção não venha ocorrer contratação.

O mesmo ocorre nos procedimentos regidos pela Lei Geral de Licitações, onde está expresso ser possível revogar por razões de interesse público ou anular a licitação já concluída, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa nos casos de ilegalidade.

Para garantir maior segurança jurídica aos participantes do certame previsto na Lei nº 13.019/2014, as condições para a anulação deveriam ser as mesmas da Lei Geral de Licitações, posto que, embora não haja obrigatoriedade na contratação, existe uma evidente expectativa de direito por parte da entidade a ser contratada que deve ser assegurada.

Inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acena neste sentido de que há apenas uma expectativa de direito e não um dever de adjudicação, portanto, está atrelado ao juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública.

Os termos previstos na Lei nº 13.019/2015 expressando somente que não está vinculada a contratação, não garante segurança jurídica à entidade contratante, bem como não tutela a ampla defesa e o contraditório, devendo ser objeto de análise posteriormente em outra oportunidade.

Ainda sobre as inovações que envolvem o âmbito do chamamento público, a legislação tornou possível haver atuação em rede pelas entidades. A rede, inicialmente, causou estranheza em virtude da amplitude das disposições impostas pela lei, mas, a priori o que há de concreto é a possibilidade de união de vários projetos com a finalidade de valorizar a integração do acesso às parcerias, porém, sob responsabilidade da entidade a qual restou firmado o termo de fomento ou de colaboração. Esta forma de atuação foi posteriormente revogada com o advento da Lei nº 13.204/2015.

É possível que o chamamento público seja dispensável, nos termos do Art. 30. A Administração Pública poderá dispensar a realização do chamamento público no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame; bem como, no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Inclusive, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social; nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por

organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Como ocorre também na Lei Geral de Licitações é prevista a possibilidade de não exigir o chamamento público. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica. Ou seja, nos casos em que não haja possibilidade de escolha mais ou menos plausível com o interesse público envolvido no serviço público a ser prestado pela entidade contratada.

Portanto, vimos que o chamamento público muito se assemelha com o procedimento licitatório, principalmente em termos gerais, visando garantir a impessoalidade, publicidade, eficiência do certame.

3.1 A Lei nº 13.019/2014 e os princípios do ordenamento jurídico administrativo

É sabido que a atividade administrativa está sujeita à lei e pacífico que a Administração assim como os administrados não tem a garantia de dispor sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de garanti-los, estão sujeitos á inúmeros princípios, dentre eles: legalidade e seus correlatos (finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado); da continuidade do serviço público; autotutela; isonomia; inalienabilidade do interesse público; do controle jurisdicional dos atos administrativos, dentre outros, consequências do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Dentre o mais importante no âmbito do direito público rege o princípio da legalidade, o qual expressa a subordinação da atividade administrativa à lei. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁹:

“ A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a

²⁹ MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.”

Observa-se que o conceito expresso acima não restringe apenas a atuação do administrador público, mas a atuação como um todo, envolvendo a administração em si. Desta forma, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem afronta à lei, mas, só pode ser exercida nos termos da lei. Portanto, constitui-se uma legalidade diversa, onde não é necessário haver ausência de oposição legal, presume-se que o que não está previsto em lei é vedado.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello³⁰, a legalidade deve ser entendida como conformidade à lei. Com estes ensinamentos podemos observar a real necessidade de unificar a forma de contratação e a realização de parcerias no Terceiro Setor para assegurar o estrito cumprimento da legalidade e sinalizar que as práticas antigas não devem mais ser usadas para novas formas de atuar.

Além do estrito cumprimento da legalidade, é possível encontrar no texto da referida lei a finalidade de tutelar outros princípios da Administração Pública, dentre eles os previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O instituto, principal inovação legislativa advinda com a Lei nº 13.019/2014, o chamamento público visa tutelar inúmeros princípios que regem o regime jurídico administrativo brasileiro. Inicialmente, resta analisar o princípio da publicidade.

O princípio da publicidade é regra inerente à indisponibilidade do interesse público, de modo que nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello se são interesse de toda a coletividade os atos devem ser exibidos. O princípio da publicidade impõe uma atuação transparente e acessível, deste modo, o uso de sítios na internet para garantir o acesso à informação e a fiscalização do certame e

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. Cit.* p. 79: “Em suma, a lei, ou, mais precisamente o sistema legal, é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão “legalidade” deve, pois, ser entendida como “conformidade à lei” e, sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria descrição, adquirindo então um sentido mais extenso. Ou seja, é desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, os atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores.”

da parceria firmada constitui-se como ferramenta concreta de viabilização de tal regra.

