

PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e Mestre pela PUC/SP
Professora de Direito Administrativo da PUC/SP
Ex-Procuradora do Município de São Paulo

Introdução. **1. Parcerias na Administração Pública. 1.1** Parceria como forma de delegação da execução de serviços públicos. **1.1.1.** O Direito francês. **1.1.2** O direito brasileiro. **1.1.2.1** Gestão associada de serviços públicos formalizada por meio de convênios ou de consórcios. **1.1.2.2** Franquia. **1.1.2.3** Arrendamento de áreas e instalações portuárias. **1.1.2.4** Cooperativas Prestadoras de Serviços Públicos. **1.2** Parceria como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria. **1.3** Parceria como instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão. **1.4** Terceirização. **1.4.1** Terceirização nas áreas de saúde e da educação. **1.4.2** Credenciamento. Observações Finais.

INTRODUÇÃO

No bojo da chamada globalização e da Reforma do Estado ganha vulto a idéia de Estado baseado no princípio da subsidiariedade. De acordo com esse princípio, de um lado, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; de outro, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de sorte a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Na década de 80 um liberalismo com feições novas se fez sentir, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais importantes da receita neoliberal.

A privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado e prestigiar a iniciativa privada, compreendendo a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão e permissão de serviços públicos à empresa privada e não mais à empresa estatal; a terceirização; a desestatização ou desnacionalização, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado; a introdução do gerenciamento dentro da Administração Pública; a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico.²

No direito brasileiro, a modalidade de privatização disciplinada pela Lei nº 9.491/97 é bem mais restrita; abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. Embora os primeiros ensaios privatizantes

¹ Este trabalho é dedicado ao Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, mestre de todos nós, expressão maior do direito administrativo brasileiro moderno, pelos ensinamentos recebidos e por sua incansável luta pela preservação dos ideais democráticos para as futuras gerações.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2011, p. 05-06.

tenham aparecido na década de 1980,³ com o advento do governo Collor as privatizações ganharam notável impulso. Foi criado o Programa Nacional de Desestatização, mediante a Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei 9.491, de 09-09-1997, modificada pelas Leis nº 9.700, de 12-11-98, 11.483/2007 e pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 23-08-01 e regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15-05-98, alterado pelo Decreto nº 7380, de 01-12-2010, tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas.

Nos termos do art. 2º da Lei 9.491/97, com as modificações posteriores, poderão ser objeto de desestatização:

I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; IV – instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital desapropriadas, na forma do Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 (...); V – bens móveis e imóveis da União.

Conforme preceitua o art. 4º da Lei 9.491/97, com as alterações determinadas pela Medida Provisória n.2.161-35/2001, as desestatizações ocorrem mediante as seguintes modalidades operacionais:

I – alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, de preferência por meio da pulverização de ações; II – abertura de capital; III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos; VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (...); VII – aforamento, remissão de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante a venda de bens imóveis de domínio da União.

1. PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na década de 90 do século XX emergiu o termo parceria, cuja transposição da órbita privada para a órbita pública, embora tenha merecido críticas de alguns

³ “No Brasil, os primeiros ensaios privatizantes apareceram no governo do Gen. João Figueiredo (1981-1984) com a edição do Decreto nº 86.215, de 15-07-81. Vinte empresas que estavam sob o controle da União (entre elas Riocel, América Fabril, Companhia Química Recôncavo) foram privatizadas (...). No governo do Presidente José Sarney (1985-1989) as privatizações abrangeram cerca de 18 empresas (entre elas a Companhia Brasileira de Cobre, a Caraíba Metais, a Aracruz e a Celulose Bahia), (...). Nesse período foi editado o Decreto nº 95.886, de 29-03-88, que se referia a um programa federal de desestatização (SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 54-55, out./dez. 2002).

administrativistas,⁴ já está sufragada pelo uso e incorporada pela legislação, “vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores”.⁵

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo O sistema de parceria entre os setores público e privado. *B.D.A.*, São Paulo, n. 1, p. 75-76, jan. 1997. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 140.

⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: RT, 2003, p. 213. A partir dos anos 70, aparece um novo tipo de relação contratual entre o Estado e seus entes descentralizados. “Mais precisamente, são convenções que visam à concessão de maior autonomia de gestão a essas instituições, de maneira que a sua elaboração seja apta a servir a um só tempo ao interesse próprio e o interesse nacional”. Não se trata mais de uma simples contratação de um bem ou um serviço especificado no contrato. Esse novo tipo de acordo diz respeito a toda a atividade a cargo do ente descentralizado. É uma “nova política de Estado”(CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13. éd. T. 1. Paris: Montchrestien, 1999, p. 415), que na França se intensificou a partir do Relatório Nora.

O novo modelo de Administração Pública apresentado no Relatório Próximos Passos (*The Next Steps*), também esteve baseado na descentralização e na ampliação da autonomia das entidades responsáveis pela prestação de serviços públicos. Mas havia um outro dado: a ênfase na gestão de tipo empresarial para o setor público. O modelo foi difundido em larga escala. Na Europa, o direito comunitário permitiu que países como a França e a Itália se deixam influenciar pela idéias vindas do reino Unido (DOLEZ, Bernard. *La contractualisation ou le paradoxes d’un nouveau mode d’administration publique*. In: MARCOU et al (orgs). *La cooperation contractuelle et le gouvernement des Villes*. Paris: L’Harmattan, 1997, p. 196-197).

O processo de descentralização e reforço da autonomia das entidades da Administração Pública criaram o ambiente favorável à difusão dos modelos contratuais na ação pública.

Na França, o quadro de descentralização territorial também contribuiu para que os governos privilegiassem as “relações negociadas” em todos os domínios da atividade pública.

Os acordos que antes se limitavam a orientar o relacionamento entre Estado e particulares, ou, mais precisamente, empresas estatais, expandiram-se para o campo do relacionamento entre as coletividades territoriais (RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 17. éd. Paris: Dalloz, 1998, p. 117), o que foi chamado por René Chapus de “prolongamento contratual da descentralização”. O mesmo fenômeno ocorre na Itália, nos anos noventa.

Os contratos que “traduzem incontestavelmente um novo modelo de relacionamento entre o Estado e as coletividades urbanas”, e apresentam a particularidade de “programar uma ação comum” são qualificados, por Frank Moderne, como “contratos de programação coordenada” (In: LAUBADÈRE, André de et al. *Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J, t. 1, 2. éd, 1983, p. 452).

Jean-Marie Pontier lembra que o “termo ‘contratualização’ provém do termo contrato, mas é muito mais abrangente do que esse último. Ele não evoca somente um ato que é a concretização jurídica de um acordo de vontades, mas toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas. A contratualização significa a substituição das relações comandadas pela subordinação pelas relações fundadas na discussão e na troca” (*Les contrats de plan entre Etat et régions*. Paris: PUF, 1998, p. 7).

O movimento de contratualização diz respeito à “passagem da Administração autoritária à Administração soberana consensual” (ESTORNINHO, Maria João *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 44). Refere-se ao “aparecimento de uma nova mentalidade” (ESTORNINHO, Maria João, op. cit., p. 44), que está em expansão (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativ*. 3. ed., v. 2, 1993, p. 345), onde o acordo aparece em substituição aos atos unilaterais de autoridade. A essa nova realidade é que estamos nos referindo quando falamos em “movimento de contratualização”.

