

A RELAÇÃO DO TERCEIRO SETOR COM O PODER PÚBLICO

Por

DANIÉLE DE FREITAS WETZEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
**Curso de Pós-Graduação em Administração Pública**  
Pós-Graduação *lato sensu*, Nível de Especialização

Abril/2010

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Trabalho de Conclusão de Curso

A RELAÇÃO DO TERCEIRO SETOR COM O PODER PÚBLICO

elaborado por Daniéle de Freitas Wetzel

e aprovado pela Coordenação Acadêmica do Curso de Pós-Graduação em Administração Pública, foi aceito como requisito parcial para a obtenção do certificado do curso de pós-graduação, nível de especialização.

Data:

---

Armando Santos Moreira da Cunha  
Coordenador Acadêmico

---

Professor

## **Termo de Compromisso**

A aluna Daniele de Freitas Wetzel, abaixo-assinada, do Curso de Pós-Graduação em Administração Pública, realizado nas dependências da Sociedade Educacional de Santa Catarina (SOCIESC), no período de março de 2009 a abril de 2010, declara que o conteúdo do trabalho de conclusão de curso intitulado: A Relação do Terceiro Setor com o Poder Público é autêntico, original e de sua autoria exclusiva.

Joinville 30 de abril de 2010

## **RESUMO**

A relação do Terceiro Setor com o Poder Público objetiva um estudo do aprimoramento da aplicação dos instrumentos contratuais, para a obtenção de um resultado eficiente, com o devido planejamento, regulamentação e fiscalização por parte do Poder Público, como nova forma de relação entre os indivíduos e seus coletivos e o Estado e a iniciativa privada. Para tanto é importante o conhecimento conceitual e principiológico pelo qual se regerão, para o sucesso desta relação, bem como a análise dos instrumentos contratuais clássicos e modernos.

No Município de Joinville vislumbra-se ajustes legislativos na legislação vigente e propositura de nova lei para regulamentação dos convênios.

**Palavras-chaves:** Terceiro Setor, Poder Público, instrumentos contratuais, aplicabilidade e controle.

## Sumário

	INTRODUÇÃO	05
1	Conceitos	07
2	Breve Histórico do Terceiro Setor no Brasil	09
3	Principiologia Administrativa Aplicada ao Terceiro Setor	13
	3.1 Princípio da Subsidiariedade	14
	3.2 Princípio da Participação Social	14
	3.3 Princípio da Autonomia	15
	3.4 Princípio da Consensualidade	15
	3.5 Princípio da Eficiência e Eficácia	15
4	Instrumentos Contratuais Clássicos: Contrato Administrativo e Convênio	16
	4.1 Contrato Administrativo	16
	4.2 Convênio	18
5	Novos Instrumentos Contratuais: Contrato de Gestão e Termo de Parceria	23
	5.1 Contrato de Gestão	23
	5.2 Termo de Parceria	25
	CONCLUSÃO	32
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

## INTRODUÇÃO

O tema de estudo foi proposto diante do novo papel do Estado, fazendo com que a Administração Pública se adaptasse a um contexto de ampliação dos relacionamentos com o setor econômico e com a sociedade civil.

Para um enfrentamento do tema é de crucial importância distinguir a diferença entre os ajustes possíveis com a Administração Pública, sobretudo desta com o Terceiro Setor, para que tais institutos sejam corretamente utilizados pelo Poder Público, não permitindo que sirvam para acobertar burlas ao princípio licitatório, nem para promover privilégios inadmissíveis pela Constituição e pelo direito administrativo pátrio.

Estudar e analisar os novos papéis dos atores sociais e suas interações tornam-se matéria fundamental para a compreensão da sociedade atual.

Para que haja um melhor entendimento da relação dos atores sociais do Terceiro Setor com o interesse público deve-se atentar para a nova configuração do Estado, que se encontra modificado pelo intenso movimento social e pela cidadania participativa.

O Primeiro Setor é o governo/setor público e o Segundo são as empresas privadas/atividades lucrativas. O Terceiro Setor surgiu com a deficiência do Poder Público em atender questões sociais filantrópicas, culturais, recreativas, científicas, ambientais, entre outras. Constitui-se em alternativa para ajudar os governos a cumprir seu papel constitucional de forma adequada, ou seja, é um “arranjo” de forças, que não acontece por acaso.

Ressalta-se a autonomia e a independência do Terceiro Setor em relação aos outros, inclusive do volume financeiro que mobiliza e no número de empregos surgidos com as iniciativas advindas deste campo.

O Terceiro Setor costuma estar referenciado pelas expressões “organizações sem fins lucrativos” ou “organizações voluntárias”. Representa hoje o segmento de uma esfera pública não estatal, marcado pela lógica da sociedade civil, que se faz representar por uma variedade de atores sociais e formas de organização que experimentam modos de pensar e agir inovadores, se comparados aos do quadro institucional tradicional.

Esse setor busca mecanismos de fortalecimento da participação popular junto às esferas governamentais, sendo uma das características o exercício da cidadania, uma vez que a *res pública* é assunto de todos.

A relação entre o poder público e o terceiro setor (capaz de trazer ganhos reais ao desenvolvimento) passou a ser destaque na administração pública, em função das restrições impostas pela lei de responsabilidade fiscal, lei de licitação e lei orçamentária.

É uma via eficaz para eliminar a ineficiência da burocracia estatal e assegurar a eficácia dos serviços públicos.

O principal problema esbarra na falta do entendimento da questão da cidadania e da gestão dos serviços públicos focados nos interesses da comunidade, além do desconhecimento e do despreparo dos agentes no âmbito da Administração Pública.

As legislações federais que estabelecem as regras para tal convívio são suficientes, mas esbarram na escassez de leis estaduais e municipais, além da fragilidade de mecanismos de controle para orientação e fiscalização das ações e da aplicação dos recursos.

Daí a necessidade de aperfeiçoamento na aplicação das normas, para se obter maior eficiência na participação do terceiro setor na administração pública e, a clareza para distinguir quais os instrumentos contratuais são mais adequados para sua formalização.

Para se tornar mais claro o estudo é necessário ter conhecimento de alguns conceitos, sobretudo de terceiro setor com suas variáveis.

Além dos conceitos, busca-se demonstrar a importância dos princípios administrativos que se aplicam ao terceiro setor e quais os instrumentos contratuais devem ser usados em cada caso.

É importante a normatização do uso dos novos instrumentos<sup>1</sup> do direito administrativo, para regulamentar essa participação, a fim de maximizar os resultados da união de esforços do Terceiro Setor com o Poder Público, visando um fim comum.

---

<sup>1</sup> Apesar de não serem tão novos, ainda despertam percepções errôneas.

## 1 CONCEITOS

A expressão Terceiro Setor teria sido traduzida do inglês “*third sector*”, fazendo parte do vocabulário sociológico corrente nos Estado Unidos”<sup>2</sup>.

O termo “Terceiro Setor” para designar as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos passa a ser utilizado no Brasil, pertencendo a um universo institucional próprio, a partir do final da década de 80 e início dos anos 90.

O conceito de Terceiro Setor é muito abrangente e difuso, distante igualmente do setor público e do setor privado. O antropólogo Rubem César Fernandes o define como “composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia, do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.” (Abong, 2000, p.50-51)

Esse conceito adentra numa proposta de experimentação social, uma tentativa de trabalho conjunto que tem o intuito de reunir instituições muito diversas e essa experimentação só apresentará resultados positivos com uma nova proposta de relação do Estado com a sociedade civil.

O Terceiro Setor é composto de indivíduos e organizações que atuam com o foco em interesses coletivos e possuem uma enorme capacidade de gerar projetos e mobilizar recursos importantes para o desenvolvimento social do país. As entidades do Terceiro Setor sobrevivem de doações, patrocínios e venda de seus produtos.

