



ASPECTOS GERAIS DA CONTRATUALIZAÇÃO DE DESEMPENHO INSTITUCIONAL

Por Valéria Alpino Bigonha Salgado

Dezembro/2017

1. INTRODUÇÃO



O vocábulo “contratualização” é um neologismo, derivado do adjetivo “contratual”, cujo significado é “referente a contrato”¹. Na administração pública, o termo é utilizado para denominar uma linha teórica e técnica de atuação estatal fundamentada na concertação e negociação administrativa do Poder Público e suas instituições e/ou servidores, ou, ainda, com atores privados, da sociedade civil organizada; que resultam na celebração de acordos de desempenho, que fixam compromissos mútuos a serem implementados pelos signatários, em

prol do alcance de objetivos públicos, definidos sob a forma de metas de desempenho.

A contratualização diferencia-se das práticas convencionais de gestão pública. Ela (a) estabelece novas bases de relacionamento internas à burocracia que

¹ No Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa podem ser também encontrados os termos “contratualidade” (qualidade ou caráter do que é contratual) e “contratualismo” (doutrina, na filosofia do Direito, segundo a qual o Estado foi restabelecido mediante contrato entre os cidadãos, ou entre eles e o soberano).

superam as meramente baseadas no uso do poder hierárquico; e proporciona o estabelecimento de laços de colaboração entre o Poder Público e agentes sociais, forjados de forma consensual.

Segundo Oliveira (2008), a contratualização está sintonizada com *a cultura do diálogo*, de crescente prestígio mundial, que tem conduzido os estados a adotarem um modelo de “governo por contrato” do favorecimento de mecanismos de diálogo interno e com a sociedade que contribuam para a conformação de suas ações em face de emanções da diversidade social.

Oliveira (2008, p. 33) destaca que, aplicada à Administração, essa orientação gerou termos como “Administrar por acordos”; “Administração paritária”; “Administração consensual”; os quais reforçam um modelo de atuação da Administração Pública que valoriza (e por vezes privilegia) o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação e a colaboração sem que para isso tenha que lançar mão da figura do contrato administrativo ampliando o universo contratual do setor público.

Contratualizar é uma prática relacionada à expansão e ao aperfeiçoamento dos meios de interlocução e administração de interesses dentro e fora da máquina pública, a fim de alcançar os objetivos públicos de forma mais eficiente. É uma tecnologia do modelo de governança desconcentrada e/ou descentralizada, concertada e participativa, preocupado, prioritariamente, com o controle dos resultados produzidos pela ação pública.

Enquanto contratualizar é adotar uma prática administrativa relacionada à negociação interna ou externa de desempenho, em ambiente de colaboração mútua no alcance de objetivos comuns; contratar”, na Administração Pública, significa celebrar contratos administrativos, definidos e disciplinados, no Direito Público Brasileiro, pela Lei Federal n. 8.666, de 1993.

O contrato administrativo corresponde ao ajuste entre o Poder Público e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas visando realizar obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Implica, assim, a aquisição junto a terceiro(s) de determinado bem ou serviço, mediante pagamento baseado em preço ou salário, admitido, no primeiro caso, o lucro.

A contratação ocorre em ambiente competitivo, de mercado e, por isso mesmo, deve ser necessariamente precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

Na contratualização, não há aquisição de bens ou contratação de serviços nem delegação de competências entre os signatários, como ocorre, por exemplo, no caso dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos. Há a negociação de padrões de desempenho e resultados a serem alcançados pelas

partes, especialmente pelo órgão ou entidade contratualizada no exercício das funções que já lhe são próprias, por meio da concertação e da consensualidade administrativa com atores externos.

O acordo celebrado entre a autoridade pública (em nome do Poder Público) e o órgão ou a entidade pública ou privada não envolve pagamento e tem como objetivo oficializar a relação colaborativa no alcance de objetivos e metas comuns.

A contratualização pode, no entanto, prever incentivos administrativos e/ou financeiros, tais como fomento público, prêmios, imunidades ou isenções de impostos ou taxas e regula-se por legislação e normas específicas.

Dentro da administração, a celebração de acordos de desempenho institucional visa instrumentalizar a delegação e a descentralização administrativa, porque "é mais fácil administrar com a adesão do administrado do que contra a sua vontade, tratando-o como participante e não como subordinado (Laubadére apud Justino, 2008, p. 155). Fora da Administração, com atores sociais, propicia o maior envolvimento e comprometimento da sociedade civil organizada com objetivos de interesse público.

A contratualização é uma estratégia de coordenação administrativa, sintonizada com o modelo de administração pública consensual, baseado na cooperação administrativa, que respeita a autonomia dos órgãos e entidades contratualizados (públicos ou privados); e busca, não a unificação de condutas mas potencialização dos resultados da ação pública – almeja a maior eficácia e eficiência do desempenho dos agentes públicos e de seus parceiros e a maior efetividade dos resultados.

As raízes da contratualização estão relacionadas à experiência francesa de renovação do setor público realizada no final dos anos 60, centrada na melhoria das relações entre o Estado e as empresas públicas.

Essa experiência que teve início com a divulgação do Relatório Nora², publicado em abril de 1967, que criticava a ineficiência microeconômica das

² O Relatório Nora continha quatro recomendações para ampliar o nível de eficiência e transparência das empresas estatais francesas: (a) conceder às empresas estatais uma verdadeira autonomia de gestão; (b) incentivar a avaliação e a compensação das obrigações de serviço público impostas às empresas públicas; (c) melhorar a situação financeira das empresas públicas; e (d) contratualizar as relações entre o Estado e as empresas públicas (Silva apud De Oliveira, 2008, p.77). Propunha uma estratégia sistemática de contornar os baixos níveis de eficiência por elas alcançados e ampliar a transparência da gestão orçamentária e financeira do setor público, que consistia na ampliação do nível de autonomia das empresas (retração das regras de direito público), associado a um instrumento mais eficaz de supervisão pelo Estado sobre as políticas implementadas (Oliveira, 2008, p.76-77).

empresas públicas – que não estavam submetidas às regras e às sanções usuais do mercado – e a precariedade dos instrumentos de controle público.