Essa mutação do direito administrativo vem trazer à lume o que se tem chamado de Administração Pública consensual (GIANNINI, Massimo Severo, op. cit., p. 423).

Como ensina Maria João Estorninho, “trata-se de uma forma de administração nova, ‘negociada ou contratual’, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública” (op. cit., p. 44).

Na análise de Umberto Celli Júnior, “a ação do Estado, enquanto administrador dos interesses públicos, que, tradicionalmente se dá pela via da subordinação, isto é, com o Estado impondo unilateralmente sua vontade para a realização do interesse público a seu cargo, tem sido gradativamente substituída pela via da coordenação” (Contratos de gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 206, 1996, p. 171).

Ao lado das parcerias de Direito Público Internacional – que se verificam quando da atuação de dois ou mais países, na construção e exploração de empreendimento comum (como ocorreu com a Itaipu Binacional) – e de Direito Público Interno – que se firmam entre os entes federados –, a colaboração do particular com o Poder Público vem se intensificando por meio de diversas formas de “parceria”.

A parceria serve a diversos objetivos e formaliza-se por variados instrumentos jurídicos, podendo ser utilizada como: a) forma de delegação da execução de serviços públicos; b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria; c) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão; d) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização.⁶

1.1 Parceria como forma de delegação da execução de serviços públicos

Vale a pena, ainda que brevemente, abordar as formas de delegação da execução de serviços públicos no direito francês pela influência exercida no direito brasileiro.

1.1.1. O Direito francês

Na França, berço de origem dos contratos administrativos e que muito influenciou a formulação do instituto no Brasil, distinguem-se os *marchés publics* e os *contrats de délégation de service public*. Os primeiros, disciplinados pelo *Code des Marchés Publics* (Código das Contratações Públicas) são utilizados para indicar as contratações administrativas pelas quais a Administração obtém a satisfação de suas necessidades em matéria de obras, fornecimentos ou de serviços.⁷ No gênero de delegação de serviço público são abrangidas várias figuras, pois, além das diversas modalidades de concessão propriamente dita, pode-se citar a *affermage*, a *régie intéressée*, a *gérance*, o *marché d'entreprise de travaux publics*, o *bail emphytéotique et convention accessoire*, surgidas espontaneamente na atividade administrativa francesa.

Uma das principais características da teoria dos modos de gestão é que esses modos vêm sendo progressivamente aumentados e diversificados.

A diferença de regime alcançou a dimensão do próprio Direito Comunitário, que consagrou diretivas distintas a propósito dos contratos administrativos comuns e das concessões.

Originalmente encontram-se no direito francês três modos clássicos de gestão dos serviços públicos:

1- *régie*: o serviço é explorado diretamente pela própria Administração com seus meios e agentes; a pessoa pública assume a direção estratégica e a gestão operacional do serviço;

Pela via da “cooperação contratual” os entes públicos coordenam as ações que são de interesse comum. Nesse ambiente, os contratos de gestão florescem como uma ferramenta a serviço da coordenação da ação administrativa.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 8. ed. p. 22-23.

⁷ Esclarece Marçal Justen Filho que “as diversas categorias de *marchés publics* previstas no Direito francês equivalem às nossas contratações administrativas disciplinadas pela Lei nº 8.666. Essa asserção deve ser tomada com a devida cautela, eis que a coincidência não é exata” (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 80).

2- *établissement public* (estabelecimento público): quando, explorado por uma pessoa pública, ele próprio recebe personalidade jurídica autônoma;

3- *concession*: (concessão) a gestão do serviço público é confiada, pela pessoa pública da qual ele depende, por meio de uma convenção (ato de concessão), a um particular, que se encarrega de fazê-lo funcionar.⁸

Para Laubadère, Venezia e Gaudemet, estas três formas de gestão pareciam suficientes em uma organização administrativa caracterizada pelo número restrito de serviços públicos e sua relativa uniformidade:

os serviços públicos administrativos eram geridos em *régie* ou erigidos em *établissements publics*; os serviços técnicos e industriais, além de que pudessem assumir as duas primeiras formas, recebiam sobretudo a forma da concessão pela qual a doutrina do liberalismo econômico mostra uma preferência sensível.⁹

Ainda hoje, de acordo com Laubadère, Venezia e Gaudemet, estas três instituições permanecem as grandes modalidades de gestão dos serviços públicos, mas a teoria dos modos de gestão transformou-se profundamente, pois:

1- enriqueceu-se com o aparecimento de novos modos de gestão; em especial a gestão dos serviços públicos pelos particulares, hoje realizada em diversos casos sob diversas formas de concessão de serviço público;

2- diversificou-se no sentido de que as três formas clássicas conhecem diversas variantes que, mais ou menos, romperam sua unidade interior. Assim, a gestão por um organismo público autônomo não se limita mais ao *établissement public* desde que a jurisprudência decidiu que todas as pessoas morais de direito público não eram necessariamente *établissements publics* e, por exemplo, denegou esta qualificação às ordens profissionais¹⁰. De igual modo a concessão de serviço público tomou um aspecto diverso depois que os serviços públicos foram também concedidos a organismos mistos (sociedades de economia mista¹¹) e não mais apenas a particulares;

3- se as três formas clássicas de gestão permanecem diferenciadas, em certos casos apareceram combinações entre elas. A mais típica é representada pelos casos dos serviços públicos concedidos a *établissements publics*¹².

Concluem Laubadère, Venezia e Gaudemet:

Esta evolução da teoria dos modos de gestão, assim caracterizada por um enriquecimento, uma diversificação e uma maior complexidade, é devida à evolução geral da vida

⁸ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. éd. Paris: L.G.D.J, 1996, t. 1, p. 821.

⁹ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, p. 821.

¹⁰ Esclarece Gustave Peiser que a Revolução Francesa destruiu toda a organização corporativa das profissões. O sindicalismo, surgido em fins do século XIX, constituía uma possibilidade de associação voluntária. O regime de Vichy quis confiar a cada profissão a gestão de seus próprios interesses, conferindo prerrogativas de Poder Público às instituições criadas. Foi assim que nasceram comitês de organização profissional, para as profissões industriais e comerciais, e as ordens profissionais, para as profissões liberais (*Droit Administratif*. 18. éd. Paris: Dalloz, 1996, p. 146).

¹¹ Peiser frisa que as sociedades de economia mista gerem, às vezes, um serviço público, mas a atividade é freqüentemente puramente privada” (op. cit., p. 145-146).

¹² LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, op. cit., p. 821-822.

administrativa francesa, a saber, ao desenvolvimento de serviços públicos de tipos e de objetos novos (serviços industriais ou comerciais, serviços públicos de dirigismo econômico, de disciplina profissional, serviços públicos sociais), aos quais as modalidades clássicas não parecem suficientemente adaptadas.¹³

Laubadère, Venezia e Gaudemet distinguem a gestão de serviços públicos por organismos públicos e por organismos privados.

No primeiro caso estão a *régie* e o *établissement public*; no segundo, a concessão, que os Autores dizem ser um modo de gestão aplicado aos serviços públicos industriais ou comerciais e a gestão por organismos privados fora da concessão.