Essas instituições levam diversas nomenclaturas, sem que se tenha qualquer tranqüilidade no domínio do entendimento e do uso de suas denominações.

Podem ser chamadas de “associações”, que consistem em pessoa jurídica de direito privado que se caracteriza pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (artigos 44 e 53 do Código Civil).

Também podem ser “fundações”, as quais diferem das associações basicamente porque estas correspondem à reunião de pessoas e aquelas de bens (artigos 44 e 62 do Código Civil).

E, existem as “organizações religiosas”, que consistem na terceira e última das espécies de pessoa jurídica que compõe o Terceiro Setor (art. 44 do Código Civil).

---

<sup>2</sup> FERNANDES, R. C. (1997). O que É o Terceiro Setor?. In: Ioschpe, E.B. (org.) (1997). 3º Setor Desenvolvimento Social Sustentado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, p. 25-33.

Já, as “organizações não-governamentais (ONG’s)” foram criadas para auxiliar na recuperação dos países destruídos pela Segunda Guerra Mundial, no âmbito dos debates da então recém criada Organização das Nações Unidas, para, naquele momento, designar organismos e organizações supra-nacionais. Essa designação revela um cunho de independência e ocupação do espaço público por quem não é do governo. Suas regras são internas, dispostas em um estatuto, o que lhe dá um cunho institucional distinto da natureza meramente contratual das sociedades empresariais. Adota a estrutura jurídica de uma associação, cujo caráter é de interesse público.

Em 1999, a Lei 9.790, criou o título “organização da sociedade civil de interesse público”, as OSCIP’s. É o reconhecimento oficial e legal mais próximo do que se entende por ONG, especialmente porque são marcadas por exigências legais de transparência administrativa e observância a princípios de administração pública. O reconhecimento se dá por ato do governo federal, emitido pelo Ministério da Justiça, ao analisar o estatuto da instituição, que deverá atender os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da citada Lei.

Existe também a “instituição filantrópica”, que é reconhecida pelo senso comum como aquela que, teoricamente, se dedica à prestação de serviços de caráter assistencial às populações em estado de exclusão social.

E, por fim, tratando de entidades privadas sem fins lucrativos (como associações, fundações ou sociedades civis), que exercem atividades de interesse público, existem as “Organizações Sociais (OS’s)”. Essas Organizações Sociais refletem um tipo especial de qualificação jurídica, conferida a algumas pessoas jurídicas que preencham os requisitos estabelecidos na Lei nº 9.637/98, que regula a matéria. Esse título permite que a organização receba recursos orçamentários e administre serviços, instalações e equipamentos do Poder Público, após ser firmado contrato de gestão. No Município de Joinville, a Lei nº 3.876, de 17 de dezembro de 1998, dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais.

Um nome fantasia que pode ser utilizado por qualquer das espécies de pessoas jurídicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro é “instituto”.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

Este histórico é importante para que se possa entender a estrutura de relações.

A origem do Terceiro Setor deve-se a vários fatores, dentre eles à filantropia tradicional e aos movimentos sociais das décadas de 60 e 70.

No Brasil, o desenvolvimento do Terceiro Setor pode ser dividido em quatro etapas ou fases:

1 – De 1.500 aos primórdios do governo de Getúlio Vargas, ou seja, envolve o Brasil Colônia, o Brasil Império e o Brasil República Velha.

Nesse período pode-se dizer que houve, na realidade, uma experiência em matéria de Terceiro Setor. Foram criadas, e com sucesso, as tradicionais entidades filantrópicas, voltadas basicamente à educação e à saúde, para as quais eram feitos repasses oficiais de recursos de natureza pública para o custeio de suas atividades.

2 – Entre o governo de Vargas e o início da década de 60.

Fase marcada por mudança radical do papel desempenhado pelo Estado brasileiro, que ganha forte caráter intervencionista, ou seja, o Estado detem a prerrogativa de administrar a sociedade, intervindo na vida particular de seus membros para a segurança da coletividade. O Estado se define e se apresenta como o único responsável pelo fornecimento dos serviços públicos essenciais (saúde, educação, assistência e previdência social).

Nesta época foi criada a certificação oficial de entidades de utilidade pública federal, através da Lei 91/35, que se tornou uma forma de controle e intervenção do Estado sobre as entidades do Terceiro Setor.

3 – Entre meados da década de 60 e meados da década de 80.

Surgiram novos atores sociais, como as associações de moradores e as associações comunitárias. Inserido o Brasil em uma ditadura militar, esses atores passaram a se ocupar de outras urgências e demandas sociais de caráter local (tinham alcance limitado), como por exemplo, o saneamento do bairro, a troca da rede elétrica aérea pela subterrânea e a urbanização de determinadas comunidades.

Cabe citar Rubens Naves:

“Com o golpe militar de 1964, a repressão sistemática de todas as formas de contestação política e organização sindical fez com que a vida associativa se deslocasse para as comunidades e seus interesses localizados. Por não ser encarado como desafio para o regime, o trabalho comunitário escapou aos controles e assim conseguiu expandir-se.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Zahar, 2001, pp.567-568

Num segundo momento desta etapa surgiram outros atores sociais (como os sindicalistas e as organizações estudantis) que deram início ao processo de redemocratização, contribuindo significativamente para a mudança no cenário político da repressão. Esse processo envolveu, entre outros segmentos da sociedade civil, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI).

Através da sociedade civil organizada, voltou o Estado Democrático de Direito, resultando na promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Cidadã”.

4 – Iniciada em fins da década de 80, permanecendo até os dias atuais.

Chegaram, neste período, as fundações vinculadas a empresas multinacionais, com propostas de intervenção social, impregnadas da cultura de resultados, compatível com o espírito empresarial.

A agenda social se tornou pragmática, voltada para ações concretas e pontuais, sem ênfase na reflexão e conscientização política, possibilitando grande adesão de setores da classe média e trazendo a questão da cidadania como um novo e importante valor a ser cultivado.

Pode-se considerar como a fase da afirmação do Terceiro Setor, quando se incorporou definitivamente o termo e houve o efetivo desenvolvimento.

Ampliaram-se as manifestações da sociedade civil organizada para atores como o meio ambiente, os direitos humanos, as questões de gênero e raça e os direitos do consumidor, procurando estabelecer fortes laços entre o Estado e a sociedade, mantendo-se a autonomia e a independência.

Foi nesta fase que o Ministério Público e as leis próprias ficaram fortalecidas.

Ainda, conforme Rubens Naves:

“A redemocratização do Brasil coincidiu com a expansão do neoliberalismo, com sérias implicações na forma como os brasileiros se relacionariam, nos anos seguintes, com as questões relativas à cidadania e ao exercício dos seus direitos. A falência do projeto socialista colocou em xeque as propostas da esquerda, que até então conduziria boa parte das reivindicações dos movimentos sociais. Mas, ao mesmo tempo, a realidade, continuou mostrando-se insatisfatória para a grande maioria da população.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Obra citada, p.569

O Terceiro Setor passou a ser a “salvação” dos problemas sociais do país, como substituto de uma ação direta do Estado em áreas sociais como educação, saúde e assistência social.

O surgimento das Organizações Não-Governamentais (ONG's), neste período, foi um fenômeno. Essas organizações surgiram com o objetivo de desenvolver atividades de interesse público. Acredita-se que surgiram devido a não eficiência, por parte do poder público, para atender às necessidades da sociedade.

Porém, numa visão mais otimista, pode-se dizer que é uma sociedade fundada nos valores da democracia, ou seja, da liberdade, igualdade, diversidade, participação e solidariedade, com objetivo fundamental de desenvolver uma sociedade democrática.