As primeiras experiências de contratualização ocorreram na década de 1970, por meio da celebração de “contratos de programa”, que fixavam a repartição de responsabilidades entre o Estado e as empresas; e estabelecia compromissos contratuais, articulados ao Plano Nacional do Governo Francês e, preferencialmente firmados com o mesmo prazo de execução.

Enquanto às empresas cumpria alcançar os objetivos negociados nos contratos de programas, ao Governo cabia assegurar os meios necessários para que esses objetivos fossem alcançados; seja pela concessão de maior autonomia na política de pessoal e/ou de preços e tarifas; seja pelo fomento; pela outorga de maior liberdade de ação no plano técnico e comercial; ou pela atenuação dos controles relativos à tutela estatal (Oliveira, 2008, p. 79).

Em 1982, surgiram os “contratos de plano”, celebrados entre o Estado com as coletividades territoriais, as regiões, as empresas públicas ou privadas e, eventualmente, com outras pessoas jurídicas, que fixavam compromissos recíprocos das partes para a execução do Plano Nacional e de seus programas prioritários (Oliveira, 2008, p. 79-80).

A partir de 1989, a contratualização de desempenho institucional foi estendida também para a administração central do Estado Francês, na intenção de assegurar o cumprimento das funções primordiais do estado, exercidas pelos órgãos estatais integrantes da administração direta, desprovidos de personalidade jurídica própria.

Nasceu aí a “contratualização da gestão”, por meio da celebração de contratos de gestão entre a autoridade estatal e seus subordinados, na qualidade de um *acordo organizativo organizatório*, no âmbito do qual o órgão interno, reconhecido e qualificado como um “centro de responsabilidade”, passou a gozar de maior autonomia perante a Administração Central, com a finalidade de imprimir maior agilidade na gestão do serviço, a fim de cumprir objetivos e alcançar resultados efetivos, na forma negociada e pactuada no ajuste.

2. A CONTRATUALIZAÇÃO DE DESEMPENHO INSTITUCIONAL NO BRASIL

A experiência de contratualização brasileira tem sua matriz no modelo francês, inspirada na busca da eficiência administrativa e na obtenção de resultados na implantação das políticas públicas. Já em 1991, os contratos de gestão foram utilizados pelo Governo Federal para estabelecer compromissos com a Vale do Rio Doce (1991-1996) e a Petrobras (1994-1996); e também para regular as

suas relações de fomento e parceria com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (Lei Federal n. 8.242, de 1991).

A partir de 1998, impulsionados pelas propostas da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado implementada pelo Governo Federal no período de 1995 a 1999, os contratos de gestão passaram a ser utilizados como modelo de ajuste entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos pré-qualificadas como parceiras do Estado na implementação de ações e serviços de interesse público direcionados aos cidadãos, conforme previsto na Lei Federal nº 9.637, de 1998, das organizações sociais (OSs); e também como mecanismo de supervisão ministerial, no caso das agências reguladoras³ e das agências executivas⁴ – nesses dois últimos casos, atrelados à concessão de autonomias administrativas, previamente previstas em lei.

A mencionada Reforma Administrativa emendou a Constituição Federal para, dentre outros, acrescentar o parágrafo 8º ao art. 37 que autoriza, expressamente, ao Poder Executivo conceder autonomias administrativas, orçamentárias e financeiras a seus órgãos e entidades mediante contrato interno, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho, na forma da lei.

Na mesma linha dos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, foi instituído, também, nessa época, o termo de parceria, na qualidade de ajuste celebrado entre o Poder Público com entidades pré-qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), na forma da Lei Federal n. 9.790, de 1999.

Tanto na literatura internacional quanto no Direito Público Brasileiro, a contratualização de desempenho institucional é compreendida como o procedimento de ajuste de condições específicas no relacionamento entre o Poder Público e seus órgãos e entidades vinculadas; ou entre o Poder Público e entidades da sociedade civil, nos quais haja a negociação e a pactuação de obrigações entre os signatários, e de metas de desempenho institucional que visem o alcance de um mesmo objetivo.

Sua característica essencial é o estabelecimento de um pacto de desempenho institucional entre os signatários, cuja natureza e conteúdo vão variar em razão da natureza jurídica e da área de atuação dos órgãos ou entidades signatárias. Quando o pacto é celebrado entre órgãos e entidades públicos de um mesmo ente federativo, tem-se a contratualização interna ou *intra-corporis*. Quando é celebrado com órgãos ou entidade públicos de outros entes federativos ou

³ As agências reguladoras instituídas no âmbito do Poder Executivo Federal são disciplinas em leis próprias, que as instituem e pela Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

⁴ Conforme artigos 51 a 53 da Lei n. 9.649, de 1998, regulamentados pelo Decreto n. 2.487, de 1998.

com entidades privadas, a contratualização é externa e tem como objeto a parceria e a colaboração institucional. (SALGADO, 2006).

Na contratualização interna, o principal objetivo é estimular o órgão ou entidade contratualizada a adotar o modelo de gestão por resultados; e ampliar a capacidade interna do governo de implantar as políticas públicas de saúde, de forma coordenada e sinérgica. Trata-se de um importante mecanismo de apoio à autoridade pública gestora, no exercício de suas funções de coordenação e supervisão administrativas⁵, por estimular a negociação e a concertação interna entre o órgão supervisor e suas unidades administrativas subordinadas (desprovidas de personalidade jurídica) e entidades públicas vinculadas (autarquias, fundações e empresas estatais); e proporcionar a fixação de compromissos com o alcance de metas de desempenho institucional, articuladas ao planejamento de governo; assim como a implementação de processos de acompanhamento e avaliação sistemáticos do desempenho do órgão ou entidade contratualizada, contribuindo para o aperfeiçoamento das relações de coordenação e supervisão político-administrativa dentro da Administração Direta e entre essa e a Administração Indireta. (SALGADO, 2006).

Na mesma linha da experiência francesa com os centros de responsabilidade, a contratualização interna à Administração Pública tem sido vinculada, sobretudo, à concessão de autonomias administrativas, autorizadas em instrumentos legais e normativos apropriados.

Esse modelo de contratualização está, inclusive, autorizado, no art. 37, parágrafo 8º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que prevê a possibilidade de os governos celebrarem contratos internos com os órgãos e entidades da administração direta e indireta que tenham como objeto a fixação de metas de desempenho; concedendo, para tanto, autonomias gerencial, orçamentária e financeira, estabelecidas na forma da lei.

