

## RESUMO

No domínio das parcerias sociais o Estado é *indutor* e *sedutor*: emprega formas brandas de direção do comportamento social e convoca a colaboração dos particulares à prestação de serviços ou bens de interesse público através da oferta de *incentivos, proteção ou auxílios diversos*, sem exercício de *imperium* e sem figurar como *potentior personae*, conquanto ainda submetido a normas de direito público. De regra, na esfera social os particulares exercem *atividades de relevância pública por direito próprio*, voluntariamente, e independem de delegação formal do Poder Público para atuar no espaço comunitário, desde que atendidas exigências gerais de segurança e respeito a direitos fundamentais. Mas os recursos de fomento e de parcerias sociais manejados por particulares permanecem públicos, vinculados a fins públicos, e assim submetidos a controles especiais de direito público, o que impõe à entidade privada *deveres jurídicos de natureza tipicamente administrativa que tencionam com o regime jurídico predominante de sua forma de atuação*.

A modelagem da subvenção social, dos deveres bilaterais e dos controles adequados para a eficiência, sustentabilidade, governança e legitimidade das parcerias público-sociais passou por mudanças significativas nos últimos anos, em sintonia com transformações do próprio modelo de intervenção social do Estado. Por exemplo, o avanço de *políticas sociais de ativação ou inserção*, em contraponto a *políticas sociais de passividade ou compensação*, valorizou o papel das entidades privadas locais, flexíveis e capazes de responder rapidamente a modelos de inovação social sensíveis a riscos económicos ou diretamente relacionados à capacidade de geração de renda e emprego.

Precisar o conceito de parceria público-social, distinguindo-o do conceito jurídico estrito das parcerias público-privadas económicas, clarificar as tensões em causa, identificando os limites de controle do Estado, surpreender as transformações das formas de colaboração social nos últimos vinte anos, nomeadamente no setor na assistência social e de prestações de serviços de saúde, constitui o núcleo analítico inicial da investigação.

Em seguimento, busca-se desenvolver o estudo das novas formas de financiamento das parcerias sociais e de seu controle, nas quais o Poder Público intenta escapar ao figurino tradicional do simples contratante de serviços para alcançar papéis mais complexos, como o de garante, indutor ou controlador do impacto social de projetos sustentáveis de economia social. Nesse segmento da investigação, avalia-se ainda a compatibilidade dos novos modelos de parceria público-social com princípios fundamentais da função pública, especialmente o princípio da igualdade.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, julgado em 16/04/2015, publicado DJE-254, 17-12-2015. Trata-se da principal decisão brasileira sobre fomento público e parcerias sociais, tendo assentado - em caráter vinculante - a viabilidade e legitimidade da aplicação do "marco legal das organizações sociais" (Lei n. 9.637/98) e de seu modelo de colaboração público-privada nas áreas de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente, atividades cuja titularidade é compartilhada entre o poder público e a sociedade. Define a colaboração referida como intervenção indireta do Estado, atividade de fomento público, não caracterizadora de renúncia aos deveres estatais de agir. Afirmando inexistir no modelo de colaboração referido violação ao dever constitucional de licitação e desrespeito aos princípios da impessoalidade e eficiência. Observância do núcleo essencial dos princípios da administração, admissão de regulamento próprio de contratações das entidades privadas fomentadas, inexistência de dever de realização de concurso público ou submissão ao princípio da legalidade estrita. Viabilidade do controle externo da aplicação dos recursos públicos pela administração pública, Tribunais de Contas e Ministério Público.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 789874/DF. Tribunal Pleno, Relator Min. Teori Zavascki. Diário de Justiça da União, 19 de nov. 2014. Nesta decisão, o Tribunal assentou que os Serviços Sociais Autônomos integrantes do Sistema "S", embora colaborem com o Poder Público na execução de atividades de relevante significado social e recebam recursos públicos, ostentam natureza jurídica de direito privado, não integram a Administração Pública e sujeitam-se apenas ao controle finalístico dos Tribunais de Contas, quanto à aplicação dos recursos recebidos. De outra parte, não estão submetidos à exigência de concurso público para a contratação de pessoal.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1864/PR. Tribunal Pleno, Relator original Min. Maurício Corrêa, relator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 08/08/2008. Publicado DJE-078 em 30-04-2008 e RTJ VOL-00204-02 PP-00535. Nessa decisão, o Tribunal assentou que a entidade Paranaeducação, serviço social autônomo, entidade privada de cooperação, poderia receber recursos de fomento sem obrigar-se a realizar contratação de pessoal por concurso público ou empregar a lei de licitações. Porém, não poderia velar, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, por toda a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, inclusive verbas externas ao seu patrimônio. Para a Corte, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade e esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão n. 2057/16. Plenário. Relator Min. Bruno Dantas. Sessão de 10/10/2016. Ata 31/2016. Responde afirmativamente solicitação do Congresso Nacional para remessa de informações sobre viabilidade de celebração, por entes públicos na área de saúde, de contratos de gestão com organizações sociais e da forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão n. 2444/2016. Plenário. Relator Min. Bruno Dantas. Sessão de 21 set. 2016. Ata 36/2016. Responde ao Congresso Nacional que contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em terceirização de mão de obra e não devem ser computados para a finalidade de controle de gastos com pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## OBJECTIVOS