Os Autores estabelecem a diferença entre a *régie* e o *établissement public*: na *régie*, a gestão é direta, “pela pessoa pública (Estado, departamento, comuna) da qual depende o serviço, enquanto o *établissement public* é dotado de uma personalidade jurídica própria que lhe confere uma certa autonomia em relação à pessoa pública da qual depende e à qual permanece, todavia, ligado por meio do controle de tutela”.¹⁴

Para Laubadère, Venezia e Gaudemet, “A teoria do serviço público em *régie* confunde-se praticamente com os capítulos gerais do direito administrativo (autoridades administrativas, agentes públicos, regime geral dos bens)”.¹⁵

Para eles, a concessão de serviço público é classicamente definida como

um modo de gestão do serviço consistente em que uma coletividade pública (‘concedente’) encarrega um particular, indivíduo ou mais frequentemente, sociedade (‘cessionário’), por uma convenção ajustada com este, de fazer funcionar o serviço público por sua conta e risco, remunerando-se por meio de ‘redevances’ pagas pelos usuários.¹⁶

No direito francês, a concessão de serviço público é, tradicionalmente,

um modo de gestão próprio dos serviços públicos industriais e comerciais. Entretanto, o desenvolvimento dos serviços públicos administrativos geridos por particulares fez aparecer a possibilidade de concessões de serviços públicos administrativos que a lei de 31 de dezembro de 1970 consagrou na organização hospitalar com os ‘contratos de concessão de serviço público hospitalar’.¹⁷

¹³ Ibidem, p. 822.

¹⁴ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, p. 822-823.

¹⁵ Ibidem, p. 823.

¹⁶ Ibidem, p. 824. Observa Caio Tácito (O preço público nos serviços concedidos. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 794, nota 15): “Os autores franceses caracterizam, em regra, a *redevance* percebida pelos concessionários de serviço público como uma taxa de natureza fiscal, ou mesmo como um imposto. Ver, entre outros, Laubadère (*Traité élémentaire de droit administratif* – Paris, 1953, p. 397/598); Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*, 3. ed., 1940, p. 730), Gaston Jéze (*Principios generales del Derecho Administrativo*. Tradução espanhola, Buenos Aires, 1949, v. III, p. 374), Pequignot (*Des contracts administratifs, extrait du Juris-classeur Administratif*, 1953, fasc. 511, n. 500, p. 44). Já Hauriou pressentia, no entanto, que a remuneração do concessionário participava, a um tempo, da condição de taxa pública e de preço de serviço (*Précis élémentaire de droit administratif*, 4. ed., 1937, p. 507)”.

¹⁷ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, op. cit., p. 824.

Referindo-se a decisões conflitantes da jurisprudência ou melhor, do Conselho de Estado (um contrato, no qual não se prevê que a remuneração do concessionário provenha dos usuários, não pode ser qualificado como concessão de serviço público) e da Assembléia (os serviços de televisão hertziana são contratos de concessão autênticos, embora os recursos da sociedade concessionária sejam exclusivamente extraídos da publicidade), os Autores afirmam que

a percepção de tarifa não é, talvez, um critério absoluto da concessão. A jurisprudência tem admitido outros modos de remuneração do concessionário: 4 de março de 1910, Thérond C. Ville de Montpellier, p. 193, concl. Pichat; 17 fev. 1967, Ville de Cherbourg, p. 77, a respeito de concessões de operações de planejamento urbano, nas quais o concessionário se remunera através da venda de imóveis que realizou”. Concluindo, afirmam os Autores que “o verdadeiro critério seria que o concessionário se remunere, sob uma forma ou outra, da exploração do serviço.¹⁸

Os serviços públicos podem ser geridos por organismos privados fora da concessão de serviço público. Laubadère, Venezia e Gaudemet ressaltam que

durante muito tempo, a gestão por organismos privados permaneceu, como modalidade de organização dos serviços públicos, limitada aos serviços industriais ou comerciais, sob a forma de concessão de serviço público. Hoje é diferente: a gestão por organismos privados foi amplamente estendida aos serviços públicos administrativos. [...]

A extensão atual da noção de ‘missão de serviço público’, expressão que figura correntemente nos arestos e consagra o sentido dito ‘funcional’ (ou material) da noção de serviço público, favorece consideravelmente este desenvolvimento da gestão dos serviços públicos por organismos privados. Este desenvolvimento não deixou de suscitar certas críticas, não somente do ponto de vista da teoria jurídica [...] mas também do ponto de vista dos inconvenientes práticos que pode apresentar o ‘inchaço desta categoria híbrida que são os organismos privados gerindo serviços públicos’ (concl. Heumann s. C. E. 13 nov. 1959, Navizet, RDP 1960, 1040).

Ao lado da gestão propriamente dita do serviço público por um organismo privado existem situações nas quais a pessoa privada é somente associada ao serviço público, geralmente por meio de convenção (convention). Estas instituições de colaboração se encontram por exemplo no ensino (estabelecimentos de ensinos privados sob contrato) e no regime hospitalar proveniente da reforma de 1970 (estabelecimentos de hospitalização associados).¹⁹

¹⁸LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, op. cit p. 824. Sobre a evolução legislativa e jurisprudencial do Direito comparado, vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 78-88.

¹⁹ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, p. 840.

Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que nos casos de

‘associação ao serviço público’, que se incluem especificamente como formas de parceria ou de co-gestão entre setor público e privado, os exemplos franceses, embora sob forma de associação, se aproximam bastante das fundações de apoio que proliferam no direito brasileiro, no que diz respeito ao papel que desempenham em relação à pessoa jurídica com que fazem parceria.²⁰

Braibant e Stirn cuidam de serviços públicos administrativos geridos por pessoas públicas, de serviços públicos industriais e comerciais geridos por pessoas públicas e de serviços públicos geridos por organismos privados. Nos primeiros, predomina o direito administrativo; nos segundos, a parte de direito privado é bem mais importante; nos últimos, o direito privado desempenha um papel particularmente importante tanto no estatuto do organismo quanto nas suas relações.²¹

Segundo Peiser, a delegação de serviço público não constitui propriamente um novo modo de gestão dos serviços públicos. Mas, leis recentes francesas reúnem, sob a denominação de delegações de serviço público, subcategorias preexistentes, que constituem as concessões, os *affermages*, os contratos de gerência e outros contratos próximos.²² Vejamos algumas figuras dentre os diversos modos de delegação de serviço público no direito francês:

a) *l'affermage* (contrato de arrendamento): é um instrumento por meio do qual o Poder Público transfere a um terceiro (*fermier*) a exploração de um serviço público, cabendo àquele a realização/financiamento dos instrumentos/obras necessários (característica que especificamente diferencia a *affermage* da concessão); em contrapartida deve o arrendatário remunerar o Poder Público com parte dos recolhimentos devidos pelos usuários²³; citam-se como exemplo os contratos firmados para distribuição de água potável e para os transportes públicos urbanos de passageiros;

b) *régie intéressée*: é um contrato por meio do qual ocorre a transferência da gestão operacional de um serviço público a um terceiro (*régisseur*) que, agindo por conta da pessoa pública delegante, assume o encargo de geri-lo mediante uma remuneração indexada aos resultados financeiros do serviço paga pelo Poder Público.

²⁰ *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 7. ed. p. 60-61.

²¹ *Le droit administratif français*, 4. éd. Paris: Dalloz, 1997, p. 153, 157 e 160.

²² *Droit Administratif*, op. cit., p. 143-144. Em relação ao tema delegação de serviços públicos, num prefácio à obra de Auby, o Vice-Presidente Honorário do Conselho de Estado da França e Presidente do Instituto da Gestão Delegada, Marceau Long, disse que “a delegação de serviço público é tão rica que pode-se ver nela, na atualidade, o maior tema de espanto do Direito Administrativo contemporâneo, no entanto, o próprio objeto de estudo - a gestão delegada - ainda é vista, por muitos, como uma espécie de OVNI, de objeto voador não-identificado”.