No âmbito do Governo Federal, a matéria está disciplinada nos artigos 51 a 53 da Lei Federal n. 9.649, de 27 de maio de 1998⁶, regulamentados pelo Decreto Federal n. 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, que preveem a possibilidade da

⁵ As funções de coordenação e supervisão da administração direta sobre suas unidades administrativas ou entidades vinculadas está disciplinada no inciso I do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e nos artigos 19 a 28 do Decreto-Lei n. 200 de 1967.

⁶ A Lei n. 9.649, de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências resultou da conversão da Medida Provisória n. 1, reeditada quarenta e três vezes antes de ser convertida. A Lei n. 10.683, de 2003 revogou dispositivos da Lei n. 9.649, dentre os quais, não se integram seus artigos 51 a 53, que permanecem vigentes até a atualidade.

qualificação de autarquias e fundações públicas como “agências executivas”, autorizadas a observarem medidas administrativas especiais, mais flexíveis, mediante a celebração de contratos de gestão, nos quais se comprometam com o alcance de metas de desempenho institucional negociadas com o órgão da Administração Direta responsável por sua supervisão.

Registram-se, também, ocorrências especiais de celebração de contratos de gestão entre a Administração Direta e órgão da sua estrutura, para usufruição de autonomias administrativas, previstos em leis específicas, como é o caso do Serviço Florestal Brasileiro (SFB), criado por força da Lei Federal n. 11.284, de 2006, dentro da estrutura do Ministério do Meio Ambiente.

Alguns estados e municípios também aprovaram legislações próprias regulamentadoras do § 8º do art. 37 da Constituição Federal, como é o caso de Minas Gerais que disciplinou a matéria na Lei Estadual n. 14.694, de 30 de julho de 2003, na qual institui o “acordo de resultados” e disciplina a concessão de autonomias administrativas aos órgãos e entidades que o celebrarem.

No esteio do mencionado comando constitucional, há, no Poder Executivo Federal, outras formas de contratualização de desempenho institucional internas, com destaque para os contratos de gestão com agências reguladoras e com organizações militares prestadoras de serviços.

Algumas leis de criação de agências reguladoras preveem que as entidades devem celebrar contratos de gestão com seus respectivos órgãos supervisores da Administração Direta, onde devem ser estabelecidas metas de desempenho institucional a serem alcançadas pelas Agências. Esses contratos de gestão não estão relacionados à concessão de autonomias administrativas especiais, uma vez que, normalmente, as leis de criação das agências já as autorizam direta e expressamente a usufruírem as autonomias⁷.

Nesse caso, os contratos de gestão têm como consequência vinculada a possibilidade da exoneração dos dirigentes da entidade, detentores de mandato fixo, caso não alcancem as metas de desempenho institucional negociadas com o órgão supervisor.

O modelo das Organizações Militares Prestadoras de Serviços (OMPS) está previsto na Lei Federal n. 9.724, de 1º de dezembro de 1998. Segundo o dispositivo legal, a OMPS é um órgão da administração direta da estrutura do Ministério da Defesa autorizado a usufruir de autonomias administrativas por

⁷ As agências reguladoras, em razão de suas funções de regulação de mercado, observam medidas administrativas especiais (autonomias), devidamente previstas na sua lei de criação, tais como o mandato fixo e a sabatina de seus dirigentes pelo Senado Federal; a autonomia para definir sua estrutura; a estrutura organizacional constituída por modelo de cargos em comissão específico, dentre outras.

força de um contrato de gestão que celebra com o Ministério da Defesa, no qual se compromete a alcançar metas de desempenho institucional.

No ordenamento jurídico nacional, há também previsão da celebração de contratos de gestão entre o Poder Público e suas empresas controladas, com vistas à ampliação de sua autonomia gerencial orçamentária e financeira, conforme autorizado no artigo 47 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000). Apesar da autorização legal, até os dias atuais, não há registros de empresas estatais federais, que tenham contrato de gestão vigente, para obter autonomias administrativas.

Destaquem-se, ainda, as experiências de contratualização interna realizadas na área da saúde pública, como estratégia para dinamizar a implementação da Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) nos hospitais públicos subordinados ou vinculados ao Ministério da Saúde e Ministério da Educação⁸ e às Secretarias de Saúde estaduais e municipais, que será objeto de abordagem mais detalhada mais adiante.

Na contratualização interna podem ser vinculadas “consequências positivas” (incentivos) ou “negativas” (sanções) ao alcance de metas de desempenho institucional. São considerados incentivos as autonomias administrativas ou prêmios, inclusive financeiros, concedidos ao órgão ou entidade contratualizada e/ou às suas equipes (nesse último caso, sob a forma de bônus ou gratificações de produtividade), concedidos às no caso do atingimento das metas de desempenho pactuadas.

O incentivo financeiro sob a forma de prêmio, concedido a um órgão ou entidade pública contratualizada não configura “pagamento” pelas atividades ou serviços por eles realizados; e sim um bônus pelo alcance das metas de desempenho negociadas com o órgão supervisor.

Relativamente às sanções atreladas à contratualização interna, o mais comum no setor público, é a sanção administrativa, como no caso da agência reguladora, em que o não atingimento da meta pode implicar a perda do cargo pelo(s) seu(s) dirigente(s). Sanções financeiras devem ser evitadas, especialmente nos casos de órgãos e entidades dependentes dos recursos do Tesouro Público, visto que eventuais glosas podem prejudicar o financiamento regular da atividade ou serviço sob suas responsabilidades.

Os instrumentos mais utilizados pela Administração Pública para celebrar acordos de desempenho institucional internos são o contrato de gestão (como no caso das agências reguladoras, agências executivas e órgãos autônomos);

⁸ Na estrutura do Governo Federal, os hospitais universitários, na qualidade de unidades administrativas das autarquias ou fundações universitárias, vinculam-se ao Ministério da Educação, e não ao Ministério da Saúde.

acordos de resultados (como no caso do Estado de Minas Gerais), contratos ou acordos de autonomia e outros do gênero – tendo todos eles em comum o fato de estabelecerem acordos de desempenho internos, baseados no cumprimento de metas, vinculados à concessão de autonomias gerenciais, prêmios administrativos ou financeiros para o órgão ou entidade pública contratualizada; e/ou a previsão de sanções, no caso de descumprimento de metas.