Outro princípio evidente no texto legal supracitado é a isonomia. Através do chamamento público e das medidas de suspeição de participação da comissão julgadora das propostas, torna-se possível que, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos, qualquer entidade devidamente qualificada possa participar e vir a pleitear a parceria em tese. Isto garante a busca plena pelo interesse público, sem haver qualquer tipo de contaminação por parte de interesses secundários ou escusos.

A isonomia pode ser garantida, além das possibilidades assim, quando houver ausência de justificativa para a não aceitação da entidade em preferência de outra, sendo possível interpor recurso administrativo.

Em termos gerais, o chamamento público possibilita segurança jurídica à entidade contratada ao ressaltar o cumprimento dos princípios administrativos.

O princípio da eficiência, o qual o administrador deve agir de forma econômica e eficiente, está pautado nos critérios de julgamento das propostas nos termos da lei. O administrador deve agir com eficiência independente de previsão legal em lei, visto que constitui um princípio implícito existente muito antes de ser incluso no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O princípio da motivação o qual impõe à Administração obrigação de expor as razões de fato e de direito as quais tomou por base para realizar determinada providência. A ausência de motivação torna o ato inválido, não sendo possível motivar após praticar o ato.

Deste modo, a motivação as quais é relevante a contratação surge no edital do chamamento público, bem como no termo a ser firmado posteriormente, e por fim, na justificativa de preferência de uma entidade à outra após o julgamento das propostas. A Administração Pública deve motivar todo e qualquer ato administrativo, não há como agir de forma diversa em se tratando de contratações ou parcerias firmadas.

Por fim, o regime jurídico de que trata a lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas, dentre outras questões de relevante interesse público.

3.2 Chamamento público: a expressão do princípio licitatório

É notória a escassez de recursos na atual situação econômica do país. Diante dessa premissa, num contexto envolvendo inúmeros interessados, é certo que nem todos terão acesso à determinada posição vantajosa formada ao celebrar parceria com o Poder Público por conta da ausência de recursos em abundância. Ora, assim sendo, é necessária a realização de procedimento público claro, objetivo, garantindo a isonomia dentre os participantes, a transparência e imparcialidade durante a escolha a qual resultará na celebração de vínculo com a Administração Pública e o acesso a recursos públicos, atuação conforme interpretação dos princípios que regem o ordenamento jurídico administrativo previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal.

É, portanto, sob esse viés, que deve ser interpretado o regime jurídico empreendido pela Lei nº 13.019/2014 no que tange ao mecanismo de escolha do ente parceiro com fundamento nos princípios da impessoalidade, moralidade e da publicidade (art.5ª, caput).

Os princípios constitucionais expressos no caput do art. 37 formam base para outros corolários, a exemplo, o princípio licitatório. A Constituição Federal no art. 37, XXI, assinala:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

O princípio licitatório aduz inferência dos princípios previstos no caput do mesmo artigo. Porém, ao regular este artigo, a Lei Geral de Licitações estabeleceu severo procedimento a ser seguido previamente às contratações realizadas pela Administração Pública.

Outrora, não havia qualquer preocupação quanto a aplicação do princípio licitatório no âmbito das contratações realizadas no terceiro setor. O alarde ocorreu

com o advento da Lei das Organizações Sociais e Lei das OSCIP, as quais trasladaram as entidades do terceiro setor da qualidade de setor de apoio para a de verdadeiras parceiras da Administração Pública.

Por inúmeras questões, inclusive o surgimento de denúncias acerca da má gestão de recursos públicos, houve alteração no decreto regulamentador das OSCIPs³¹ expressando a necessidade da escolha ser feita mediante concurso de projetos.

Pariforme, também houve alteração no Decreto nº 6.170/09, passando a exigir obrigatória realização de chamamento público para celebração de convênios.

Em igual senso, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 1923 na qual questionava possível inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98, entendeu que a celebração do contrato de gestão deve ocorrer de forma pública, objetiva e impessoal nos termos dos princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Diante do exposto, esse entendimento foi reforçado com o advento da Lei nº 13.019/2014 e a obrigatória realização de chamamento público prévio ao firmamento de parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil.