1. Precisar o conceito de parceria público-social, distinguindo-o do conceito jurídico estrito das parcerias público-privadas económicas e de formas restritas de contratação de serviços desvinculadas de fomento público.
2. Analisar os limites de regulação e controle do Poder Público sobre o funcionamento e a estruturação das entidades privadas fomentadas de destinação social ou em regime de parceria público-social, identificando e distinguindo situações de auto e heterolimitação, bem como as tensões decorrentes dos referidos controles em face do princípio constitucional da autonomia das associações (Constituição Federal Brasileira, Art. 5º, XIX)
3. Clarificar as obrigações constitucionais e administrativas inerentes ao regime jurídico dos serviços de relevância pública ou serviços públicos sociais, avaliando eventuais diferenças existentes quando alterado o agente encarregado por sua prestação, nomeadamente quando este ostentar personalidade jurídica diversa do agente responsável anterior, e as obrigações decorrentes do regime jurídico do fomento público.
4. Avaliar exigências de "corporate governance" ou "good governance" aplicáveis a entidades sem fins lucrativos, em particular associações civis e fundações, como alternativa para, respeitada a autonomia privada, elevar a credibilidade e sustentabilidade de entidades sem fins lucrativos em parcerias sociais com o Poder Público.
5. Estudar novas formas de financiamento das parcerias sociais e de seu controle, cujo acento tônico recaia sobre a análise de resultados ou a análise do impacto social dos serviços realizados, considerando experiências recentes ensaiadas em Portugal, e avaliando a sua compatibilidade com os princípios constitucionais da Administração Pública.

## 5 OBRAS ESSENCIAIS SOBRE O TEMA

- CAMARA, Paulo [at al], 2011, *O Governo das Organizações: a vocação universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra. ISBN 978-972-40-4597-9.
- FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto F, 2017, *Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015*, Fórum, Belo Horizonte. ISBN 978-85-450-0210-9.
- GOÑÇALVES, Pedro, 2005, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra. ISBN 972-40-2644-2.
- LOPES, Licínio, 2009, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra. ISBN 978-972-40-3915-2.
- TAVARES DA SILVA, Suzana e SOARES, Cláudia Dias, 2015, *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social e Civil*, Vida Económica, Porto. ISBN 978-989-768-088-5