E o entendimento de Rubens César Fernandes é:

“Há uma série de marcas contrastantes que diferencia as ONG's: não-governamentais, não lucrativas, não fazem parte de estruturas maiores, não são representativas, não financiam. (...) Em nosso sentido restrito, as ONG's nasceram dentro de circuitos de cooperação global. Forneceram canais não oficiais para o apoio internacional a projetos sociais caracteristicamente executados em nível local. (...) Sua independência facilitou as conexões internacionais não-oficiais e seu pequeno tamanho foi favorável para a imersão local.”<sup>5</sup>

No momento atual, as ONG's passam a ter um papel essencial, na implantação das políticas sociais ditadas pelo Estado que, no seu processo de enxugamento, vem se retirando do papel executor de serviços, para priorizar a função de repassador de recursos.

Para Hebert de Souza:

“Uma ONG se define por sua vocação política, por sua positividade política: uma identidade sem fins de lucro cujo objetivo fundamental é desenvolver uma sociedade democrática, isto é, uma sociedade fundada nos valores da democracia – liberdade, igualdade, diversidade, participação e solidariedade. As ONG's são comitês da cidadania e surgiram para ajudar a construir a sociedade democrática com que todos sonham.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> FERNANDES, Rubens César. *Privado, porém público: o terceiro setor na américa latina*. In: OLIVEIRA, Miguel Darcy de & TANDON, Rajesh. *Cidadãos: construindo a sociedade civil planetária*. Ed. Prol, 1995, p.350.

<sup>6</sup> SOUZA, Hebert de. *As ongs na década de 90*. In: *Desenvolvimento, cooperação internacional e as ongs*, Rio de Janeiro: Ibase/Ipud, 1992, p. 25.

### 3 PRINCIPIOLOGIA ADMINISTRATIVA APLICADA AO TERCEIRO SETOR

Os princípios jurídicos são de suma importância, sobretudo no direito constitucional e administrativo. A Constituição de 1988 traz uma série de normas que consolidam essa principiologia, que foi incorporada pela legislação específica que trata dos instrumentos contratuais, como a Lei 8.666/93 (contratos administrativos), a Instrução Normativa nº 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional (convênios), o Decreto nº 6.170/07 (transferência de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse), a Portaria Interministerial nº 127/08 (estabelece normas para a execução do disposto no Decreto nº 6.170/07), a Lei 9.637/98 (contratos de gestão) e a Lei 9.790/99 (Termos de Parceria).

Nunca se pode descuidar dos princípios gerais da administração pública, que são os princípios da legalidade (observância do *pacta sunt servanda*, onde a lei determina a presença de certas cláusulas e condições), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (elencados no art. 37 da Constituição Federal).

Os princípios gerais da contratação pública são os da impessoalidade (transparência), igualdade dos particulares perante a Administração Pública (isonomia) e probidade administrativa.

Humberto Ávila diz:

“Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos.”<sup>7</sup>

Ainda o mesmo autor:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, que deve congrega o estado de coisas desejado com as condutas necessárias ao seu alcance.”<sup>8</sup>

Os princípios que embasam o Terceiro Setor são os: da subsidiariedade, da participação social, da autonomia, da consensualidade e da eficiência e eficácia.

A positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários a sua realização.

---

<sup>7</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. Malheiros, 2003, p.15.

<sup>8</sup> obra citada, p.70-71

### 3.1 Princípio da Subsidiariedade

Esse é o princípio mais importante do Terceiro Setor, consiste em suplementar e complementar. Ele envolve o respeito aos direitos individuais, a limitação da intervenção estatal e a noção de parceria que deve nortear a relação entre o público e o privado.

Di Pietro o menciona no artigo 3º B do Tratado da União Européia, como segue:

“A comunidade age nos limites das competências que lhe são conferidas e dos fins que lhe são assinalados pelo presente. Nas matérias que não são de sua exclusiva competência, intervém, conforme o princípio da subsidiariedade, somente se e na medida em que os objetivos das ações previstas não podem ser suficientemente realizadas pelos Estados-membros.”<sup>9</sup>

### 3.2 Princípio da Participação Social

Atualmente, para a sociedade civil, a limitação de sua participação na escolha de seus governantes não é mais suficiente, os cidadãos querem participar da tomada de decisões, principalmente no que diz respeito aos interesses individuais.

Na Constituição Federal constam diversos dispositivos que abordam esse princípio, e como exemplo pode-se citar, no caso da assistência social, o artigo 204 que dispõe que as ações governamentais serão organizadas com base na descentralização político-administrativa e na participação direta da população, por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Na área da educação, o artigo 205, da Carta Magna, também expressa a necessidade de colaboração da sociedade com o Estado.

### 3.3 Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia permite a transferência da execução de atividades estatais a entes da sociedade civil, através de concessão e permissão de serviço público, celebração de convênios, contratos de gestão e terceirizações.

A aplicação desse princípio visa aperfeiçoar e baratear o atendimento dos interesses públicos.

---

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed. Ed. Atlas, 2002, p. 28.

### **3.4 Princípio da Consensualidade**

Consiste no consenso entre Estado e Sociedade, respeitando-se sempre a autonomia da vontade.

### **3.5 Princípio da Eficiência e Eficácia**

O princípio da eficiência foi incluído no rol de princípios norteadores da Administração Pública pela Emenda Constitucional 19/98, apesar de constar do inciso II, do artigo 74, da Constituição Federal/88, e é aplicado na otimização dos meios existentes para a consecução das finalidades ou objetivos almejados.

Nesse conceito podemos exemplificar como mecanismos para esses fins o Termo de Parceria e o Contrato de Gestão.

Já a eficácia pode ser considerada a medida da eficiência.

## **4 INSTRUMENTOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS: CONTRATO ADMINISTRATIVO E CONVÊNIO**

O Terceiro Setor possui relação direta com o Primeiro Setor e, para formalizar essa relação, devem ser respeitadas suas particularidades. O objetivo deste trabalho é confrontar os instrumentos contratuais a fim de verificar em que medida são adequados às particularidades do Terceiro Setor.

O contrato administrativo e o convênio precederam os demais, por isso são mais utilizados.

### **4.1 Contrato Administrativo**

Nos contratos, os interesses das partes são diversos e opostos, uma parte pretende o objeto e a outra a contraprestação/vantagem (em espécie ou em benefício).

No ordenamento jurídico coexistem três espécies contratuais:

- contrato privado – celebrado entre particulares, sob a égide do direito privado, em que prevalece a igualdade jurídica entre as partes.

- contrato semipúblico – celebrado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos.

- contrato administrativo típico (ou público) – quando a Administração dele participa como Poder Público, derogando normas de direito privado com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público (art. 54 da Lei 8.666/93).

O art. 54, supra mencionado, retrata a sujeição dos contratos administrativos aos princípios constitucionais da legalidade (o contrato deve ser cumprido conforme previamente acordado), moralidade (o artigo condena qualquer situação de desequilíbrio na relação contratual que venha a desatender o interesse público ou a formular exigências violadoras de direitos subjetivos do particular), impessoalidade (considerando que as cláusulas e condições, de presença obrigatória em todo contrato da Administração, decorrem de comando legal) e publicidade (vincula o contrato aos termos e condições que hajam sido fixados em ato convocatório, exposto ao conhecimento de todos os interessados, de maneira a possibilitar-lhes a ciência prévia e completa do que pretende a Administração).

O contrato administrativo para José dos Santos Carvalho Filho é:

“Instituto destinado à livre manifestação da vontade, os contratos são conhecidos desde tempos imemoriais, muito embora, como é evidente, sem o detalhamento sobre os aspectos de conteúdo e de formalização que a história jurídica tem apresentado.”<sup>10</sup>

O contrato administrativo é regulado basicamente pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

A Administração Pública ocupa uma posição de supremacia frente ao particular, justamente porque o interesse público se sobrepõe ao particular (princípio da indisponibilidade/da supremacia do interesse público). A finalidade pública faz parte da essência da Administração Pública.