²³ A tarifa das taxas recebidas pelo *fermier* compreendem duas partes: a primeira constitui a sua remuneração propriamente dita, vem estabelecida em contrato, prevendo um cálculo preciso que leva em conta vários elementos, tais como os encargos da exploração do serviço, a privação do valor comercial da exploração (não assimilação de um fundo de comércio a um serviço público); a segunda parte da tarifa recebida é uma taxa (impropriamente designada de sobretaxa), recebida pelo *fermier* com vistas a reverter à pessoa pública responsável pelo serviço público, a título de compensação pelos encargos por ela suportados (GUGLIELMI, Gilles J. ; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 358)

Embora a *régie intéressée* se aproxime da concessão, na medida em que há transferência da execução material e da gestão de um serviço público, algumas características as diferenciam: a forma de remuneração que, na concessão advém do pagamento do usuário ao concessionário e na *régie intéressée* provém da Administração Pública; os bens utilizados pertencem ao Poder Público e correm por sua conta todos os riscos do empreendimento; o particular (*régisseur*) goza de autonomia na gestão do serviço²⁴.

c) *gérance* (gerência): é um contrato em que ocorre a transferência da gestão operacional do serviço público no qual a pessoa pública confia a gestão a um terceiro, chamado gerente (*gérant*) por conta e risco do Poder Público, mediante uma remuneração, fixada em valor nominal para toda a duração do contrato, atualizada ou indexada em função de índices econômicos gerais ou especiais relacionados com a atividade do serviço, e computada dentro dos encargos de exploração do serviço. Esse modo de gestão é muito próximo da *régie intéressée*; dela se diferenciando pela remuneração do *gérant* que, às vezes, mesmo compreendendo uma parte variável, não é proporcional à quantidade de serviço fornecido e não comporta nenhum interesse verdadeiro no resultado²⁵.

d) *marché d'entreprise de travaux publics* (contrato de empreendimento de obras públicas): é um contrato firmado entre a Administração e um terceiro, através do qual o operador recebe o encargo de construir e explorar uma obra pública com a garantia de recebimento proveniente dos cofres públicos.

Assemelha-se à concessão de serviço público precedida de obra pública em razão do seu objeto, mas dela difere em função do modo de remuneração, feita diretamente pela pessoa pública e não pelo produto da atividade.

Salienta Marçal Justen Filho que essa fórmula acarretou muitas divergências, particularmente diante das regras vedando a assunção de obrigações de pagamento futuro pela Administração, sem cobertura orçamentária, reputando-se, ao final, que se trataria de manifestação enquadrada no âmbito dos *marchés publics*, sendo incompatível com o princípio da vinculação da despesa ao orçamento²⁶.

e) *bail emphytéotique* (arrendamento enfiteútico): é um contrato de longa duração pelo qual é autorizada a edificação sobre imóvel de domínio público por um particular que, segundo convenção acessória, poderá explorá-la durante o período do contrato, revertendo sua propriedade para o domínio público ao término do prazo contratual.

O surgimento dessas várias figuras de gestão deveu-se à constatação de que a assunção de todos os riscos pelo particular acabava inviabilizando a contratação, pois, a probabilidade de investimentos de recursos e esforços na gestão do serviço público por um particular torna-se menos provável quanto mais incerta a possibilidade de sucesso empresarial e maiores os investimentos exigidos.

Assim, a concessão passou a ser utilizada como uma modalidade de contratação que excluía a garantia de subvenções ou rentabilidade mínima por parte do poder concedente, embora isso não significasse a proibição de tais benefícios; a sua outorga

²⁴ GUGLIELMI, Gilles J; KOUBI, Geneviève, op. cit., p. 362-363.

²⁵ Ibidem, p.366. O *gérant* é, pois, mais que um simples prestador de serviços ou mais que um assalariado. Ele garante a gestão operacional do serviço público e dispõe de um poder próprio (op. cit., p. 366).

²⁶ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 82.

simplesmente desnaturava uma concessão e configurava uma outra modalidade de contratação entre Estado e particular, sendo amplamente admitida a prática na França.²⁷

Embora o direito brasileiro tenha se inspirado no direito estrangeiro, principalmente no francês, o regime jurídico a que se submete a Administração Pública brasileira decorre do direito positivo, enquanto as doutrinas e princípios franceses elaborados pela jurisdição administrativa, vão evoluindo e sendo alterados por essa mesma via. Conseqüentemente, as inovações buscadas no direito alienígena não são facilmente aplicáveis ao direito pátrio, pois “*não podem escapar ao direito posto, sob pena de colocar em risco o princípio da legalidade e o da segurança jurídica*”. Mais recentemente nota-se “*a influência do sistema da common law e do direito comunitário europeu, no que diz respeito à instituição das chamadas parcerias público-privadas*”.²⁸

1.1.2 O direito brasileiro

O Estado brasileiro, ao longo do tempo, organizou o desempenho de seus serviços públicos sob diversas modalidades.²⁹ Originariamente só se conhecia a prestação direta pelo Estado, valendo-se dos órgãos que compõem o seu próprio aparato administrativo. Nos anos 20 do século XX inicia-se um processo de descentralização do Estado, com a criação de autarquias, que ganhou grande incremento após a Revolução de 30, exercendo não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Também nesse período teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras), seguida, após a segunda grande guerra, da criação de pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas. Em setores como transporte ferroviário,³⁰ energia elétrica,³¹

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*, p.83.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 8. ed., p. 62.

²⁹ Ressalta Almiro do Couto e Silva : “No século XX, pode-se dizer que o Estado brasileiro, nas suas relações com a economia, acompanhou o modelo dos países capitalistas adiantados da Europa continental, embora quase sempre com algum atraso” (*Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?*, p. 50).

³⁰ Ainda que de passagem, vale referir as lições de Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Hélio Janny Teixeira, James Terence Coulter Wright, a propósito da história das concessões no Brasil. Após referência à Lei Geral n. 641, de 26-06-1852, que autorizava concessões no setor de ferrovias, observam que o amplo desenvolvimento de ferrovias acabou sendo frustrado e concluem “que a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento serviço essencial a populações de várias localidades” (*Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. Concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 58). O Estado não logrou assegurar às pessoas privadas a manutenção de condições essenciais, o que conduziu ao desinteresse dos particulares em aplicar recursos em empreendimentos destinados ao fracasso. Além disso, verificou-se movimento generalizado no sentido de nacionalizações, produzindo a chamada encampação dos serviços concedidos.

³¹ Até meados do século passado, os investimentos no setor de energia elétrica brasileira foram, quase todos, efetuados pela iniciativa privada, que dele acabou se afastando, à medida que o Governo foi aumentando substancialmente os controles sobre essa atividade, inclusive pondo em prática políticas de contenção tarifária. O modelo privado foi, então, cedendo lugar ao avanço estatal em dois níveis: de um lado, a União, criando grandes empresas geradoras e, de outro lado, os Governos Estaduais, através da criação de empresas distribuidoras. Esse novo modelo setorial, complementado pela criação da ELETROBRÁS (a Lei nº 3.890-A/61 autorizou o Governo Federal a proceder à constituição da ELETROBRÁS, cuja regulamentação foi efetuada pelo Decreto nº 1.178/62), predominou até o processo de privatização, iniciado em 1995.

telecomunicações,³² por exemplo, a presença estatal é quase exclusiva na segunda metade do século XX.