## ESTADO DA ARTE

No domínio das parcerias e do fomento social o Estado compromete-se, *autovincula-se* e edita *atos administrativos favoráveis que se destinam a criar situações de confiança legítima e de garantia mobilizadoras da atuação privada no setor social ou da solidariedade social*. Paradoxalmente, o tema da *segurança jurídica* nas subvenções sociais é ainda de limitado desenvolvimento, em especial no Brasil, com exceções que apenas confirmam a regra (FONSECA DIAS, 2008; NAVES, 2014; VALIM, 2015; FUX, MODESTO E MARTINS, 2017). A doutrina predominante ainda concede ampla margem de discricionariedade à Administração Pública nos vínculos de fomento social, em absoluto contraste com a relevância, a abrangência e a intensidade da atuação das entidades privadas nos serviços sociais da contemporaneidade. Nesse domínio, há evidente predomínio de "green light theories", isto é, teorias favoráveis à autocontenção dos órgãos de controle sobre o exercício do poder público.

Reversamente, numerosa literatura cuida dos limites dos particulares no exercício de funções públicas e no manejo de recursos públicos, estabelecendo um complexo regime de controle estatal sobre particulares em regime de colaboração público-social (DI PIETRO, 1996; REGULES, 2006; SCHOENMAKER, 2011; COSTA, FREITAS, 2012; LOPES DE TORRES, 2013; FREIRE, 2014). Nesse domínio, há predominância de "red light theories", isto é, teorias que favorecem a ampliação da intensidade do controle ou sua extensão, igualmente com raríssimas exceções.

É também numerosa a pesquisa de formas de organização das entidades privadas que participam de vínculos de parceria público-social e da tipologia de seu controle, em detrimento da pesquisa jurídica relacionadas à estrutura jurídica do próprio vínculo de parceria social e ao desenvolvimento da governança interna das entidades fomentadas.

A investigação dos parâmetros legítimos de avaliação de desempenho e do impacto na comunidade das parcerias sociais, por outro lado, recebe muito menor atenção do que os controles burocráticos, administrativos e financeiros, incidentes sobre as entidades, algo também presente em outros países (ODRIOZOLA, 2008; DUTHEIL, 2016; MONZÓN-CAMPOS, 2003).

Por igual, não há estudos jurídicos consistentes na doutrina brasileira sobre financiamento de risco por particulares de projetos-pilotos na área social, cujos custos são posteriormente ressarcidos aos investidores privados pelo Poder Público quando atingidas metas estabelecidas em comum acordo (a denominada "ppp de sinal contrário") ou estudos sobre a aplicação da metodologias de "balanced scorecard" em parcerias sociais.

Por fim, embora seja evidente o avanço da doutrina portuguesa no tema da governança das entidades sem fins lucrativos (CAMARA, 2011; AZEVEDO, 2013) e dos limites de incidência do direito público no modo de funcionamento de entidades privadas de colaboração (MOREIRA, 1997; GOÑÇALVES, 2005; LOPES, 2009; ALMEIDA, 2011; TAVARES DA SILVA, SOARES, 2015), no Brasil são limitadas as pesquisas sobre governança e transparência das entidades de colaboração social (MODESTO, CUNHA JUNIOR, 2011; CABRAL, 2015; MOTTA, MANICA, OLIVEIRA, 2017; FUX, MODESTO E MARTINS, 2017).

Esse desequilíbrio doutrinário, revelado pela tônica na vigilância severa e na limitação abrangente dos privados (a ponto de comprometer a própria flexibilidade de atuação) em contraste com a fluidez e relativo descontrolo do exercício de posições jurídicas da Administração Pública na relação de parceria social, é revelador de ecos da tradição autoritária no direito administrativo, tributária de ideias fortes de unilateralidade e supremacia da Administração mesmo em relações de parceria, vínculos estruturados de convergência de interesses e da complementariedade de encargos entre partícipes, paritários por natureza. São lacunas e incoerências que justificam a investigação do tema e sua abordagem à luz das exigências de nosso momento histórico (\*).



Fonte/foto: <https://static.pexels.com/photos/128899/pexels-photo-128899.jpeg>

(\*) Ver lista bibliográfica completa em:

