

Parceria entre Estado e entidades precisa de regulação

20/09/2008

Inúmeras atividades de interesse coletivo, normalmente atribuídas ao Estado, são desempenhadas em associação com organizações com fins lucrativos (empresas) sem que isso cause maior surpresa aos cidadãos. É o caso, para ficar em alguns poucos exemplos, dos serviços públicos de coleta de lixo, de distribuição de energia elétrica ou de telecomunicações.

Quando esse relacionamento se dá com organizações sem fins lucrativos (associações e fundações privadas), o tema costuma levantar polêmica. Alguns acusam o Poder Público de “cooptar” a sociedade civil organizada, outros criticam o que seria uma disfarçada “terceirização” das responsabilidades do Estado e alguns, inclusive, vislumbram a abertura de uma porta para a má aplicação ou desvio de recursos públicos.

Uma explicação para essa percepção crítica talvez resida no fato de que, enquanto para as parcerias público-privadas com o setor lucrativo desenvolveu-se um sofisticado aparato de leis e instituições destinadas a regulá-las e monitorá-las, nas parcerias com o setor não-lucrativo esse marco jurídico-institucional é significativamente menos desenvolvido.

Existem alguns pontos críticos da legislação aplicável ao relacionamento do Estado com o chamado “terceiro setor”. Atualmente, o Poder Público dispõe de três principais instrumentos para formalizar uma parceria com organizações sem fins de lucro: o convênio, o termo de parceria e o contrato de gestão.

O convênio é o instrumento utilizado para a execução descentralizada de qualquer programa de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação. No plano normativo, há praticamente um único dispositivo legal que o regulamenta: o artigo 116 da Lei 8.666/93; por essa razão, a maioria de suas normas é de caráter infralegal e está consubstanciada em decretos do Presidente da República (Decretos 5.504/05 e 6.170/07) e em instruções normativas da Secretaria do Tesouro Nacional, a IN 1/97. A princípio, pode ser celebrado com qualquer organização sem fins lucrativos, independentemente de titulação ou qualificação.

O termo de parceria é voltado ao fomento e execução das atividades definidas como de interesse público pelo artigo 3º da Lei 9.790/99 e disciplinado pelo Decreto 3.100/99. Apenas aquelas organizações que cumprirem os requisitos legais e sejam qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) pelo Ministério da Justiça é que estão aptas a celebrar a parceria com o Poder Público.

O contrato de gestão tem por objetivo a formação de parceria para o fomento de organizações que prestam serviços públicos não-exclusivos do Estado: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. É regulado pela Lei 9.637/98. Para firmar um contrato de gestão, a organização deve ter sido

previamente qualificada como Organização Social (OS) pelo ministério correspondente.

O termo de parceria e o contrato de gestão possuem vantagens em relação ao convênio: A primeira é um maior rigor na seleção da organização parceira, que é obrigada a assumir uma série de deveres em termos de transparência, como a obrigação de tornar públicos os relatórios de atividades e demonstrações financeiras, para obter qualificação como Oscip ou OS.

A segunda é a existência de um maior número e melhores mecanismos de controle: enquanto o convênio é fiscalizado apenas pelo Poder Público e pelo Tribunal de Contas, o termo de parceria submete-se adicionalmente à supervisão do Conselho Fiscal da Oscip, de auditoria externa, de uma Comissão de Avaliação, do Conselho de Políticas Públicas da área envolvida e de toda a sociedade.

O contrato de gestão é acompanhado ainda por um Conselho de Administração, composto com representantes do Poder Público e de outras organizações da sociedade civil, e por uma Comissão de Avaliação integrada por experts na área. Além disso, a fiscalização tanto do termo de parceria quanto do contrato de gestão é fundamentada em uma lógica de resultados, na medida em que prevêem metas de resultado e indicadores que permitem o acompanhamento periódico do impacto da parceria.

A Constituição Federal estabelece que todas as contratações efetuadas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação (artigo 37, inciso XXI). A interpretação prevalecente que a doutrina jurídica e a jurisprudência dos tribunais brasileiros conferiram a esse dispositivo, contudo, é no sentido de que ele somente se aplica nas hipóteses de autêntica contratação. Portanto, quando se está diante de fórmulas de cooperação, como é o caso dos convênios, termos de parceria ou contratos de gestão, não haveria necessidade de procedimento licitatório.

No caso específico dos termos de parceria, o Decreto 3.100/99 deu um salto de qualidade ao prever a realização de “concurso de projetos” para a escolha da Oscip parceira (artigo 23). No entanto, relegou essa providência à discricionariedade do Poder Público ao torná-la meramente facultativa, e não obrigatória. Equívoco semelhante foi repetido pelo Decreto 6.170/07, que estabeleceu que a celebração de convênios “poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente” (artigo 4º).

Ou seja, a ampla maioria dos instrumentos de cooperação firmados pela União, Estados e municípios são celebrados sem a prévia realização de qualquer procedimento seletivo, medida que seria salutar para garantir transparência ao propósito do Poder Público de estabelecer esta parceria. Essa situação abre margem para o indevido favorecimento de organizações mal-intencionadas.

Conforme demonstrado nesta rápida síntese, o termo de parceria e o contrato de gestão constituem instrumentos mais adequados e transparentes para regular a parceria entre o Estado e organizações sem fins lucrativos. Talvez ainda seja prematuro apostar em uma extinção do convênio. Enquanto ele perdurar é fundamental que sejam realizados alguns aperfeiçoamentos na legislação, principalmente no sentido de se impor a realização de procedimento seletivo simplificado para a escolha da organização parceira — medida esta que



pode perfeitamente ser estendida ao termo de parceria — e, ademais, para se exigir a elaboração e publicação de regulamento para a contratação de serviços, obras e compras. Além disso, é fundamental que o Estado adote como política uma maior utilização do termo de parceria e do contrato de gestão, explorando ao máximo o potencial que estes instrumentos podem proporcionar.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-set-20/parceria_entre_estado_entidades_regulacao/