Enquanto a contratualização interna visa estimular um órgão subordinado ou entidade vinculada a melhor cumprir suas finalidades e competências legais, de forma alinhada ao planejamento governamental; a contratualização externa sela uma parceria interfederativa (quando ocorre entre órgãos e entidades vinculadas de dois ou mais entes federativos); uma parceria intersetorial (quando ocorre entre órgãos e entidades públicas de dois ou mais setores de governo); ou uma parceria entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos (relação de colaboração público-privada).

A contratualização de desempenho institucional externa corresponde à pactuação de metas de desempenho institucional entre órgãos e entidades públicas de diferentes entes federativos ou de diferentes áreas de Governo; ou entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, com vistas à promoção integrada, sinérgica e eficiente dos signatários, na implementação de responsabilidades e alcance de finalidades que já lhe são comuns. (SALGADO, 2006).

Em todos esses casos, não há relação de coordenação ou supervisão hierárquica ou por vinculação entre os signatários.

O acordo de desempenho institucional deve contemplar os compromissos/responsabilidades a serem cumpridos por cada parte, definidos sob a forma de metas de desempenho, com prazos e indicadores estabelecidos, assim como os critérios e principais procedimentos a serem adotados no acompanhamento e na avaliação dos resultados alcançados.

Na contratualização externa não há concessão de autonomias administrativas envolvidas, já que cada um dos partícipes da contratualização tem plena autonomia política, de organização e de funcionamento em relação ao outro. A celebração de pactos de colaboração intragovernamentais, entre órgãos e entidades de diferentes áreas de políticas públicas, visa promover a implementação integrada e sinérgica de políticas públicas inter e/ou multissetoriais, de forma a alcançar maior efetividade.

Quando envolve transferência de recursos públicos entre os signatários do acordo, o instrumento usualmente utilizado é o termo de execução

descentralizada, podendo ser, também, utilizado o convênio. Esses dois institutos estão disciplinados pelo Decreto n. 6.170, de 2007⁹.

A contratualização de desempenho institucional entre entes federativos decorre da diretriz constitucional de ampla descentralização de serviços públicos – especialmente nas áreas sociais; e da estrutura de repartição de recursos tributários. A partir da promulgação da Constituição de 1988, os estados e municípios recuperaram sua autonomia político-administrativa e a descentralização das políticas de saúde constituiu uma das diretrizes fundamentais da Carta Maior, com ênfase em sua municipalização. Os processos de estruturação de sistemas interfederativos de políticas públicas passaram a exigir dos entes federativos maior coordenação e harmonia em suas respectivas atuações, o que ocasionou o surgimento de novos instrumentos de articulação e negociação entre as esferas de governo, alternativos aos tradicionais convênios, havendo sido criadas novas modalidades e novos instrumentos jurídicos para a descentralização de ações e programas públicos.

Nesse sentido, destaca-se a promulgação da Lei n. 11.107, de 2005, que regulamentou, em nível nacional, o art. 241 da Constituição que trata sobre os consórcios públicos, os convênios de cooperação e a gestão associada de serviços públicos.

Em vários campos de políticas públicas surgiram tecnologias gerenciais de aplicação setorial específica, como é o caso da área da saúde, onde foram criados institutos administrativos de formalização de compromissos entre entes públicos aplicados de forma específica no âmbito do Sistema Único de Saúde, tais como o Termo de Cooperação entre Entes Públicos (TCEP) e o Contrato Organizativo da Ação Pública (COAP), para promover e formalizar as relações de cooperação entre os entes federativos na implantação conjunta, coordenada e sistêmica das políticas nacionais de saúde.

Relativamente aos pactos de cooperação que se estabelecem entre o Poder Público e o Terceiro Setor, deve-se destacar que são uma estratégia possível à Administração Pública para implantar políticas públicas, como explicitado no Voto-Vista do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-5, de 2015:

⁹ O acordo de cooperação de que trata a Lei n. 13.019, de 2014 não se aplica à contratualização externa entre órgãos e entidades públicas. As disposições relativas ao acordo de cooperação estabelecidas pela Lei n. 13.019, de 2014 referem-se apenas aos ajustes celebrados entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, não sendo aplicáveis aos casos de cooperação institucional entre órgãos e entidades públicas do mesmo ente federativo ou de entes federativos diferentes.

(...) como ensina Floriano Azevedo Marques Neto, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários, nos seguintes termos: "O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta.

(...) Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia" (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74).

20. Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

21. Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, caput, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's n. 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 22. Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos,

sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. (Voto-Vista do Min. Luiz Fux, ADI 1923-5, de 2015, p. 12 e 13).

O estímulo à atuação do setor privado social como colaborador do Poder Público na execução de políticas públicas é uma forma de acrescentar, às potencialidades da máquina burocrática, as infinitas potencialidades da sociedade e de suas muitas organizações sociais, conforme ensina Moreira Neto (1998).

Quando age assim, o Estado propicia às organizações sociais deixarem de ser meras súditas para serem sócias e parceiras da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais.

Contratualizar com particulares é uma prática que pressupõe a consensualidade entre a Administração Pública e o parceiro privado. Ela vai além de estimular condutas privadas de interesse público, mas passa a estimular a criação de soluções privadas de interesse público e, com isso, concorre para enriquecer os modos e as formas de atendimento aos cidadãos.

(...)

Um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionárias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável. (MOREIRA NETO, 1998).

No âmbito da atuação conjunta e cooperada, em ambiente de parceria, entre o Poder Executivo e as entidades civis, especialmente as sem fins lucrativos é comum estar prevista a concessão de fomento público como incentivo e indução à parceira privada à realização de atividades não privativas de Estado, especialmente, no provimento de serviços sociais de interesse público diretamente ao cidadão, que estejam alinhados s suas finalidades estatutárias.

O fomento é uma estratégia que o Poder Público pode adotar, na implementação das políticas públicas sob sua responsabilidade, com o intuito de estimular entidades civis sem fins lucrativos que prestem serviços essenciais a atuar em prol do interesse público, por meio da suplementação de recursos a essas entidades, para que elas alcancem metas de desempenho institucional.

Deve-se ressaltar que o fomento é um incentivo, e não um pagamento, concedido no âmbito de uma relação e parceria estabelecida entre um órgão ou entidade pública e uma entidade civil sem fins lucrativos.

O fomento pode ser financeiro, mas também pode se dar por meio de renúncias fiscais; cessão de bens móveis ou imóveis; doação de bens móveis

ou imóveis e, em casos especiais, pela cessão de pessoal (servidores ou empregados públicos) para atuar na entidade privada parceira.

A Lei Federal n. 4.320, de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para os orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios, enquadra o fomento público financeiro a entidades civis sem fins lucrativos na modalidade de “transferências” (modalidade 50). Essa lei orienta que a concessão de subvenções sociais deve ocorrer sempre que o incentivo financeiro a entidades privadas (suplementação de recursos) revelar-se mais econômico (e mais adequado) para garantir a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional à população. (SALGADO, 2016).

As Leis de Diretrizes Orçamentária do Governo Federal, aprovadas ano a ano, têm capítulo específico sobre transferências correntes e de capital, que disciplinam, de forma complementar, as disposições da Lei n. 4.320, de 1964.

Passado mais de meio século, desde que a Lei Federal n. 4.320 dispôs sobre a subvenção social, surgiram no ordenamento jurídico nacional outras variantes de fomento público, a exemplo dos modelos previstos nas Leis Federais n. 9.637, de 1998 e n. 9.790, de 1999, das organizações sociais e das OSCIPs, respectivamente. Em ambas as leis, as áreas de atuação das entidades civis fomentadas são mais abrangentes do que as estabelecidas para a concessão de subvenções sociais¹⁰; há definição de requisitos específicos para a qualificação das entidades beneficiárias; e são previstos modelos de avaliação dos resultados e de prestação de contas pelas entidades baseados no controle de resultados.

Especialmente a partir dessas leis, o termo “fomento” passou a ser utilizado para nominar “as transferências de recursos a entidades civis sem fins lucrativos”, vinculados ao cumprimento de metas de desempenho na implementação do projeto ou atividade de interesse público, objeto da parceria¹¹. Por falta de enquadramento orçamentário adequado, o fomento a entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como OS e OSCIP é classificado

¹⁰ Na Lei Federal n. 9.637, de 1998, o objeto do fomento público são as atividades de interesse público de natureza continuada, realizadas nas áreas do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, desenvolvidas por entidades qualificadas como organizações sociais. Na Lei n. 9.790, de 1999, as áreas de atuação das entidades civis são ainda mais abrangentes.

¹¹ Até então, o termo era utilizado apenas para denominar o financiamento concedido pelo Poder Público, por meio de suas agências de fomento, regulamentadas pelo Banco Central, a entes federativos, pessoas físicas ou jurídicas, para o desenvolvimento de ações de projetos em áreas de infraestrutura, profissionais liberais e micro e pequenas empresas. Indústria, comércio, agronegócio, turismo e informática, dentre outras.

na modalidade 50 – Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos, Elemento de Despesa 39 – serviços de terceiros – pessoa jurídica¹².

A expressão “fomento público” ganhou espaço na doutrina, na legislação e na jurisprudência como sinônimo de transferências de recursos públicos a entidades civis sem fins lucrativos para induzir e incentivar a atuação das organizações do Terceiros Setor na execução de atividades e serviços de relevância e interesse social.

É nesse sentido, por exemplo, que dispõe o voto condutor do Ministro Luiz Fux, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, contra a Lei Federal n. 9.637, de 1998, das organizações sociais, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em abril deste ano:

[...] as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. (Voto do Ministro Luiz Fux, ADIn n. 1.923) (grifo nosso).

As características intrínsecas do instituto do fomento público o diferem da aquisição de bens e serviços, regulada pela Lei Federal n. 8.666, de 1993.

Nas compras ou contratações no mercado, o interesse primordial que caracteriza a relação público-privada é o da obtenção de vantagens na compra e venda no mercado – por um lado, a Administração Pública, em busca da maior qualidade e do menor preço; e por outro lado o agente econômico, fornecedor de bens ou serviços, em busca, para si mesmo, da maior margem de lucro (SALGADO, 2016). No fomento público, o interesse primordial de ambas as partes deve ser o de alcançar os objetivos e metas estabelecidas, de comum acordo, no âmbito da parceria.

¹² Nada obstante a Constituição Federal de 1988 ter atualizado, de forma contundente, as regras de organização e funcionamento do Setor Público e terem sido introduzidos, no ordenamento jurídico nacional, novos institutos de Direito Público para regular as relações entre a Administração e as entidades civis sem fins lucrativos, o fato é que até hoje as modalidades de despesas e elementos de despesa vigentes no orçamento público ainda se reportam aos ditames da Lei n. 4.320, de 1964, e se mostram insuficientes para abarcar as novas realidades do orçamento público.

Por isso mesmo é que na parceria e no fomento não se aplicam os institutos da licitação. É o que dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada no voto do Ministro Ayres Brito no julgamento da ADIn n. 1.923:

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Importante lembrar que quando a entidade privada é contratada pelo Poder Público para fornecer bens ou serviços não se forma uma relação de colaboração e fomento. Nesse caso, a entidade age como um agente econômico, tendo como vetor de motivação básico a perspectiva de retorno financeiro, independentemente de sua natureza jurídica com fins lucrativos ou sem fins lucrativos, ou seja, se a totalidade do retorno financeiro será por ela aplicado no seu objeto estatutário ou se será distribuído entre os sócios ou associados.

Na relação de compra e venda, o preço é o aspecto central e a competição é um princípio basilar, viabilizada na ampla disputa entre os agentes econômicos pela possibilidade de fornecer ao Poder Público a proposta mais vantajosa de venda de bens e serviços.

No fomento, o cálculo dos valores a serem transferidos para a entidade parceira é efetuado com base no levantamento do montante de recursos suplementares aos recursos próprios da entidade beneficiária, necessários para que essa possa alcançar os objetivos e metas fixados nos ajustes celebrados com o Poder Público. Esse cálculo pode ser realizado, inclusive, com base em unidade de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição da população, obedecidos padrões mínimos de eficiência previamente fixados, conforme recomenda o parágrafo único do art. 16 da Lei Federal n. 4.320, de 1964.