A formalização de um contrato se dá através de “termo de contrato”, “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”<sup>11</sup>, “autorização de compra” ou “ordem de execução de serviço” (definição no art. 62 e seus parágrafos, da Lei 8.666/93).

Como forma de resguardar a Administração Pública principalmente, o contrato deve obedecer às regras legais, ser publicado e conter as cláusulas necessárias (artigo 55 e seguintes da Lei 8.666/93).

O principal procedimento legal a ser observado é a licitação, prevista na Constituição e regulamentada pela Lei 8.666/93, entre outras. Este procedimento é bastante burocrático e às vezes acaba prejudicando o Terceiro Setor.

Nas contratações feitas pela Administração Pública são levadas em conta as condições pessoais do contratado, que são avaliadas na fase licitatória.

De modo geral não é permitido fazer sub-contratação ou cessão do contrato administrativo, a não ser que esteja previsto no edital convocatório da licitação, ou prevista em lei.

Nos contratos administrativos são autorizadas cláusulas exorbitantes<sup>12</sup>, que são as mantenedoras e garantidoras da sujeição da Administração Pública e do contratado ao interesse público.

Essas cláusulas também servem de obstáculo para a contratação de entidades do Terceiro Setor, justamente devido às exigências exorbitantes.

Ou seja, os contratos administrativos possuem características básicas que os tornam inadequados às peculiaridades típicas do Terceiro Setor.

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12ª ed. Ed. Lúmen Júris, 2004. p. 167.

<sup>11</sup> Documento que autoriza o pagamento, informa a materialização da garantia de pagamento. Pode ser feito por estimativa

<sup>12</sup> Dispostas nos artigos 56, 58, incisos I a V e 80, incisos I,II e IV, da Lei 8.666/93

## 4.2 Convênio

Os convênios são instrumentos utilizados na celebração de acordo entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, visando um interesse comum e paralelo, apesar de haver discussão doutrinária quanto à aplicabilidade do referido instrumento, no sentido de que deveria ser utilizado entre entidades públicas<sup>13</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles, convênios são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

Para efeitos do Decreto nº 6.170/07, no inciso I, do § 1º, do art. 1º, convênio é acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

É a execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo da Administração Pública.

Conforme a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, convênio é “instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração”.

O convênio assemelha-se com o contrato em alguns aspectos, porém possui características próprias, só cabendo a aplicação da Lei 8.666/93 “*no que couber*”.

Tanto no contrato como no convênio há acordo de vontades, mas no convênio não há vínculo contratual, não há partes e sim partícipes e, ambos possuem as mesmas pretensões, ou seja, os interesses são comuns e coincidentes, além de que qualquer partícipe pode se retirar quando desejar, sem penalidades, não havendo cláusula de permanência

---

<sup>13</sup> Não vamos nos ater a essa discussão neste trabalho.

obrigatória, tão pouco preço ou remuneração, apenas mútua cooperação, que é o elemento fundamental desse instrumento.

O que varia é a cooperação entre si, de acordo com as possibilidades de cada um, para a realização do objetivo comum, com a característica de associação cooperativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“Convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.”<sup>14</sup>

Os convênios podem ser firmados por pessoas de direito público ou privado, físicas ou jurídicas, desde que um dos convenientes seja entidade pública. Quando são firmados entre entes públicos há partilha de interesses públicos comuns, quando é firmado entre ente público e ente privado, ocorre o incentivo da iniciativa privada de interesse público.

Para Leon Fredja Szaklarowsky:

“Os convênios administrativos são, pois, acordos firmados pelos mais diversos entes públicos, nada obstando, porém, que se realizem esses ajustes entre entidades públicas e particulares, visando à realização de objetivos comuns.”<sup>15</sup>

Hoje em dia, cada vez mais se firmam convênios com a Administração Pública, pois se trata de um acordo, onde não há vínculo contratual e não se cogita de preço ou remuneração.

No convênio, o recurso a ser repassado pela Administração, ao ente conveniado, não perde a sua natureza de dinheiro público, somente podendo ser aplicado na realização do objeto do convênio. Inclusive, ao final, são prestadas contas ao ente repassador e ao Tribunal de Contas.

O executor do convênio é considerado administrador de recursos públicos, estando sujeito aos controles financeiros e orçamentários.

Mas, a maior distinção destes com os contratos administrativos está no fato da inexigibilidade de licitação, sendo que não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração. Essa colaboração acontece sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*.

Contudo, é preciso atentar para não confundir convênio com delegação de serviço público. Nesse caso ocorre transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui, enquanto naquele, parte-se do princípio que ambos os envolvidos têm competência institucional comum e irão trabalhar em regime de cooperação.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. Malheiros, 1996, p.354

<sup>15</sup> *In*: Os convênios administrativos, Revista dos Tribunais (RT), ano 80, julho de 1991, vol. 669, p.40.

O convênio é um instrumento muito mais adequado ao estabelecimento de relações entre o Estado e o Terceiro Setor, uma vez que ambos comungam dos mesmos interesses, de caráter social e coletivo, e são competentes institucionalmente para a execução de tais interesses.

Obedece às mesmas formalidades e requisitos que a lei impõe aos contratos, destacando-se as cláusulas essenciais, o termo escrito, respeitadas as peculiaridades próprias.

É formalizado mediante termo, com preâmbulo<sup>16</sup>, texto e fecho. Deve apresentar uma correta descrição do objeto, com a necessidade pública que se quer atender, sendo vedada uma descrição vaga ou imprecisa. O Plano de Trabalho<sup>17</sup> deve ser aprovado pela organização interessada.

A execução, celebração e prestação de contas<sup>18</sup> de convênios, no âmbito da Administração Pública, encontram-se regulada pela Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional. Desde 2007, no entanto, o Decreto nº 6.170, de 25 de julho, está disciplinando a matéria quanto às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, sendo regulamentado pela Portaria Interministerial nº 127, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência, de 29 de maio de 2008, que estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170/07.

Infelizmente ainda não temos uma Lei Ordinária para disciplinar a matéria.

Para a celebração do convênio, a entidade do Terceiro Setor deverá apresentar ao órgão público responsável um plano de trabalho com razões que o justifiquem, com a descrição completa do objeto, das metas a serem atingidas, quais as etapas ou fases da execução, com previsão de início e fim, com plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente<sup>19</sup> e a contrapartida financeira do proponente e com cronograma de desembolso, tudo como forma de assegurar o bom emprego e administração dos recursos públicos.

---

<sup>16</sup> Deve conter numeração seqüencial, qualificação dos partícipes, finalidade do convênio e sujeição do convênio à Lei nº 8.666/93 e Decreto nº 93.872/86.

<sup>17</sup> “Instrumento formal (documento) pelo qual o interessado em obter recursos da União mediante transferência voluntária apresenta todas as informações, de ordem técnica e jurídica, necessárias à descrição da necessidade pública (objeto) a ser atendida pela formalização do convênio, bem como demonstra a forma pela qual pretende utilizar os recursos recebidos e o cumprimento dos requisitos fixados em norma específica”. (José Anacleto Abduch Santos)

<sup>18</sup> De acordo com o parágrafo único do art.70 da Constituição Federal, deve prestar contas quem utilize, guarde, arrecade, gerencie ou administre dinheiro público.

<sup>19</sup> Para efeitos do Decreto nº 6.170/07, é considerado órgão da administração pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio.

A IN nº 01/97, da STN, determina os documentos a serem apresentados pelas entidades do Terceiro Setor a fim de comprovar sua regularidade, bem como dispõe sobre as cláusulas obrigatórias e proibidas nos convênios.

Os convênios devem prever o prazo de duração, contudo podem ser denunciados a qualquer momento.

A eficácia<sup>20</sup> dos convênios fica condicionada à publicação dos extratos dos mesmos (até 5º dia útil do mês seguinte ao da assinatura). A execução deve se dar de acordo com as cláusulas pactuadas, dentro da legislação pertinente. A fiscalização será exercida pela concedente dos recursos, tendo por base o prazo de execução e a prestação de contas.

É vedado celebrar convênio com ente que esteja em mora ou inadimplente com outros convênios; com ente em situação de irregularidade com a União ou com a Administração Federal Indireta; destinar recursos públicos (subvenção, auxílio ou contribuição) a entidade com fins lucrativos; e, celebrar convênios com mais de uma instituição para o mesmo objeto (salvo ações complementares, definindo atribuições).

O convênio deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas pactuadas e a legislação pertinente, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

É vedado aos convênios, nos termos do artigo 39, da Portaria Interministerial nº 127/08, realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar<sup>21</sup>; pagar servidor público integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da Administração Pública direta ou indireta por serviços de consultoria ou assistência técnica<sup>22</sup>; alterar o objeto do convênio<sup>23</sup>; utilizar os recursos para finalidade diversa da estabelecida no convênio, mesmo em caráter emergencial<sup>24</sup>; realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento; efetuar o pagamento em data posterior à vigência do instrumento<sup>25</sup>; realizar despesas com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária, inclusive referente a

---

<sup>20</sup> Não a validade.

<sup>21</sup> nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos poderão acolher despesas administrativas, desde que não ultrapassem o limite de 15% (quinze por cento) do valor do objeto e que tenham sido expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no Plano de Trabalho.

<sup>22</sup> Exceto nas hipóteses previstas em leis específicas e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

<sup>23</sup> Exceto na hipótese de ampliação da execução do objeto pactuado ou para redução ou exclusão de meta, sem prejuízo da funcionalidade do objeto contratado.

<sup>24</sup> Ressalvado o custeio da implementação das medidas de preservação ambiental inerentes às obras constantes do Plano de Trabalho.

<sup>25</sup> Salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do convênio.

pagamentos ou recolhimentos fora dos prazos<sup>26</sup>; transferir recursos para clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades semelhantes<sup>27</sup>; e, realizar despesas com publicidade<sup>28</sup>.

Constatada alguma irregularidade, deverá ser instaurada Tomada de Contas Especial<sup>29</sup>, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis (quem assinou o convênio e se responsabilizou pelas obrigações assumidas) e quantificação do dano provocado ao erário na execução dos convênios<sup>30</sup> (art. 38 da IN 01/97 STN).

A Tomada de Contas Especial é instaurada quando a prestação de contas não for apresentada no prazo concedido ou não for aprovada em decorrência da não execução total do objeto, do atingimento parcial dos objetivos, do desvio de finalidade, da impugnação das despesas, do não cumprimento dos recursos da contrapartida e/ou não aplicação dos rendimentos decorrentes de aplicações financeiras no objeto do convênio. Ou ainda, quando da verificação de fato que resulte em dano ao erário ou de fato relevante que justifique a instauração da tomada de contas.

O Decreto nº 6.170/07, no seu art. 13, dispõe também sobre o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV)<sup>31</sup> e do Portal dos Convênios e sobre a padronização dos objetos. Tudo isso normatizado através da Portaria Interministerial nº 127/08, que dispõe sobre o chamamento público<sup>32</sup>, as vedações, o protocolo de intenções, a plurianualidade, o consórcio público, o credenciamento<sup>33</sup>, a proposição e o cadastramento, a contrapartida, o plano de trabalho, o projeto básico, o termo de referência, a celebração, a formalização do instrumento, a análise e assinatura do termo, a publicidade, a alteração, a execução, a liberação dos recursos, a contratação com terceiros, a contratação com entidades privadas sem fins lucrativos, a contratação por órgãos e entidades da administração pública, os pagamentos, o acompanhamento, a fiscalização, a prestação de contas, a denúncia, a rescisão, a tomada de contas especial e a padronização dos objetos<sup>34</sup>.

---

<sup>26</sup> Exceto no que se refere às multas, se decorrentes de atraso na transferência de recursos pelo concedente, e desde que os prazos para pagamento e os percentuais sejam os mesmos aplicados no mercado.

<sup>27</sup> São exceção: creches e escolas para o atendimento pré-escolar.

<sup>28</sup> Exceto de caráter educativo, informativo ou de orientação social, em que não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal, e desde que previstas no Plano de Trabalho.

<sup>29</sup> Procedimento de alto custo que impossibilitará o órgão de receber novos recursos no caso de constatação de omissão ou irregularidade.

<sup>30</sup> Embora não seja exclusivo para convênios.

<sup>31</sup> Aberto ao público via rede mundial de computadores – internet, por meio da página específica denominada Portal dos Convênios.

<sup>32</sup> Art. 5º e §§- Portaria Interministerial nº 127/08

<sup>33</sup> Arts. 13 e 14, I e II, da Portaria nº 127/08.

<sup>34</sup> Inciso XI, do § 1º, do art. 1º, art. 14 e art. 15, do Decreto 6.170/07.

## 5 NOVOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS: CONTRATO DE GESTÃO E TERMO DE PARCERIA

Foram criados recentemente, visando à formalização de relações entre o Estado e determinadas entidades que compõe o Terceiro Setor, como forma de acompanhar a evolução dos tempos, sempre buscando maior eficiência nas suas atividades.

Tudo começou com o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8.031/90, depois, com a Emenda Constitucional 19/98 surgiu a gestão associada. E, por fim, os regimes de parceria, através dos quais a Administração Pública delega às entidades do Terceiro Setor a execução de alguns serviços públicos, o que pode se dar através do regime de convênios administrativos, regime dos contratos de gestão, ou pelo regime de gestão por colaboração dos termos de parceria.

### 5.1 Contrato de Gestão

Devido à necessidade de ampliação da descentralização da prestação dos serviços públicos, o Governo Federal criou o Programa Nacional de Publicização, em 1998, na qual algumas atividades de caráter social desempenhadas por pessoas e órgãos de direito público poderiam ser absorvidas por pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, as organizações sociais.

As pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (associações, fundações ou sociedades civis), que desempenham algumas atividades de caráter social/interesse público, como ensino, cultura, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento científico e proteção ao meio ambiente, são qualificadas de organizações sociais, de acordo com os requisitos legais e, para que fiquem definidas suas atribuições, responsabilidades e obrigações com relação ao Poder Público, são firmados contratos de gestão (artigos 7º e 12 da Lei 9.637/98 e, no Município de Joinville, artigos 5º ao 7º da Lei nº 3.876/98).

Segundo Juarez Freitas:

“As organizações sociais submetem-se à necessidade de um contrato de gestão, a ser celebrado entre Poder Público e a respectiva organização social, tendo em vista a execução das atividades mencionadas (art. 5º), sendo mister assinalar que tal contrato deve guardar obediência aos princípios juspublicistas, inclusive moralidade e impessoalidade. (art. 7º).”<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal”, *in* Boletim de Direito Administrativo (BDA), outubro de 1998, p.618.

O contrato de gestão é o “instrumento que formaliza o vínculo jurídico entre os pactuantes, estabelece os objetivos do ajuste e define os direitos e obrigações dos signatários”<sup>36</sup>. Deve conter a forma como será exercida a autonomia, as metas a serem cumpridas e seus prazos, bem como a forma de controle dos resultados.

O Poder Público pode destinar recursos orçamentários e bens necessários para o cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação, cessão especial de servidores públicos com ônus para a Administração Pública cedente, ou ainda dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços.

Diante desses fatos é que muitos administrativistas são contra essas organizações, sob a alegação de que servem como fuga do regime jurídico de direito público, a que a Administração está sujeita.