A partir da década de 80 iniciou-se um movimento inverso e várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado; o regime de exploração dos serviços públicos sofreu alterações, admitindo-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões e permissões; introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.

Os modos de prestação de serviços públicos diversificaram-se com a crescente e variada colaboração do setor privado, observando-se, nas últimas décadas, o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias entre a Administração e particulares, ou entre órgãos e entidades estatais, com moldes que não se enquadram ao padrão clássico de contrato administrativo, nem ao padrão teórico de contrato vigente no século XIX. Questiona-se, então, se esses novos ajustes têm natureza contratual, tal como ocorreu com o contrato administrativo.

A concessão e a permissão renasceram com algumas modificações importantes para servirem a um projeto de exploração concorrencial dos serviços públicos comerciais e industriais, disciplinadas pelas Leis nº 8.987, de 13-02-95, 9.074, de 07-07-95 e alterações posteriores. Diante da diversificação dos serviços públicos, fruto de profundas alterações no processo econômico-social definido por vários fatores, entre os quais, a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos

Antes da reforma, praticamente todos os segmentos do setor elétrico eram públicos (federal e estadual, no caso de geração e transmissão; estadual e municipal, no caso de distribuição e comercialização), sendo que uma parcela ínfima dos ativos de geração e/ou distribuição eram explorados por pequenas empresas privadas de âmbito municipal. Esse modelo, que foi bem-sucedido, ao longo da década de 80, começou a acusar sinais de fadiga, principalmente por ter sido estruturado na forte dependência de recursos subsidiados e/ou vinculados e de recursos a fundo perdido, o que provocou a concepção e implementação de um novo modelo jurídico-institucional, através da execução do amplo Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Nacional, conhecido como Projeto RE-SEB (WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 353), inspirado no modelo inglês.

³² “Em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117) criou o Sistema Nacional de Telecomunicações para prestar de forma integrada e sob jurisdição da União os serviços de rádio-comunicações, de telegrafia e de telefonia entre Estados. Adicionalmente, possibilitou a criação, em 1965, da Embratel, uma empresa pública que interligou todas as capitais e as principais cidades do país e que assumiu a prestação dos serviços internacionais à medida em que expiraram os prazos de concessão das empresas estrangeiras que até esse momento os prestavam. (...) Em 1972, a Lei nº 5.792 criou a Telebrás, que iniciou o processo de aquisição e absorção das numerosas operadoras que prestavam serviços telefônicos no Brasil, consolidando-as como empresas de âmbito estatal. A mesma lei permitiu a transformação da Embratel numa empresa de economia mista subsidiária da Telebrás. Em 1974, por meio de Decreto nº 74.379, a Telebrás foi designada como concessionária-geral para a exploração dos serviços de telecomunicações em todo o território nacional. Em fevereiro de 1976, o Decreto-Lei nº 162 concentrou nas mãos da União o poder de conceder licenças para a prestação de serviços e esta concentração foi confirmada pela Constituição de 1967. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 determinou que somente a União poderia explorar os serviços de telecomunicações, diretamente ou por meio de concessões dadas a empresas sob controle acionário estatal. Como resultado deste conjunto de modificações, o Sistema Telebrás (ST) e quatro empresas independentes (as municipais CETERP e SERCOMTEL, a CRT, controlada até junho de 1968 pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, e a privada CTBC) eram, em meados da década de 90, responsáveis pela oferta de serviços de telefonia no mercado brasileiro” (HERRERA Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Singular, 2001, p. 35-36).

disciplinando setores específicos e determinados, como as Leis nº 9.427, de 26-12-96 e respectivas alterações, sobre energia elétrica; e as Leis nºs 9.295, de 19-7-96, e 9.472, de 16-7-97, sobre telecomunicações.

Mais recentemente foi editada a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública e estendendo sua aplicação aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nos termos do art.2º do referido diploma legal parceria público-privada é “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, definindo-as em seus §§ 1º e 2º, respectivamente. A primeira “*é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*” (§ 1º) e a segunda “*é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*” (§ 2º).

As PPPS destinam-se àqueles serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo (ex.:ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento) ou sequer envolve contraprestação por seus usuários (ex.:construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Ademais, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidades além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado.

O conceito aplicável às concessões disciplinadas na Lei nº 8.987/95 viu-se ampliado com a edição do diploma legal de regência das PPPs, que, sem revogar ou derogar a referida Lei de concessões, previu as modalidades de concessão patrocinada ou administrativa, com contornos um pouco diferentes das concessões comuns, em especial no que tange às regras da licitação, ao processo de contratação, às formas de remuneração da concessionária e às garantias a serem oferecidas pelo Poder Público.

As PPPS, portanto, se inserem num processo de evolução que se iniciou com as privatizações, prosseguiu com a outorga de concessões de serviço público e de serviço público precedida da execução de obra pública (chamadas concessões comuns pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 – Lei das PPPs), disciplinadas pelo Estatuto Geral das Concessões (Lei n. 8.987, de 13.02.1995) e por diplomas legislativos pertinentes a setores específicos para desenvolvimento de projetos de infraestrutura e culmina com um marco legal aplicável às parcerias público-privadas, tendo entre seus objetivos fundamentais o de superar os sérios problemas de infraestrutura no Brasil num contexto de aperto fiscal e de baixa disponibilidade de recursos. Nessa trilha caminham Estados e Municípios.³³

³³Assim, Nessa trilha caminham Estados e Municípios. Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Sergipe, Ceará, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Amapá, Piauí, Rio Grande do Norte, Maranhão, Rio de Janeiro, Paraíba, Alagoas, Pará, Amazonas e Espírito Santo já aprovaram suas leis, respectivamente de nºs 14.868, de 16-12-2003, 11.688, de 19-05-2004 (alterada pela Lei Complementar 1079, de 17/12/08); 12.930, de 04-02-2004; 3.418, de 04-08-2004 (alterada pela Lei 3.484/04); 14.910, de 11-08-2004 (alterada pela Lei 16.865/09); 9290, de 27-12-2004, 5.507, de 28-12-2004; 13.557, de 30-12-2004; 12.234, de 13-01-2005; 12.765, de 17-01-2005; 921, de 18-08-2005; 5.494, de 19 de setembro de 2005; Lei Complementar 307, de 11 de outubro de 2005; Lei nº 8.437, de 26-07-2006; Lei 5.068, de 10-07-2007; Lei 8.684, de 07-11-2008; Lei 6.972, de 07-08-2008; 8.684, de 08-11-2008; 3.363, de 30-12-2008; Lei Complementar 492/09, de 11-08-2009.

Ao lado da permissão e da concessão, nas suas diversas modalidades, surgiram os consórcios públicos para gestão de serviços de interesse comum dos consorciados, os convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, a franquia, o arrendamento de áreas e instalações portuárias, as contratações de cooperativas prestadoras de serviços públicos.

Tendo em conta que as concessões, permissões e autorizações foram analisadas em capítulo específico, de autoria do Professor Romeu Felipe Bacellar Filho - As Concessões, Permissões e Autorizações – e que a parceria como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivada por meio de contrato de gestão com as entidades qualificadas como organizações sociais, ou de termos de parceria com as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, cabe lançar nossos olhos com maior detença às demais modalidades de parceria.

1.1.2.1 Gestão associada de serviços públicos formalizada por meio de convênios ou de consórcios³⁴

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, deu novo conteúdo normativo ao artigo 241 da Constituição, para estabelecer a parceria entre os diferentes níveis de governo prevendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Retornou-se ao sistema da Constituição anterior, cujo § 3º do art. 13 dispunha que a União, os Estados e os Municípios poderiam celebrar convênios para a execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais.

A Constituição de 1988, em seu texto original, não reproduz esse dispositivo, mas, o art. 23 cuida da possibilidade de cooperação recíproca entre os entes políticos, na forma das leis complementares indicada no seu parágrafo único³⁵, para a execução das competências materiais comuns, como saúde, assistência pública, proteção dos deficientes, proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico etc., já que com estas tem a ver o referido parágrafo, “*tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”.

Se, embora, de um lado, se pudesse entender que, mesmo diante do silêncio da nova Constituição, o preceito constante da anterior continuava implícito no sistema, pois, além de não haver qualquer vedação à formação de tais ajustes, buscou incentivar

Dentre outros, os Municípios de Vitória, Porto Alegre, Pelotas, Gravataí, Novo Hamburgo/RS, Curitiba, São Paulo e Mauá editaram, respectivamente, as Leis de nºs 6.261, de 23-12-2004; 9.875, de 08-12-2005; 5.115, de 04-05-2005(alterada pela Lei 5.221/2006); 2.467, de 18-01-2006; 1.408, de 31-05-2006; 11.929, de 03-10-2006; 14.517, de 16 de outubro de 2007(alterada pela Lei 14.583/07) e 4.280, de 19-12-2007.

³⁴ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO “a expressão parceria tem sentido um pouco diverso da expressão ‘gestão associada, utilizada no art.241 da Constituição Federal, para designar a atuação conjunta da União,Estados, Distrito Federal e Municípios nas matérias de competência comum.(*Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8. ed., p. 23).

³⁵ Com a Emenda Constitucional n.53/2006, foi introduzida uma modificação no parágrafo único do art.23, substituindo-se o trecho “lei complementar fixará” por “leis complementares fixarão”.

hipóteses de colaboração recíproca entre as entidades federativas em várias de suas disposições; de outro, poder-se-ia argumentar em contrário, alegando-se que a transferência de poderes constitucionalmente recebidos só poderia ocorrer se houvesse referência explícita na Lei Fundamental.

De qualquer forma, diante dessa dubiedade, a “*questão estava mal resolvida*”³⁶ e a redação dada ao art. 241, pela EC 19/98, resultou oportuna, ao contemplar expressamente a possibilidade de cooperação ou de “gestão associada”, sem especificação do tipo de atividade, cabendo, contudo, à lei a regulamentação da parte final do dispositivo, que vem permitir ou facilitar a gestão associada nele prevista, na medida em que permite a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens de uma pessoa jurídica para outra, a fim de assegurar a continuidade dos serviços transferidos.. Trata esse dispositivo da “*cooperação gerencial entre os entes federados*”³⁷. É a previsão de instrumentos para a conjugação de esforços na realização de serviços públicos, a ser implementada, através de lei (a Emenda alude à lei, não à lei complementar).

O § 4º do art. 211, acrescentado pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 14/96, estabelece que “*na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.*” O § 2º do art. 39 da Carta Maior, alterado pela EC 19/98, dispõe que “*a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados*”.

Por sua vez, o inciso VI do art. 71 sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União a aplicação de quaisquer recursos repassados aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios pela União em decorrência de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Ainda o convênio é indicado no Decreto-lei nº 200, de 25-02-67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, como instrumento de descentralização das atividades federais (art. 10, §§ 1º, “b” e 5º; § 2º do art. 156; art. 160 e art. 166). O Código Tributário Nacional também prevê convênios entre Estados e Municípios com a União em matéria tributária (arts. 83 a 100, inc. IV). A Lei nº 9.074, de 07-07-95, no artigo 36, previu a possibilidade de convênio de cooperação tendo por objeto o credenciamento de Estados e Distrito Federal pelo poder concedente para a realização de atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados no âmbito de seus territórios. A Lei nº 9.277, de 10-05-96³⁸, autoriza a União a delegar aos Municípios, Estados da federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração e exploração de rodovias, ou obras rodoviárias federais e a exploração de portos federais, mediante convênio.

No setor de eletricidade, a Lei nº 9.427, de 26-12-96, estipula, entre as

³⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 137. José Afonso da Silva ressalta a desnecessidade desse dispositivo, “porque tudo que nele se prevê poderá ser objeto da lei complementar indicada no art. 23, parágrafo único, da Constituição” (*Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 483).

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 117.

³⁸ O Decreto nº 2.184, de 24-03-97, alterado pelos Decretos nºs 2.247, de 06-06-97 e 6.620, de 29-10-2008, regulamenta o art. 2º da Lei nº 9.277, de 10-05-96, que autoriza a União a delegar aos Municípios ou Estados da Federação a exploração dos portos federais.

competências da Agência Nacional de Energia Elétrica, fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica (art. 3º, inc. IV – com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 15-03-2004) e em seu art. 20, caput, com a redação da Lei 12.111/2009, preceitua que “a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e para o Distrito Federal visando à gestão associada de serviços públicos, mediante convênio de cooperação”).

Do mesmo modo, no setor de petróleo, a Lei nº 9.478/97, concede à Agência Nacional do Petróleo, competência específica para “regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios” (art. 8º, inc. XV).³⁹

A Constituição paulista refere-se aos consórcios entre Municípios no art. 201 e a convênios com os Municípios no art.205, inc.V.⁴⁰

No âmbito estadual, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, poderá, preservadas as competências e prerrogativas municipais: **1.** exercer total ou parcialmente, observada a viabilidade técnica, as funções de regulação, controle e fiscalização que lhe forem delegadas pelos demais entes da Federação, especialmente quanto aos serviços públicos de saneamento básico de titularidade municipal e a quaisquer serviços e atividades federais de energia;**2.** celebrar convênios, acordos ou instrumentos equivalentes, bem como outros contratos e ajustes com órgãos ou entidades dos Municípios ou da União, referentes à regulação, controle e fiscalização de serviços; e **3.** estabelecer cooperação com órgãos ou entidades dos Estados ou do Distrito Federal para o adequado exercício de suas competências (art. 6º, § 1º da Lei complementar n.1025, de 07/12/2007).

A seu turno, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, no art. 13, inc. XV, estipula caber à Câmara, com sanção do Prefeito, “*dispor sobre convênios com entidades públicas, particulares e autorizar consórcios com outros municípios*” e, no inciso V, do art. 48, fixa a competência da Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, para “*fiscalizar a aplicação de recursos de qualquer natureza, repassados ao Município, pela União, pelo Estado, ou qualquer outra entidade, mediante convênio, acordo, ajuste e outros instrumentos congêneres*”.

Os termos “consórcios” e “convênios” são mencionados no texto constitucional com sentidos diferentes.

³⁹ Anota Marçal Justen Filho: “Solução dessa ordem amplia a complexidade dos problemas jurídicos. Deve tomar-se em vista que a delegação não importa a transferência da titularidade do interesse para outra órbita federativa. Portanto, o Estado não pode ignorar a existência do interesse federal sobre a questão. Em termos gerais, pode reputar-se que surge situação de conjugação de interesses estatais de diversa ordem. No âmbito jurídico, isso se traduz na configuração de atos de natureza complexa, em que a decisão de cada ente é insuficiente para produzir o surgimento do ato administrativo” (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 198).

⁴⁰ Art. 201. O Estado apoiará a formação de consórcios entre os Municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental, em particular à preservação de recursos hídricos e ao uso equilibrado dos recursos naturais.

Artigo 205 - O Estado instituirá, por lei, sistema integrado de gerenciamento dos recursos hídricos, congregando órgãos estaduais e municipais e a sociedade civil, e assegurará meios financeiros e institucionais

para:
V - a celebração de convênios com os Municípios, para a gestão, por estes, das águas de interesse exclusivamente local;

Com ligeiras variações os autores têm definido convênio administrativo como acordo celebrado entre entidades públicas de qualquer espécie ou entre estas e entidades ou instituições privadas para a consecução de interesses e objetivos comuns⁴¹.

A natureza do convênio é debatida na doutrina pátria, principalmente para contrapô-lo à categoria contratual. Vários critérios têm sido apontados para distinguir o contrato do convênio:

a) os convênios não são contratos, apesar de serem acordos de vontades.⁴² O “convênio”, diz Hely Lopes Meirelles, “é acordo, mas não é contrato”;⁴³ Diógenes Gasparini afirma ser “ajuste administrativo”, não se tratando de contrato, nem mesmo administrativo,⁴⁴ Maria Garcia qualifica os convênios como “acordos de cooperação (todos os signatários têm atividades pré-ordenadas para o fim almejado) ou de colaboração (quando os signatários desenvolvem atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum)”;⁴⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁴⁶ Edmir Netto de Araujo,⁴⁷ Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes⁴⁸ apontam serem os convênios pactos da espécie acordo, qualificando-os como atos complexos; Marcos Juruena Villela Souto os define como atos multilaterais de parceria;⁴⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que o convênio é um acordo de vontades com características próprias, como resulta da própria Lei nº 8.666/93, pois, se os convênios tivessem natureza contratual, a aplicação de suas normas decorreria dos arts. 1º e 2º, e não haveria necessidade do preceito contido no art. 116, caput, que manda aplicar suas disposições aos convênios e a quaisquer acordos, ajustes e outros instrumentos, desde que a Administração tenha participação, “no que couber”;⁵⁰

b) quanto aos interesses, no contrato são divergentes e contrapostos para as partes que os celebram, enquanto no convênio são convergentes e comuns entre os partícipes.⁵¹

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. Atualizadores Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432-433. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 856-857; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30. ed. p. 483; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 78 ed., p. 231; *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 342; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 536.

⁴² Decidiu o Tribunal de Contas da União: Contrato administrativo. Convênio. Prazo. Não há que confundir contrato administrativo celebrado pela União com particulares com os convênios que são ajustes celebrados entre pessoas jurídicas de direito público. (TCU, TC-17.47985-1, 23-09-86, Min. Lincoln Magalhães da Rocha, RDA, v. 166, p.201, out/dez. 1986).

⁴³ *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed.p. 432.

⁴⁴ *Direito administrativo*, 15. ed. p. 857.

⁴⁵ Dos convênios. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 231.

⁴⁶ *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 15.ed., p. 198, 210 e 212.

⁴⁷ *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992. p. 145.

⁴⁸ Agências Reguladoras. *RIL*, Brasília, n. 141, p. 157, jan./mar. 1999.

⁴⁹ *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 536.

⁵⁰ *Parcerias na administração pública*, 7. ed. p. 232 e *Direito administrativo*, 23. ed. p. 337.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* 36 ed., p. 432; GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo* 15. ed. p. 857; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p. 145.

Alguns autores fazem uso de uma compreensão ampliada do conceito de contrato: distinguem os contratos “comutativos” ou “distributivos” (instrumentos de concerto de interesses, de integração de interesses contrapostos) e os contratos “cooperativos” ou “contratos com comunhão de escopo” (onde não

c) no contrato existem partes: uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra que visa a contraprestação correspondente (a remuneração ou outra vantagem); no convênio tem-se partícipes (convenientes não-vinculados contratualmente) com as mesmas pretensões, ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe;⁵²

d) nos contratos, as vontades antagônicas se compõem, e não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade – a contratual; nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam e não dão origem a uma terceira espécie;⁵³

e) no convênio, os partícipes buscam o mesmo e idêntico objetivo, unindo-se para a satisfação do interesse comum; no contrato, cada parte quer atingir um fim que não é compartilhado pela outra;

f) no convênio, há uma conjugação de esforços, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;

g) “no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este

há, em princípio, contraposição de interesses, mas a prossecução de um objetivo comum). Observa Marçal Justen Filho, que “Era usual a afirmativa de que a diferença entre contrato e convênio administrativo residiria na qualidade das partes: os convênios seriam ajustes firmados entre pessoas integrantes da Administração Pública. A asserção é incorreta. Podem, mesmo, existir contratos administrativos em que ambas as partes integram a estrutura administrativa do Estado. Por outro lado, é perfeitamente possível convênio envolvendo entidade estatal e pessoas de direito privado. A distinção reside não na qualidade das partes, mas na finalidade por elas buscada.” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 908). Reconhece, no entanto, que “quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de teoria geral do direito, na categoria dos contratos “comutativos” ou “distributivos” (ainda quando se trata de contratos unilaterais). Em tais casos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir a um fim que não é compartilhado pela outra. Já no chamado “convênio administrativo”, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de um mesmo e idêntico interesse público”(op. cit., p. 606). Paulo Modesto dissente apenas num ponto: “os convênios não se destinam a regular apenas a atividade de sujeitos integrantes da administração pública, mas também atividades ‘cooperativas’ do Poder Público com particulares. Não se trata de uma questão terminológica. O emprego da expressão para referir esse segundo tipo de relações é expresso no direito positivo (v.g., art. 116 da Lei n. 8.666/93). Além disso, é preciso cautela na incorporação do conceito de contrato cooperativo no direito administrativo, tendo em conta as diversas normas que regulam o regime dos convênios no Brasil (Parecer da Procuradoria de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Processo SESAB/42391/92. Plenário, sessão de 31-05-95, DOU 13-06-95, p. 8577).

Silvio Luiz Ferreira da Rocha entende que erram “aqueles que se apegam à diversidade de interesses para distinguir o contrato do convênio. Invocamos os denominados *contratos associativos*, dentre os quais o contrato de sociedade se destaca. Na sociedade as partes (os sócios) estão unidas em torno dos fins comuns” (*Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52).

O traço distintivo referente ao interesse das partes foi incorporado ao art. 48, § 1º, do Decreto n. 93.872, de 23-12-86, alterado pelo Decreto n. 97.916, de 06-07-88, que estabelece: “quando os partícipes tenham interesses diversos e opostos (...) o acordo ou ajuste constitui contrato”.

⁵²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* 36. ed. p. 433; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 15. ed., p. 857; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. *RIASP*, n. 3, p. 107, jan./jun. 1999. Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *RT* 678/78; acórdão da mesma Corte publicado no ILC n° 39, p. 401.

⁵³ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p. 145.

fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas”.⁵⁴

h) em decorrência da ausência de vinculação contratual, devem ser consideradas nulas cláusulas de permanência obrigatória ou obstativas de denúncia do convênio a qualquer momento ou de sanções pela retirada, promovendo-se a respectiva prestação de contas⁵⁵.