O chamamento público constitui-se como um mecanismo chave para evitar contratações com base em interesses escusos e pessoais, portanto, relaciona-se diretamente com os princípios norteadores do regime jurídico administrativo, mais precisamente com o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

Vejamos a definição expressa na Lei n.º 13.019/2013 em seu art. 2º, XII:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

³¹ Art. 23, caput, Decreto nº 3.100/99

Nestes termos, é inquestionável a incidência do princípio licitatório no âmbito dos vínculos firmados com o advento da Lei nº 13.019/2014. Apesar de não denominar o procedimento descrito de licitação, o princípio licitatório resta implícito, o que não significa atrair de pronto a competência descrita na Lei nº 8.666. Nas palavras de Fernando Menegat, é dizer:

Ainda que se submeta ao princípio licitatório, a obrigatoriedade de realização de chamamento público para celebração de termos de fomento e de termos de colaboração não atrai a incidência do regramento da Lei nº 8.666/93 – a despeito de ter com ele vários pontos de contato, conforme se verá no tópico seguinte, e a despeito de poder o regime da Lei nº 8.666/93 ser aplicado supletivamente na colmatação de lacunas, quando for compatível com o regramento da Lei n 13.019/2014.³²

Porquanto, a incidência do princípio licitatório não atrai de forma automática a competência da Lei Geral de Licitações, bem como, existem outros institutos no ordenamento jurídico com igual incidência do referido princípio que não estão sob a égide da Lei nº 8.666/93, sendo eles: o pregão, regime diferenciado de contratação, parcerias público-privadas, etc.

Assim sendo, embora haja semelhança dentre alguns aspectos das licitações e os estabelecidos no chamamento público, não há submissão hierárquica. Na verdade, deve haver uma amplitude da noção de licitação, devendo ser compreendida não enquanto gênero, mas como espécie por não haver esgotamento das formas de manifestação do princípio licitatório.³³

Dentre as semelhanças mencionadas anteriormente a respeito da licitação e o chamamento público, destaco a possibilidade de haver dispensa e inexigibilidade do procedimento prévio de escolha do futuro parceiro da Administração Pública.

³² MENEGAT, Fernando. Contratação direta da Lei nº 13.019/2014 – Dispensa e inexigibilidade de chamamento público para celebração de Termos de Colaboração e de Fomento. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 330.

³³ Cf. MENEGAT, Fernando. Op., cit., p. 342.

3.3. A dispensa e inexigibilidade do chamamento público

A Lei nº 13.019/14 expressa casos onde é possível suspender a incidência do princípio licitatório, elenca hipóteses de contratação direta através da ausência de realização de chamamento público. Nesse sentido, o art.29 da lei expressa situações em que o chamamento público é dispensado; o art.30, dispensável; e o art.31, inexigível.

O chamamento público é dispensado quando envolver termo de colaboração ou de fomento com recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias. Este discrimen é justificável no fato de, em maioria dos casos, ser do conhecimento de todos qual a organização da sociedade civil será destinatária desses recursos. Portanto, constitui situação possível de haver competição, entretanto, o legislador entendeu desnecessário.

Por conseguinte, no art. 30 da lei estão previstas as hipóteses de chamamento público dispensável. Nestas situações específicas é possível haver plausibilidade para competição, entretanto, o Administrador Público resta desobrigado a realização. O caput do referido artigo aduz “poderá dispensar”, portanto, expressa uma opção de escolha ao Poder Público em realizar ou não o procedimento de seleção em caso de urgência decorrente de atividade de relevante interesse público pelo prazo de até 180 dias; nos casos de guerra, calamidade pública e grave perturbação à ordem; e quando se tratar da realização de programas de proteção de pessoas ameaçadas.

Ressalto, entendemos haver diferença nas hipóteses elencadas nos art. 29 e 30 da lei 13.019/14, visto que na dispensa será o Administrador Público quem irá definir pela realização ou não do procedimento, em contrapartida, no chamamento público dispensado não resta margem discricionária de escolha, o próprio legislador deixa claro ao expressar não haver procedimento de seleção³⁴.

Por fim, em seu art.31, a Lei nº 13.019/14 elenca hipóteses de inexigibilidade de chamamento público. Em tais situações a competição é inviável por elencar eventualidades excepcionais em razão da natureza singular do objeto da parceria ou

³⁴ Cf. MENEGAT, Fernando. Op., cit., p.336.

se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, porém, trata-se de um rol meramente exemplificativo por não ser possível que o legislador esgote as possibilidades de inviabilidade de competição. Portanto, sempre que esta restar inviável poderá haver inexigibilidade de chamamento público.

O art.31 da lei descreve no inciso II situação de inexigibilidade quando a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar de subvenção. Neste caso, entendemos haver particularidade na contratação, vez que em virtude da possibilidade descrita a entidade já recebe subvenção do Estado, não constitui-se parceira em colaboração.

Há diferença na formação de vínculo constituído no caso de chamamento público dispensável previsto no art.30, VI, envolvendo atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciada pelo órgão gestor da política pública. Nestes casos, os órgãos ou conselhos gestores realizam um credenciamento e a posteriori celebram termos de fomento com tais entidades credenciadas para desenvolver as atividades de acordo com os projetos apresentados.

Nestas situações de contratação direta descritas acima, o fato de haver ausência de chamamento público, resguarda ao Administrador Público a escolha discricionária de onde aplicar os recursos públicos disponíveis e afasta a incidência do princípio da isonomia. Ao realizar tal escolha com base em critérios discricionários, posto que a contratação é direta, o Administrador Público reduz essas entidades à qualidade de receptoras de subvenção.

Ora, resta claro que o regime de subvenções também é um mecanismo de realização da atividade de fomento. Segundo Silvio Luís Ferreira da Rocha, a subvenção apresenta-se como relevante instrumento para dirigir a iniciativa econômica privada sem recorrer necessariamente a medidas coercitivas.³⁵ E sobre o conceito assinala:

³⁵ ROCHA, Silvio Luís da. Terceiro Setor, 2003, p. 44.

Numa concepção ampla, Hartmut Maurer define subvenções como doações de valor patrimonial do Estado ou de outra corporação administrativa a pessoas privadas, sem contraprestação conforme o mercado, para o fomento de uma finalidade situada na área do interesse público.³⁶

Em suma, subvenção trata-se do repasse de recursos públicos sem o pagamento de contraprestação a entidades privadas desde que essas estejam vinculadas ao alcance de algum interesse público relevante. Portanto, em nada difere das situações de contratação direta citadas acima, dado que ocorre o repasse de recursos, sem contraprestação e apenas vinculada ao cumprimento de atividade de interesse público.

Entretanto, não há consenso entre a doutrina, legislação e jurisprudência no que concerne ao conceito de subvenção. Considerando não ser o objetivo deste breve trabalho dissertar sobre tal conceito, adotamos o conceito restrito defendido por Rafael Valim, nos termos:

“a subvenção é uma relação jurídico-administrativa típica, caracterizada por uma prestação pecuniária do Estado em favor de um sujeito de direito privado, ao qual corresponde aplicar os valores percebidos, desinteressadamente e com a concorrência de recursos e bens próprios, no desenvolvimento de uma atividade revestida de interesse público.”³⁷

De acordo com a Lei 4.320/1964 que rege as subvenções, comportam-se duas espécies: social e econômica. A subvenção econômica é repassada a instituições privadas que visam o lucro para o custeio operacional e o atendimento de despesas, não é o caso das organizações da sociedade civil. Entretanto, a subvenção social pode ser concedida a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial sem finalidade lucrativa.

A contratação a que se refere na hipótese prevista no art.30, VI, da Lei nº 13.019/14 envolvendo atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social desde que executadas pelas organizações de sociedade civil, previamente credenciada pelo órgão gestor da política pública, constituem

³⁶ Cf. op., cit., p. 41.

³⁷ Valim, Rafael. Subvenção no direito administrativo. 2015 .p. 72.

necessidade de recursos públicos para o custeio de tais atividades, fato este que comporta a classificação na espécie de subvenção social destinada a cobrir despesas de custeio de entidades privadas de acordo com o § 3º, art. 12, da Lei 13.019/2014.

Portanto, entendemos que nestas situações específicas de contratação direta, a atuação da organização da sociedade civil não ocorre como parceira da Administração Pública, mas sim como entidade subvencionada para realizar atividade com relevante interesse público por meio do fomento econômico.

Diante disso, contudo, errôneo afirmar que o Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei nº 13.019/14) constitui legislação totalmente inovadora, vez que como demonstrado as hipóteses de contratação direta possuem pormenores contraditórios, sem qualquer instituto inovador, garantindo apenas o repasse de recursos sem chamamento público e excluindo a incidência do princípio da isonomia, considerando o fato de nestes casos o Poder Público escolher onde aplicar o recurso público e a margem de escolha ser discricionária, vinculada apenas ao cumprimento de relevante interesse público. Inclusive, elenca situações igualmente utilizadas nas hipóteses de contratação direta previstas na Lei nº 8.666/93.

Portanto, em uma sociedade envolta por escândalos de corrupção envolvendo desvio de grande vulto de recursos públicos, entendemos preocupante haver possibilidade de contratação direta a qual resta afastada a incidência da isonomia, deixando indiscriminada margem de escolha onde destinar o recurso e, pior, podendo ser foco de origem de corrupção.

Por outro lado, a inexistência de contratações diretas pode inviabilizar a realização de determinadas atividades ou até reduzi-las a inutilidade, desta forma, faz-se necessário a análise deste tema para que a possibilidade exista, mas não gere insegurança na aplicação de recursos públicos atualmente em escassez. A análise deve ser pormenorizada transcendente aos limites deste breve trabalho.

A Lei 13.019/14 expressa institutos originais – os Termos de Colaboração e de Fomento e o Acordo de Cooperação – os quais devem conter tratativa inovadora enquanto instrumentos novos de atuação. Neste sentido, é necessário grande

esforço da doutrina jus administrativista ao debruçar-se sobre este novo sistema e seus pormenores para que erros do passado não sejam repetidos, bem como não haja tentativa equivocada de enquadrar novos institutos à antigos conceitos.

É necessário acompanhar a evolução dos institutos supracitados e a conjuntura social perplexa com a má gestão de recursos públicos e realizar a correta utilização das formas de contratação direta questionadas apenas como mecanismo de intervenção do estado no domínio econômico por meio do fomento.

CONCLUSÃO

A pesquisa tornou possível concluir que o exercício ineficaz da atuação estatal, especificamente nas questões de cunho social, possibilitou o crescimento do Terceiro Setor, vez que o Estado não demonstrara real capacidade de suprir as demandas sociais pleiteadas pela população desprovida. Outro fato concorrente que também colaborou para a expansão do Terceiro Setor consiste na consolidação de políticas neoliberais, as quais produziram certa insegurança econômica e social de forma mais expressiva em países emergentes como o Brasil.

A Lei nº 13.019/2014 conhecida como Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor trouxe inúmeras inovações, tal novidade legislativa visa regulamentar a realização de parcerias voluntárias independente de haver ou não transferência de recursos por parte da Administração, no que se referem a questões de interesse público envolvendo os entes federados e as respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista com as Organizações da Sociedade Civil.

Para os fins da lei supracitada, considera-se Organização da Sociedade Civil entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre seus agentes dividendos auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os apliquem integralmente na consecução do respectivo objeto social de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

A Lei 13.019/2014 conceitua como termo de fomento e de colaboração o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

A assinatura do termo de fomento é posterior à realização do chamamento público. O chamamento público é o procedimento de seleção da entidade a qual alcança o julgamento de melhor proposta. O edital do chamamento público especificará a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria, bem como o tipo de parceria a ser celebrada e seu objeto; as datas, os

prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos.

Por fim, o regime jurídico de que trata a lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar o reconhecimento da participação social.

O fomento é uma atividade de persuasão onde a tensão empregada é sempre a estimular para que algo seja feito, então, através deste a Administração alcança finalidades públicas sem qualquer meio de coação, bem como sem a realização de prestações públicas por sua conta.

A intervenção estatal por via do fomento opera-se através da adesão do particular ao comportamento induzido pelo Estado, constitui-se uma opção dos agentes econômicos beneficiários futuros por meio dos mecanismos de fomento oferecidos. Esta modalidade de intervenção do estado no domínio econômico ocorre mediante normas de intervenção por indução, dentre as quais as parcerias previstas na Lei nº 13.019/2014.

O novo regime jurídico de Fomento e Colaboração advindo com a lei supracitada foi criado para viabilizar a eficácia na transferência de recursos públicos às Organizações da Sociedade Civil. A escolha da entidade parceira ocorre através de chamamento público, procedimento prévio baseado nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

O procedimento possui semelhanças com a licitação, entretanto, se trata apenas da incidência do princípio licitatório, não havendo qualquer hierarquia ao regime previsto na Lei 8.666/93, portanto, a incidência do princípio licitatório não atrai de forma automática a competência da Lei Geral de Licitações, bem como, existem outros institutos no ordenamento jurídico com igual incidência do referido princípio que não estão sob a égide da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 13.019/14 elenca casos onde é possível suspender a incidência do princípio licitatório, elenca hipóteses de contratação direta através da ausência de realização de chamamento público. Nesse sentido, o art.29 da lei expressa situações em que o chamamento público é dispensado; o art.30, dispensável; e o art.31, inexigível.

A contratação a que se refere na hipótese prevista no art.30, VI, da Lei nº 13.019/14 comporta a classificação na espécie de subvenção social destinada a cobrir despesas de custeio de entidades privadas de acordo com o § 3º, art. 12, da Lei 13.019/2014. Portanto, entendemos que nestas situações específicas de contratação direta, a atuação da organização da sociedade civil não ocorre como parceira da Administração Pública, mas sim como entidade subvencionada para realizar atividade com relevante interesse público por meio do fomento econômico.

É necessário acompanhar a evolução dos institutos supracitados e a conjuntura social perplexa com a má gestão de recursos públicos e realizar a correta utilização das formas de contratação direta. Após breves considerações expostas no presente trabalho, concluímos pela extensa necessidade de debruçar-se sobre o tema de contratações diretas realizadas no âmbito de aplicação da Lei nº 13.019/2014, além dos limites do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *A Ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)* nº 14, 2008. p. 16.

BRASIL, Lei nº 13.019/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm

BRASIL, Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/outras-estatisticas-economicas/9023-as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil.html?=&t=destaques>

BRASIL, PL 649/2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2945793&ts=1567531787935&disposition=inline> Acesso em set 2019.

CINTRA, Milena. Marco Regulatório do Terceiro Setor. *Ambito Jurídico.*, disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16197 Acesso 05 dez. de 2016.

DELGADO, Maria Viviane. O Terceiro Setor no Brasil: Uma Visão Histórica. *Revista Espaço Acadêmico* nº 37. Jun 2004. Disponível em: <https://www.espacoacademico.com.br/037/37cdelgado.htm> . Acesso em: 29 nov de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254

DOLABELLA, Renato. O "Marco Regulatório" do terceiro setor e as novas regras para convênios. *Migalhas*, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI210258,61044+Marco+Regulatorio+do+terceiro+setor+e+as+novas+regras+para+convenios>

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros. 15ª ed. p.164.

HAMADA, Guilherme Henrique. Aplicação da lei nº 13.019/2014 pelos estados e municípios: reflexões a partir de sua regulamentação no estado do Paraná Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/t816a7z4/147921cgQ8GUab9A.pdf>. Acesso em 05 dez. de 2016.

MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Patricia Cristina Lessa Franco. Licitação concluída e expectativa de direito à contratação. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 23 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46424&seo=1>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.) *Parceria com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.p. 263-298.

MÂNICA, Fernando Borges. As novas mudanças na Lei n. 13.019/14 (PLV 21/15) e o futuro das parcerias com o terceiro setor. Direito do Estado, Bahia. 27 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/as-novasmudancas-na-lei-n-1301914-plv-21-15-e-o-futuro-das-parcerias-com-o-terceiro-setor>

MENEGAT, Fernando. *Contratação direta da Lei nº 13.019/2014 – Dispensa e inexigibilidade de chamamento público para celebração de Termos de Colaboração e de Fomento*. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.) *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 323-345.

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. e COELHO, Inocêncio Martinho. Curso de direito constitucional. 6.ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 38ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p.89

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.) *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Lei 9790, 23 de março de 1999. Publicado no D.O.U, nº 56-E, quarta-feira, de 24 de agosto de 1999. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9790.htm

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Lei 13.019, 31 de julho de 2014. Publicado no D.O.U, nº 146, sexta-feira, de 1º de agosto de 2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm

TOURINHO, Rita. O Chamamento Público e os Ajustes Diretos Firmados com Organizações de Sociedade Civil: A Interpretação Sistemática da Lei nº 13.019/14. Direito do Estado, Bahia. 18 de abril, 2016. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rita-tourinho/o-chamamento-publico-e-os-ajustesdiretos-firmados-com-organizacoes-de-sociedade-civil-a-interpretacao-sistemica-da-lei-n-1301914>

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

POZAS, Luís Jordana de. *Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo*, Revista de Estudios Políticos 48, 1949, p.44.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. O novo regime jurídico das parcerias voluntárias previsto na lei 13.019, de 31 de julho de 2014. Revista da AJURIS , v. 41, n. 135, p 451-477. Setembro, 2014. Disponível em:
<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/344/279>

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *As modernas parcerias públicas com o terceiro setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 55.

VALIM, Rafael. *Subvenção no direito administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VITOR, Viviane Formigosa; SENNA, Laís Ribeiro. Parcerias voluntárias e concessões: obrigação ou direito à recomposição contratual?. REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA, v. 62, p. 01, 2018

VITOR, Viviane Formigosa. *Atos de improbidade administrativa no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. 129 p. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.