Além disso, o processo de eleição da entidade a ser fomentada deve ser diferente do processo licitatório, uma vez que não se trata de apenas eleger o melhor projeto, mas, principalmente, de identificar a entidade que reúne os requisitos essenciais para ser parceira do Estado, sobretudo quando o objetivo é o fomento a atividades de natureza continuada, no âmbito de parcerias de longo prazo. A seleção da entidade exige a adoção de critérios de avaliação e julgamento baseados: (a) no grau de alinhamento das finalidades estatutárias e do seu campo de atuação em relação às atividades e aos serviços a serem fomentados; (b) na natureza de seus instituidores¹³; (c) na sua reputação na

¹³ No Programa Dinheiro Direito na Escola, instituído pela Lei Federal n. 11.947, de 2009, o Governo Federal concede apoio financeiro, mediante transferência direta, a entidades civis

sociedade; (d) na adequação de sua constituição e seu funcionamento à legislação que rege as entidades civis sem fins lucrativos; (e) na sua saúde financeira; e (f) na sua idoneidade, podendo também envolver aspectos relativos à região em que atua; ao público destinatário de suas atividades e serviços; à sua inserção dentro da comunidade beneficiada; dentre outros¹⁴.

A escolha, pelo Poder Público, da entidade com a qual estabelecerá relação de parceria e fomento deve visar identificar a melhor parceira e não a melhor proposta.

É, portanto, um processo diferente da licitação, realizada na aquisição de produtos e serviços, onde é julgada e selecionada a melhor proposta, com base em critérios de qualidade e preço.

Não há como se falar em competição; preço; ou melhor proposta em razão da adequação ao valor de referência, na seleção da entidade civil a ser fomentada.

O valor do fomento deve ser consequência, e não premissa na escolha da entidade. Ele não deve ser calculado com base em preço de serviços no mercado¹⁵, mas a partir da análise detalhada dos recursos necessários para a entidade parceira alcançar as metas de prestação de serviços almejada pela Administração Pública, considerados, especialmente, os recursos próprios já disponíveis. É nesse sentido, inclusive, que o art. 16 da Lei Federal n. 4.320, de 1964, recomenda que "o valor da subvenção seja calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados".

Como a celebração de parcerias visa a união de forças e de recursos entre Poder Público e entidades civis que atuem na área social sem finalidades lucrativas, é pouco provável que o montante de recursos públicos necessários na parceria e fomento seja equivalente ao valor despendido se a operação fosse de contratação de serviços no mercado (por meio da celebração de contrato administrativo) no mercado ou mesmo na execução direta.

sem fins lucrativos qualificadas pelas escolas públicas como suas "unidades executoras", em função, *exatamente, da representatividade da comunidade em seu órgão de direção superior* (art. 22, §2º).

¹⁴ É nessa direção que as leis federais de organizações sociais e de OSCIPs estabelecem processos de pré-qualificação cujo objetivo é certificar, previamente, as entidades habilitadas a celebrar ajustes de parceria com o Poder Público e receber fomento estatal. No caso da Lei n. 9.790, de 1999, a escolha da entidade parceira pode observar um processo de seleção de projetos, do qual podem participar todas as OSCIPs já qualificadas.

¹⁵ Nessa direção, o parágrafo único do art. 16, da Lei n. 4.320, de 1964, ao dispor sobre o valor das subvenções, estabeleceu que, sempre que possível, ele deveria ser calculado com base em *unidades de serviços postos à disposição dos interessados*, e não em *preço de serviços*.

O valor do fomento poderá ser menor ou maior, dependendo da necessidade de suplementação financeira da entidade parceira para alcançar as metas negociadas com a Administração Pública.

A escolha do gestor deve ser, em qualquer caso, sempre devidamente motivada, justificada, principalmente, quanto ao aspecto de ser a melhor opção para a implementação da política pública e o pleno atendimento ao interesse público, na forma disciplinada no art. 2º da Lei n. 9.874, de 1999 (Lei de Processos Administrativos):

Na parceria e fomento, o objetivo da Administração Pública não é apenas o de viabilizar a oferta de determinado serviço para a comunidade; mas também o de incentivar e apoiar a sociedade civil organizada em sua atuação em prol do interesse público. Nesse caso, a eficiência do fomento deverá ser avaliada, não apenas pela racionalidade na aplicação dos recursos, mas se foi escolhida a melhor parceria.

É precisamente nessa direção (da eficiência) que a Constituição Federal e a Lei Federal n. 8.080, de 1990, determinam ao gestor do SUS dar preferência às filantrópicas e demais entidades sem fins lucrativos, na complementação de serviços de assistência à saúde junto ao setor privado (CF, art. 199, §1º).

São vários os tipos de ajustes de parceria e fomento entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos previstos no Direito Administrativo Brasileiro, dentre os quais destacam-se o contrato de gestão, o termo de parceria, o termo de fomento e o termo de colaboração.

O contrato de gestão é um instituto de relação negociada entre o Estado e entidades civis sem fins lucrativos, baseado no modelo de gestão voltada para resultados. Ele privilegia: (a) a harmonização dos objetivos estratégicos da entidade e de seu planejamento com os objetivos governamentais; (b) o fomento público às atividades da entidade parceira, por meio de isenções fiscais ou destinação de recursos financeiros, móveis, imóveis ou de pessoal; e (c) o controle de resultados (ao invés do controle de meios), realizado pelo acompanhamento e avaliação do cumprimento de metas de desempenho institucional negociadas entre Poder Público e entidade parceira.

A celebração de contratos de gestão com entidades civis sem fins lucrativos está prevista na Lei Federal n. 9.637, de 1998, das organizações sociais e em leis estaduais e municipais que instituem modelos de parceria similares; e em leis específicas que autorizam a relação paraestatal com entidades constituídas como "serviços sociais autônomos", a exemplo da Associação das Pioneiras Sociais (Rede Sarah Kubitschek).

O Termo de Parceria é um acordo muito similar ao contrato de gestão. Ele se rege pelas disposições da Lei Federal n. 9.790, de 1999, ou por leis estaduais

ou municipais com conteúdos semelhantes ao da lei federal, que tratam da qualificação e celebração de parceria com entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

Os termos de colaboração ou de fomento são dois institutos criados pela Lei Federal n. 13.019, de 2014¹⁶ para substituir o uso do convênio na celebração de parcerias entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos que envolvam fomento financeiro (transferência de recursos públicos).

Na forma estabelecida na referida Lei, o Termo de Colaboração deve ser utilizado quando a iniciativa da parceria e do fomento público for da Administração Pública; e o Termo de Fomento quando a iniciativa for da organização da sociedade civil. A principal diferença jurídica entre os dois instrumentos é a origem da iniciativa da parceria; no mais não há diferenciações relevantes entre os dois termos, quanto ao conceito, procedimentos de celebração, monitoramento e avaliação e prestação de contas.

O artigo 3º da Lei n. 13.019, de 2014 estabelece os casos de parceria entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos nos quais suas disposições não se aplicam – ou seja, não devem ser celebrados Termos de Colaboração e Termo de Fomento; tais como com entidades qualificadas como organizações sociais, nos termos da Lei Federal n. 9.637, de 1998 (situação em que se utiliza o contrato de gestão); com entidades qualificadas como oscips, nos termos da Lei Federal n. 9.790, de 1998 (pode ser utilizado o termo de parceria); e com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para complementação dos serviços da rede pública de saúde, na forma do §1º do art. 199 da Constituição Federal. Nesse último caso, continua sendo utilizado o (inciso IV do art. 3º da Lei n. 13.019, de 2015).

O acordo de cooperação deve ser celebrado quando a parceria entre o Poder Público e a entidade civil sem fins lucrativos não envolver transferência de recursos financeiros. Esse instituto está definido e disciplinado também pela Lei Federal n. 13.019, de 2014.

3. ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE O CONTRATO DE GESTÃO

Contrato de gestão é uma mesma denominação utilizada para dois institutos jurídico-administrativos diferentes, embora com algumas características similares. Na contratualização interna, o contrato de gestão é um acordo administrativo, definidor de compromissos periódicos, em geral, de médio

¹⁶ A Lei n. 13.019, de 2014, reformada pela Lei n. 13.214, de 2015, estabelece regras e procedimentos nacionais a serem observados nos ajustes celebrados entre os órgãos e entidades públicas e organizações da sociedade civil, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, em regime de mútua cooperação.

prazo, entre um órgão da Administração Direta e suas unidades internas ou entidades vinculadas. Seu objeto é o estabelecimento de metas de desempenho institucional para a unidade ou entidade contratualizada, que deverão ser alcançadas no exercício de suas respectivas finalidades e competências institucionais.

Nesse caso, o contrato de gestão é um instrumento de coordenação e supervisão administrativa, sintonizado com os paradigmas da gestão pública por resultados, ancorada na negociação e concertação interna e na priorização de controles de resultados com flexibilização dos controles legais e normativos aos quais os órgãos e entidades públicos estão submetidos.

Ele substitui parte do controle de processos pelo controle de resultados e viabiliza a consistência entre o planejamento global e setorial de Governo e o planejamento estratégico da unidade administrativa ou entidade vinculada, mantendo um grau de equilíbrio entre o controle governamental e o espaço de discricionariedade das autoridades públicas.

O controle dos resultados é elemento essencial no Contrato de Gestão, que tem sua origem na administração por objetivos (APO)¹⁷.

A natureza do contrato de gestão, celebrado dentro da Administração Pública, é puramente administrativa, não tendo validade jurídica junto a terceiros.

Oliveira (2008) assim define esse modelo de contrato de gestão:

“(...) é possível encarar o contrato de gestão como um acordo administrativo organizatório, cuja função é a difusão da normatividade programática prevista no ordenamento pátrio (programação originária), por intermédio da estipulação de uma programação de metas de desempenho a serem cumpridas pelos órgãos e entidades da Administração Pública (programação derivada), com a conquista de determinados resultados.

No entanto, para que o contrato de gestão possa efetivamente cumprir com essa função, a programação das metas de desempenho e estipulação dos resultados a serem atingidos pela Administração Pública devem estar perfeitamente integradas com a realização do planejamento e a programação do orçamento do Estado.

Ademais disso, há a necessidade de operar a concatenação das diferentes ações e programações administrativas, razão pela qual concorda-se com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a

¹⁷ A Administração por Objetivos, apresentada sistematicamente por Peter Drucker em 1954, é uma forma de gerenciamento em que a organização e suas áreas funcionais definem objetivos, na forma de resultados esperados, a partir dos quais são estabelecidas as ações necessárias para seu alcance.

função do contrato de gestão seria viabilizar a coordenação gerencial na Administração Pública.”

Moreira Neto (1998), citado por Justino (2008), ensina que:

(...) a redescoberta das possibilidades da coordenação de ações para o gerenciamento da Administração Pública, valendo-se das múltiplas formas de interação e de atuação agregada dos próprios órgãos já existentes no aparelho do Estado entre si, e desses com as miríades de entidades da sociedade civil organizada, têm rasgado um vasto e riquíssimo campo de experiências gerenciais, em que institutos antigos vão se remodelando e novos vão sendo criados com vistas à maior eficiência e à maior visibilidade da gestão dos interesses públicos.

Nessa linha, no âmbito interno da Administração Pública, desenvolveu-se e aperfeiçoou-se o antigo conceito de cooperação, tanto valendo-se das formas clássicas dos consórcios e dos convênios, quanto através dos novíssimos contratos de gestão, na verdade, acordos para a realização de programas específicos de administração pública, por isso mesmo mais adequadamente denominados de acordos de programa, voltados a ampliar a autonomia gerencial dos órgãos públicos e a estimular a gestão associada de serviços públicos, para superar os avelhentados emperramentos da hierarquia burocratizada.

O outro instituto, também nominado de contrato de gestão, é o ajuste celebrado entre a Administração Pública e terceiros – ou melhor, com entidades civis sem fins lucrativos é um instrumento que formaliza uma relação de colaboração público-privada. Ele estipula compromissos a serem respeitados pelos signatários, podendo prever a destinação de recursos públicos a título de fomento à entidade privada. Nesse caso, o fomento à entidade civil não configura “pagamento” por serviços prestados, mas uma suplementação aos recursos próprios da entidade, a fim de que essa possa alcançar metas de desempenho estipuladas de comum acordo com o Poder Público, *no cumprimento de suas finalidades estatutárias*.