No entanto, esses contratos estão submetidos ao regime de direito público, nos termos do artigo 7º da Lei 9.637/98, que afirma que na sua elaboração deverão ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

De acordo com Silvio Luís Ferreira da Rocha:

“A observância obrigatória desses princípios e dos princípios subjacentes da supremacia do interesse público sobre o povoado e da indisponibilidade do interesse público tornam insustentável o argumento de que o contrato de gestão pode ser classificado como contrato da Administração, submetido ao regime jurídico privado, com ressalvas, e não como contrato administrativo”<sup>37</sup>

Uma cláusula fundamental dos contratos de gestão seria a que dispõe sobre os mecanismos de controle, execução e fiscalização (na Lei Municipal nº 3.876/98, estão dispostos nos arts. 8º ao 10 e seus §§).

Quando essas leis específicas não dispuserem a respeito de algum caso específico, aplica-se, subsidiariamente, a Lei 8.666/93.

Se constatada qualquer irregularidade, esta deve ser comunicada ao Tribunal de Contas da União, aos representantes do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da contratante, sob pena de responsabilização solidária.

Já quanto à fixação de prazo e à forma do contrato de gestão, nem a Lei nº 9.637/98, nem a Lei Municipal dispõem sobre o assunto, fazendo com seja aplicada a Lei de Licitações.

---

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12ª ed. Ed. Lúmen Juris, 2004.p.240.

<sup>37</sup> da ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Terceiro Setor*. Coleção Temas de Direito Administrativo nº 7. Malheiros Editores, 2003. p. 121.

Quanto à extinção dos contratos de gestão, podem se dar com o término do prazo pactuado, por resolução judicial<sup>38</sup>, rescisão bilateral<sup>39</sup> ou unilateral<sup>40</sup>, anulação<sup>41</sup> ou dissolução da organização social.

Diante desse breve estudo pode-se concluir que as organizações sociais e seus respectivos contratos de gestão configuram a modalidade contratual mais adequada às particularidades do Terceiro Setor. Contudo, a atuação dos contratos de gestão sob comento fica limitada às áreas de atuação das Organizações Sociais.

## 5.2 Termo de Parceria

A Lei 9.790, de 23 de março de 1999, que criou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e os termos de parceria, tentou afastar essa limitação.

OSCIP é outra qualificação dada às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que compõe o Terceiro Setor e que atendam aos requisitos da lei. Podem relacionar-se com o Poder Público através de Termos de Parceria, sendo direta a contratação dos serviços decorrentes do ajuste principal, ou seja, sendo dispensada a licitação.

De acordo com o Código Civil, são passíveis de pleitearem o certificado de OSCIP, as associações e as fundações.

As instituições que não poderão ser qualificadas como OSCIP estão elencadas no art. 2º da Lei 9.790/99, ou seja, as instituições privadas de caráter comercial ou não assistencial e as entidades públicas ou privadas criadas pelo Poder Público (sociedades comerciais; sindicatos; associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; organizações partidárias e assemelhadas; entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens e serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privados criadas por órgão público ou por fundações públicas e; organizações creditícias que tenham quaisquer

---

<sup>38</sup> Mediante propositura de ação judicial por inadimplemento de uma das partes.

<sup>39</sup> As partes decidem distratar.

<sup>40</sup> Pode ser usada pela Administração, por conveniência ou oportunidade.

<sup>41</sup> Quando contaminado por vício que não possa ser convalidado pela Administração.

vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal).

No art. 3º da referida Lei consta que qualquer instituição interessada em ser certificada como OSCIP deve atender ao princípio da universalização de seus serviços e atue em áreas que promovam assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; gratuidade da educação; gratuidade da saúde; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; voluntariado; desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia e outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas nesse artigo.

A qualificação de OSCIP é dada pelo Ministério da Justiça, através de pedido formal instruído com cópias autenticadas dos documentos mencionados no artigo 5º da Lei 9.790/99, razão pela qual é imperioso que sejam regidas por estatutos próprios. Nos arts. 45 e 46 do Código Civil e no artigo 4º da Lei 9.790/99 devem ser observadas as previsões estatutárias para obterem a certificação. Inclusive deve prever expressamente em seu estatuto as disposições atinentes a seu controle contábil, fiscal e financeiro.

Francisco de Assis Alves afirma que:

“A outorga da qualidade de OSCIP à entidade interessada é ato vinculado ao cumprimento dos pressupostos instituídos em lei. Isso significa que, preenchidos os requisitos legais exigidos pela entidade interessada em se qualificar como OSCIP, não resta outro comportamento ao agente do Ministério da Justiça, senão deferir o pedido.”<sup>42</sup>

Estas Organizações, da mesma forma que as Organizações Sociais, surgiram de uma qualificação jurídica dada às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, voltadas também para fins sociais.

Devido a sua importância e atuação, devem, como as demais, permanecer sujeitas à observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade (a lei, o estatuto da entidade e a ética devem ser obedecidos), publicidade (requisito de eficácia), eficiência (execução com agilidade e rapidez) e economicidade

---

<sup>42</sup> *Fundações, Organizações sociais e Agências Executivas*, p.279

(analisar a relação custo-benefício/os recursos públicos devem ser aplicados de forma mais econômica, eficiente e vantajosa).

Desde 1999 essas Organizações podem auxiliar o poder público em alguns segmentos sociais, sendo que tem um apurado sistema de prestação de contas de suas parcerias firmadas com o Poder Público, além de outras formas de controle e monitoramento de suas atividades, inclusive pelo Ministério da Justiça, que é encarregado da sua certificação e fiscalização.

A fiscalização e o controle das atividades exercidas pelas OSCIP's são atribuídos às autoridades públicas competentes, ao Ministério Público e ao próprio cidadão, que é parte legítima na promoção da defesa dos interesses públicos e coletivos, quando deparados com alguma irregularidade na gestão destas entidades (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.790/99).

Processualmente informa Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

“O processo administrativo de desqualificação da OSCIP compõem-se das seguintes fases: a fase de iniciativa ou propulsória; a fase instrutória; a fase dispositiva; a fase controladora ou integrativa; e a fase de comunicação.”<sup>43</sup>

Com relação ao termo de parceria, essa é uma metodologia nova de relacionamento entre o poder público e a sociedade civil, um novo instrumento jurídico, criado pela Lei 9.790/99, que se destina à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins (art. 3º da Lei nº 9.790/99). Serve unicamente para a concretização de parcerias entre o Poder Público e as OSCIP's, ou melhor, consolida um acordo de colaboração entre essas partes e constitui uma alternativa às demais formas de contratação, dispondo de procedimentos mais simples que elas.

O Termo de Parceria se caracteriza por ser uma partilha de responsabilidades entre o Terceiro Setor e o Setor Público, resgatando a transparência<sup>44</sup> nas relações entre os dois e a adequação instrumental que permita um relacionamento mais baseado em resultados.

Foi criado com o intuito de ser o instrumento jurídico mais adequado à dinâmica própria do Terceiro Setor.

---

<sup>43</sup> *Obra citada*, pp. 75-76.

<sup>44</sup> Termo muito em voga atualmente, apesar de ser mais usado teoricamente.

Existem divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica do Termo de Parceria, sendo a teoria majoritária a de que seria um híbrido entre o contrato e o convênio, devendo adotar sua própria natureza jurídica.

Para Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende:

“Em outras palavras, o Termo de Parceria é uma alternativa ao Convênio para a realização de projetos ou atividades de interesse comum entre as entidades qualificadas como OSCIP e a administração pública; porém, sem a necessidade do extenso rol de documentos exigidos na celebração de um convênio. O Termo de Parceria é um instrumento de gestão que envolve a negociação de objetivos, metas e produtos entre as partes.”<sup>45</sup>

Conforme a Lei 9.790/99, o Termo de Parceria deverá obedecer modelo padrão próprio, discriminando direitos, responsabilidades e obrigações das partes, além das cláusulas essenciais, estabelecidas no parágrafo 2º, do artigo 10.

Cabe ao órgão estatal celebrante a obrigação da prévia certificação do regular funcionamento da OSCIP.<sup>46</sup> Ainda, a celebração de qualquer Termo de Parceria deverá ser precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação (senão tiver, fica dispensada), uma vez que se trata de recursos públicos a serem destinados a entidades privadas para a consecução de atividades de interesse público, que não devem ficar ao livre-arbítrio do órgão estatal celebrante.

Deve haver um juízo prévio de necessidade e oportunidade, exercido pelos Conselhos, para o estabelecimento dos objetivos e das prioridades. Essa manifestação do Conselho (emitida no prazo de 30 dias) é considerada para a tomada de decisão final em relação ao Termo de Parceria, apesar de não ser vinculante<sup>47</sup>.

As cláusulas essenciais do Termo de Parceria devem explicitar o objeto, com especificação do programa de trabalho; as metas e resultados previstos, com prazos de execução e cronograma de desembolso; os critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de resultado; a previsão de receitas e despesas; o conjunto de obrigações da OSCIP, dentre as quais a apresentação de relatório detalhado sobre a execução, com a análise das metas propostas, resultados alcançados e prestação de contas dos gastos efetivamente realizados; e, por fim, a publicação, pelo órgão estatal, do extrato do Termo de Parceria na imprensa oficial do Município (conforme modelo citado no parágrafo 4º, do art. 10, do Decreto 3.100/99) e, a publicação, pela OSCIP, na imprensa oficial do Município, de

---

<sup>45</sup> Conselho Comunidade Solidária. OSCIP: *a lei nº 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. 2ª ed. Cartilha. 2002, p.59.

<sup>46</sup> Art. 9º do Decreto 3.100/99, que regulamenta a Lei 9.790/99.

<sup>47</sup> O órgão estatal celebrante pode decidir contrariamente ao indicado pelo Conselho, desde que justificadamente.

demonstrativo da sua execução física e financeira, até sessenta dias após o término de cada exercício financeiro (conforme modelo citado no art. 18 do mesmo Decreto).

O programa de trabalho é o projeto detalhado que a OSCIP se compromete a desenvolver, devendo conter o objeto da proposta, as metas a serem alcançadas, os indicadores de avaliação de desempenho, o cronograma de execução e de desembolso, a previsão de receitas e despesas, dentre outras informações que justifiquem (deve expressar os quesitos determinados pela Lei 9.790/99).

A execução do Termo de Parceria se dá com o cumprimento de todas as cláusulas estabelecidas. A OSCIP deve implementar o programa de trabalho pactuado, dentro dos prazos estipulados, com a qualidade prevista. O órgão estatal deve orientar, supervisionar e cooperar na implementação das ações, liberar os recursos que constam do cronograma de desembolso<sup>48</sup>, além de exigir probidade e qualidade.

O Termo de Parceria poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal (art. 13 do Decreto 3.100/99), se prestando ao alcance de metas de mais longo prazo. Poderá ser prorrogado caso expire sua vigência sem a execução total do seu objeto, ou no caso da OSCIP dispor de excedentes financeiros. Se não houver alterações de valores financeiros, a prorrogação poderá ser feita mediante Registro por Simples Apostila, dispensando a celebração de Termo Aditivo. O mesmo método pode ser usado quando se tratar da indicação de nova dotação orçamentária para o exercício seguinte (no caso de ultrapassar o exercício fiscal).

Se a OSCIP possuir estrutura e capacidade operacional poderá celebrar mais de um Termo de Parceria, inclusive com o mesmo órgão estatal (desde que não entre em conflito com os princípios administrativos de probidade e impessoalidade).

Caso sejam adquiridos bens imóveis com recursos provenientes da celebração de Termo de Parceria, estes deverão ser gravados com cláusula de inalienabilidade (art. 15 da Lei 9.790/99), para não caracterizar fraude ou malversação dos recursos recebidos.

A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público e pelos Conselhos de Políticas Públicas, ambos da área de atuação correspondente (*caput* do art. 11 da Lei 9.790/99), sempre um informando o outro sobre o seu acompanhamento.

O Termo de Parceria fica sujeito ainda ao controle interno da Administração Pública (que deve comunicar qualquer irregularidade ao Ministério Público e ao Tribunal de

---

<sup>48</sup> Regulamentada pelos artigos 14 e 15 do Decreto 3.100/99.

Contas, sob pena de responder solidariamente) e ao controle externo, a cargo do Tribunal de Contas (art. 12 da citada Lei).

Diante disso, o Tribunal de Contas da União, através da Decisão nº 931/99, além de legitimar o novo instrumento, determinou que a Secretaria do Tesouro Nacional disponibilize no Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) as informações sobre o Termo sob comento. E o art. 22 do Decreto 3.100/99 obriga que seja formalmente indicado pela OSCIP pelo menos um responsável pela execução do Termo de Parceria, cujo nome será publicado no extrato de execução física e financeira do mesmo.

A avaliação do Termo de Parceria é prevista nos §§ 1º e 2º, do art. 11, da Lei 9.790/99 e no art. 20 do Decreto 3.100/99. E, a prestação de contas pela OSCIP, nos arts. 4º, inciso VII, “c” e “d” e 10, § 2º, inciso V, da Lei 9.790/99 e nos artigos 11<sup>49</sup>, 12<sup>50</sup> e 19<sup>51</sup> do Decreto 3.100/99.

A prestação de contas é a comprovação da execução do programa de trabalho pactuado e da correta aplicação dos recursos públicos recebidos.

Como forma de se garantir uma seleção mais democrática, transparente e eficiente entre as OSCIP's da mesma área de atuação pode ser realizado o concurso de projetos, que é uma espécie licitatória. Tem como pressuposto a impessoalidade e a existência de metodologia de escolha com critérios públicos previamente definidos.

Uma vez instaurado o concurso é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto fora dele.

O artigo 25 do Decreto 3.100/99 estabelece as informações mínimas a serem expostas no edital do concurso e o art. 26 limita-se a afirmar que a OSCIP deverá apresentar o seu projeto técnico e o detalhamento dos custos relativos à sua realização<sup>52</sup>.

A seleção e julgamento do concurso obedecem às regras dos artigos 27 a 31 do Decreto em tela.

Tudo isso visa garantir igualdade de condições para todas as OSCIP's que queiram apresentar projetos.

Anunciado publicamente o resultado do concurso, o órgão estatal parceiro o homologará e, ato contínuo, deverá ser celebrado o Termo de Parceria pela ordem de classificação dos aprovados.

---

<sup>49</sup> Elenca os documentos para a prestação de contas da OSCIP.

<sup>50</sup> Enumera os documentos para instruir a prestação de contas da OSCIP.

<sup>51</sup> Dispõe sobre a exigência de realização de auditoria independente.

<sup>52</sup> Norma óbvia, já disposta no artigo 23 do mesmo Decreto.

Em resumo, os contratos de gestão estão vinculados às organizações sociais – OS's e os termos de parceria às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP's.

## CONCLUSÃO

Como não se pode pensar em esgotar o tema de estudo, sempre acompanhando a rapidez da evolução de todas as áreas, faz-se um breve relato conclusivo do que foi abordado, para que se consiga ir aprimorando a aplicabilidade dos instrumentos na relação do Poder Público com o Terceiro Setor.

A configuração social atual chama atenção para o Terceiro Setor, que é composto por voluntários, empreendedores sociais e associações, fundações, organizações religiosas, mais conhecidas por filantrópicas, institutos e organizações não-governamentais (ONG's).

O surgimento do Terceiro Setor remete à “reconstrução das utopias sociais transformadoras, tão caras à sociedade enquanto fatores de motivação e de mobilização das ações sociais coletivas, mas ausentes neste final de século devido à queda dos muros e regimes que sustentavam algumas delas... Nesse processo, observa-se o desenvolvimento de outra concepção na sociedade brasileira, a de cidadania, tratada agora não apenas como categoria individual, mas também coletiva... onde o conflito social deixa de ser simplesmente reprimido ou ignorado e passa a ser reconhecido, posto e repostado continuamente em pauta nas agendas de negociações... Resgatam-se regras de civilização e reciprocidade ao se reconhecer como detentores de direitos legítimos os novos interlocutores: grupos de favelados, de mulheres discriminadas, de crianças maltratadas, de ecologistas militantes, de sem-ter sem-teto, entre outros” (Ghon, 2002:301/2).

O Terceiro Setor é um conjunto de atividades espontâneas, não governar e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade e que se desenvolvem independentemente dos demais setores, embora possa com eles colaborar ou receber colaboração.

No trabalho, foram conceituados todos os nomes e contornos dessa nova categoria para que não se faça confusão com os institutos e, conseqüentemente, com os instrumentos contratuais aplicados a cada um.

Durante todo o estudo ficou evidenciada a relevância do interesse público, porém sob uma nova ótica, a ótica estatal contemporânea.

Nas últimas décadas o Estado vem se transformando e se expandindo de tal sorte que cada vez mais precisa redistribuir e redefinir as responsabilidades e deveres que lhe cabem e que pode compartilhar. Poderia se dizer que é puro exercício da cidadania.

A Administração visa resultados, com foco no cidadão, através de uma administração eficiente. Tem percepção da atual incompetência para suprir a demanda social e da insuficiência de recursos. O Estado deixa de ser protagonista da execução do serviço público, atuando em parceria com os privados, voltando-se para o planejamento, a regulamentação e a fiscalização, sendo que estas têm que ser eficientes.

O que se tentou demonstrar foi a base jurídica principiológica que rege o Terceiro Setor ante as questões de fundo social. O Terceiro Setor deve se firmar nos princípios da subsidiariedade, solidariedade, participação social, autonomia, consensualidade e eficiência/eficácia, além da legislação pertinente.

O Terceiro Setor atua subsidiariamente com o Primeiro, complementando as atividades típicas do Estado, ou seja, os serviços sociais básicos.

Para a formalização dessa colaboração, anteriormente, eram celebrados contratos administrativos ou convênios (regulamentados pela Lei 8.666/93 e Instrução Normativa nº 01/99, respectivamente), que satisfaziam as necessidades relevantes.

Com o passar dos tempos e o aprimoramento dos estudos, concluiu-se que esses não eram os instrumentos adequados para a contratação com o Terceiro Setor.

Os convênios, apesar de muitas críticas, foram caracterizados como o instrumento mais adequado à formalização de relações contratuais com o Terceiro Setor. porém, a despeito da sua relevância no âmbito do Direito Público, podem cair em desuso se não corrigidos certos aspectos como, por exemplo, a efetiva fiscalização e controle da eficiência dos resultados, não se preocupando somente com a respectiva prestação de serviços.

Infelizmente, o problema da falta de controle da Administração Pública se deve a falta de recursos humanos, materiais e tecnológicos adequados.

Mais recentemente foram criados dois novos instrumentos contratuais juntamente com duas novas qualificações dadas às entidades que compõe o Terceiro Setor, ou seja, o contrato de gestão, aplicado às Organizações Sociais - OS's (criado pela Lei 9.637/98) e o termo de parceria, aplicado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's (criado pela Lei 9.790/99). A tendência é a satisfação do interesse público, dos direitos fundamentais.

As Organizações Sociais surgiram da necessidade de ampliação da descentralização da prestação de serviços públicos. Algumas atividades de caráter social poderão ser absorvidas por elas. O contrato de gestão é o instrumento que formalizará a prestação desses serviços pela OS, possibilitando o recebimento de recursos orçamentários, bens e servidores públicos.

As OSCIP's, no entanto, surgiram para englobar todas as entidades do Terceiro Setor que apresentassem em seus estatutos objetivos ou finalidades sociais voltadas para a execução de atividades de interesse públicos nos campos da assistência social, cultura, educação, saúde, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, da ética, da paz, da cidadania e dos direitos humanos, da democracia e outros valores fundamentais, além da defesa preservação e conservação do meio ambiente. Podem relacionar-se com o Primeiro Setor através de parcerias. O Termo de Parceria é uma alternativa ao convênio, quando da realização de atividades de interesses comuns, porém sem o extenso rol de documentos exigidos nos convênios. É um instrumento de gestão que envolve negociação de objetivos, metas e produtos.

Conclui-se que algumas mudanças legislativas, com o devido conhecimento de cada instituto, seriam suficientes para melhor adequar esses instrumentos à realidade do Terceiro Setor, exigindo cada vez mais por parte do Poder Público o planejamento, a regulamentação e a fiscalização.

A não regulamentação, ou regulamentação insuficiente da matéria, somada à fiscalização inadequada da execução dos ajustes, permite o desvio de verbas repassadas para fins públicos relevantes.

É necessário disciplinar corretamente a matéria, efetuar fiscalização rigorosa de sua execução e aplicar severas punições àqueles que se utilizam desses ajustes par dinheiro público.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios ju  
Ed. Malheiros, 2003.
- BORDIEU, Pierre. Contrafogos. Zahar, 2001.
- BRASIL. Lei 8.666/93 – Licitações e Contratos.  
\_\_\_\_\_. Lei 9.637/99 – Organizações sociais e Contratos de Gestão.  
\_\_\_\_\_. Lei 9.790/99 – Organizações da sociedade civil de interesse público e Termo de parceria.  
\_\_\_\_\_. Decreto 3.100/99 – Disciplina a Lei 9.790/99.  
\_\_\_\_\_. Decreto 6.170/07 – Normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.  
\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial nº 127/08, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência – Normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170/07.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12ª ed. Ed.Lúmen Júris, 2004.
- CARVALHO, Nanci Valadares. Cadernos Abong. ONGs identidades e desafios atuais. Nº 27, São Paulo, Editora Autores Associados, 2000. Autogestão: o nascimento das ONGs. Tradução de Luiz R. S. Malta. 2ª Edição. São Paulo, Editora Brasiliense, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª ed. Ed. Atlas, 2002.
- FERNANDES, Rubens César. Privado, porém público: o Terceiro Setor na América Latina. 2. Ed. Rio de Janeiro: Relume – Dumará, 1994. *In*: OLIVEIRA, Miguel Darcy de & TANDON, Rajesh. Cidadãos: construindo a sociedade civil planetária. Ed. Prol, 1995.
- GENESCÁ, Pedro Carpenter. Os novos instrumentos contratuais na Relação Estado – Terceiro Setor. 2006. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Cidadania) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.
- HARADA, Felícia Ayako. Artigos. Disponível em <http://jusvi.com>. Acesso: 1 set. 2009.
- HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos – Anotações, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª Ed. Malheiros, 1996.
- MOTTA, Arnaldo Alves da Motta. Terceiro Setor ou Setor Terceirizado? Disponível em: <http://www.fonte.org.br>. Acesso: 05 abr. 2010.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. Coleção Temas de Direito Administrativo nº 7. Malheiros Editores, 2003.

SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. Instrução normativa nº 01. 1997.

TEIXEIRA, Josenir. Terceiro Setor. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br>. Acesso: 31 ago. 2009.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. Cidadania e Desenvolvimento Local. Ed. Unijuí, 2007

YAMAUTI, Takashi. Terceiro Setor. Disponível em <http://www.neomondo.org.br>. Acesso: 2 set. 2009.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Os convênios administrativos. Ano 80, Julho de 1991, vol. 669. São Paulo: RT, 1991.