As cláusulas do contrato de gestão têm valor jurídico, inclusive em situações de litígio.

O contrato de gestão está previsto na Lei n. 9.637, de 1998, que instituiu o modelo de qualificação de organizações sociais, como o instrumento firmado pelo Poder Público e a OS, com vistas à formação de parceria entre as partes, assim como para o fomento público às atividades da entidade (art. 5º).

A mencionada Lei estabeleceu, ainda, que o contrato de gestão celebrado com uma OS deve ser elaborado de comum acordo com o Poder Público e contemplar as atribuições, responsabilidades e obrigações dos seus signatários, com estipulação das metas de desempenho a serem alcançadas

pela entidade privada parceira, assim como os prazos de execução e indicadores de desempenho (art. 6º).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923, em 2015, impetrada contra dispositivos da Lei n. 9.637, de 1998, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o contrato de gestão celebrado com as OSs é uma modalidade de convênio, conforme citação a seguir:

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF (p. 12).

Segundo o STF, o contrato de gestão viabiliza:

“o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação” (p. 4).

Aspecto de grande relevância na Lei n. 9.637, de 1998 é o fato de estabelecer que, na elaboração do contrato de gestão, o órgão ou entidade pública signatário em nome do Poder Público deverá se pautar pelos princípios da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, de forma a garantir que as cláusulas nele consignadas – que deverão ser observadas pela organização social (que é uma entidade privada, não alcançada pelos princípios da administração pública) atendam à integralidade do interesse público (art. 7º da Lei n. 9.637), garantindo o respeito, no âmbito do contrato, a um núcleo mínimo desses princípios.

Exatamente nessa linha posicionou-se STF, no julgamento da ADI n. 1.923, em 2015:

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, *seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput)*, dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei n. 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras

objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (grifo nosso).

Não cabe, portanto à OS ou a qualquer outra entidade civil sem fins lucrativos (como, por exemplo, os serviços sociais autônomos) que celebrar contrato de gestão com o Poder Público observar os princípios da Administração Pública – ela deve observar as regras do Direito Civil; do seu próprio estatuto social; e as estabelecidas no contrato de gestão celebrado pelo Poder Público, e estabelecidas de comum acordo.

É o órgão ou entidade pública que celebrar o contrato com a entidade civil que deve dispor regras que garantam que as ações realizadas no âmbito do contrato – inclusive pela parceira privada – estejam em consonância com os princípios da Administração Pública e visem, em primeira instância, atender ao interesse público (e não a interesses de terceiros).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contratualização é uma tecnologia de gestão centrada em resultados, fundamentada na negociação de metas de desempenho institucional relacionadas à implantação de política pública, entre o Poder Público e suas próprias estruturas ou com entidades privadas sem fins lucrativos.

A natureza dos partícipes determina o tipo de negociação que ocorre entre as partes: quando exclusivamente públicos, a contratualização é um mecanismo de coordenação e supervisão da administração direta do desempenho de suas unidades administrativas ou entidades públicas vinculadas. Quando ocorre entre entes federativos, é um mecanismo de atuação interfederativa coordenada. E quando se dá entre o Poder Público e particulares é um instrumento de parceria.

Em todos esses casos, constituem fatores essenciais a objetividade do que foi acordado entre as partes e a clareza quanto às consequências positivas e/ou negativas que vão decorrer do alcance ou não das metas pactuadas. Contratualização sem consequências é pura perda de tempo e recursos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRAEF, Aldino e SALGADO, Valéria (2012), "Levantamento Nacional de Modelos de Parceria entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração - As Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e os Serviços Sociais Autônomos", *in* Relações de Parceria

entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil. Samuel A. Antero (org.). Editora IABS, Brasília-DF, Brasil.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 214: 35-53, out./dez. 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Justino, Contrato de Gestão, Editora Revista dos Tribunais, 2008 São Paulo (SP), 2008

SALGADO, VABS. Contratualização e modelos institucionais da administração pública. In: Reformas y gobernabilidad: Experiências nacionais de modernización de la gestión pública. P 103- 124. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 2006, Cidade de Guatemala, Guatemala. Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DDCC2103F4FE136B05257DDC006C79A3/\\$FILE/1_pdfsam_248.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DDCC2103F4FE136B05257DDC006C79A3/$FILE/1_pdfsam_248.pdf)

_____A Contratualização no Sistema Único de Saúde. Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Sanitário. Instituto de Direito Sanitário-IDISA, Campinas, São Paulo. 2018.

_____A Lei Federal de organizações sociais e sua regulamentação no âmbito do Sistema Único de Saúde, Ministério da Saúde/Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/janeiro/34/15.Regulamentacao-da-Lei-de-OS.pdf>. Consulta em 07 de julho de 2017.

_____Estudo: Aplicação do novo marco regulatório das organizações da sociedade civil no âmbito do Sistema Único de Saúde, Ministério da Saúde/Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Disponível em <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/janeiro/34/14.Estudo-sobre-a-aplicabilidade-das-disposicoes-da-Lei-n-13019-DEZ2016.pdf>. Consulta em 07 de julho de 2017.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. LIMA, Paulo Daniel Barreto e SILVA, Maria Lucia de Matos Felix. Os contratos de gestão na estratégia da Reforma do Aparelho do Estado. Monografia do Curso de Especialização em Gestão Pública e Qualidade em Serviços. Universidade Federal da Bahia. Brasília, DF, 1996.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso; FERNANDES NETO, José Antonio Silvestre. A contratualização de desempenho institucional no âmbito do Sistema Único de Saúde". Painel: 038 - Desafios da contratualização de desempenho institucional intragovernamental e com entidades do terceiro setor: na implementação de políticas sociais no Brasil. In: XXII Congreso Internacional del CLAD. Madri, Espanha, 2017.



**[NOME DA
EMPRESA]**
substituir por [Endereço, Cidade,
Estado CEP]
LOGOTIPO [Telefone] | [Endereço
de Email] | [Endereço
Web]