Sob outra ótica, Alzemerri Martins Ribeiro de Britto aventa a possibilidade de previsão de penalidades “*no caso de ferimento de cláusulas conveniais*”, pois “*se entidades não-estatais podem ser beneficiadas pelo fato de receberem subvenções do Poder Público, nada obsta que, desobedecendo os princípios e regras que condicionaram tais repasses, sofram sanções a serem previstas no instrumento do convênio.*” Acrescenta que não se deve argumentar que essa penalização “*transmude a natureza do acordo para contrato, porquanto ninguém pode negar que os convênios, sem se desnaturarem, também comportam cláusulas nitidamente contratuais, como as de remuneração, por exemplo, vindas sob a forma de ‘repasses de verbas’*”. Respalda ainda seu posicionamento no art. 116, caput da Lei nº 8.666/93, tendo em conta que “todas as regras desse diploma legal que se coadunem com a natureza dos convênios devem acarretar subsunção imediata, como, por exemplo, a de apenamento por conduta faltosa do conveniado, quando firmado o convênio entre a Administração e particulares;⁵⁶

i) os partícipes do convênio têm competências comuns quanto à matéria a que visam.

Parte da doutrina publicista, porém, nega a autonomia do convênio como pacto distinto do contrato, sustentando que ambos são figuras da mesma natureza, pertencentes à categoria contratual. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que convênios e consórcios constituem uma modalidade de contrato em que “as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona”, diferindo “da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes”.⁵⁷ A seu turno, Odete Medauar faz várias objeções aos critérios apontados pelos autores para fixar a distinção:

a) quanto à reciprocidade de obrigações indicada como fator distintivo, observa-se que os convênios envolvem encargos recíprocos: é o caso, por exemplo, de um convênio firmado entre um Estado e um Município para construção de uma escola, em que ao primeiro cabe a obra e ao segundo o oferecimento do terreno;

b) no que tange aos interesses, a presença do Poder Público num dos pólos levaria a concluir que o interesse público será o fim perseguido pelos convênios e contratos; já, na hipótese de convênios celebrados com particulares, poder-se-ia aduzir

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*, 24. ed. p. 343.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 36. ed. 433; GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 15. ed., p. 857; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p.146. Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo *RJTJSP*, 95/61.

⁵⁶ Convênios. Legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidades. *Advocacia Pública*. São Paulo, n. 08, p. 8,dez./1999.

⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.671.

que estes não buscam o interesse público e que, em decorrência, os interesses seriam contrapostos; ademais, nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre é clara a separação entre as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum;

c) no atinente aos “resultados comuns”, é possível encontrá-los também em contratos, como acontece nos contratos celebrados entre entidades estatais;

d) no que se refere à “competência comum” não constitui ela traço distintivo suficiente entre convênios e contratos, de vez que, nos convênios firmados entre entes estatais e particulares não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes, pois parece estranho referir competência a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado;

e) quanto à “remuneração”, nem sempre nos contratos uma das partes remunera a outra como ocorre, por exemplo, na concessão de serviço público.

Em função da dificuldade em se fixar traços distintivos entre contrato e convênio administrativo, conclui a Autora que contrato e convênio constituem-se em figuras da mesma natureza.⁵⁸

Suscita controvérsia a necessidade ou não de autorização legislativa específica para a celebração de cada convênio ou consórcio. Algumas constituições estaduais e leis orgânicas de Municípios inserem, entre as atribuições do Legislativo, a autorização ou aprovação de convênios. Nos Tribunais tem prevalecido o entendimento de que a exigência é inconstitucional, por implicar o controle do Legislativo sobre atos administrativos do Executivo, em hipótese não prevista na Carta Magna, resultando ofensiva ao princípio da harmonia e independência dos Poderes,⁵⁹ o qual é defendido por Marcos Juruena Villela Souto⁶⁰ e rechaçado por Hely Lopes Meirelles, porque o convênio e o consórcio configuram sempre atos gravosos que extrapolam os poderes normais de administração.⁶¹

A Emenda nº 19/98 põe fim à controvérsia, passando a matéria a ser “*caracteristicamente administrativa, com aval constitucional*”, na expressão de Jessé Torres Pereira Júnior.⁶²

É de imaginar-se que a Emenda não exige autorização legislativa específica de cada convênio, mas apenas que a lei definirá as características dessa forma de gestão associada de serviços ou mesmo a transferência de estruturas, pessoal, patrimônio, podendo inclusive autorizar a atribuição de personalidade jurídica a um órgão executor

⁵⁸ Convênios e consórcios administrativos. *BDA*, São Paulo, n. 8, p. 454-455, ago. 1995.

⁵⁹ STF – Representação de Inconstitucionalidade 1.024–GO, Pleno, rel. Min. Rafael Mayer, v.u., j. 07-05-80 (RDA 140/63); STF – Representação de Inconstitucionalidade 1.210-7–RJ, Pleno, Min. Moreira Alves, v.u., j. 19-12-84, DJU 07-06-85 (RT 599/222); STF – ADIn 177-9–RS, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 01-07-96, DJ 25-10-96; STF – ADIn 165-5–MG, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 07-08-97, DJ 26-09-97; STF – ADIn 462–BA, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, v. u., j. 20-08-97 (DJ 18-02-00, p. 54); STF – ADIn 770-0–MG, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, v.u., j. 01-07-2002, DJ 20-09-2002; STF – ADIn 1.857-4– SC, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. 05-02-2003, DJ 07-03-2003; STF – ADIn 342-9–PR, Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, v.u., j. 06-02-2003, DJ 11.04.2003). A ADIn 331–PB, Pleno, rel. Min. Octávio Gallotti, v.u., j. 23-08-90, DJ 28-09-90, foi indeferida porque a Carta da Paraíba só exigia aprovação ou autorização de convênios se estes acarretassem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual.

⁶⁰ *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 538.

⁶¹ *Direito administrativo brasileiro*, 36. ed., p. 434.

⁶² *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 388.

do pacto, no entender de Marcos Juruena Villela Souto.⁶³

A doutrina tem admitido convênio de entidades públicas com entidades ou instituições privadas, em decorrência da competência geral de cada uma das entidades públicas,⁶⁴ desde que o interesse da comunhão seja comum, nunca perdendo de vista, é claro, o interesse público, e não haja remuneração ou preço pela execução das tarefas cometidas a cada partícipe.⁶⁵

Necessário aduzir que nesse tipo de acordo é preciso averiguar se caracteriza atividade fomentadora do Estado – o que dará margem ao convênio –, ou se há execução material e isolada de serviço para o Estado – o que implicará a celebração de contrato administrativo.

O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos⁶⁶.

Outro questionamento reporta-se à imposição ou não de prévia licitação para a realização de convênios.

A desnecessidade de certame é ressaltada por vozes autorizadas como as de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, Toshio Mukai,⁶⁷ por se tratar de mútua colaboração de esforços, não existindo na Lei nº 8.666/93 qualquer dispositivo que coloque o procedimento licitatório como antecedente indispensável ao convênio⁶⁸. Ressalta, porém, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, independente da denominação dada (“convênio” ou “protocolo de intenções” ou “termo de compromisso”, ou outra qualquer

⁶³ *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 537.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* 30. ed., p. 483; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. p. 433

⁶⁵ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento” (*Curso de Direito Administrativo*, 28.ed., p.673).

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 24. ed. p. 344. V. também BRITTO, Alzemer Martins Ribeiro de. Convênios. Legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidades, p. 07.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8. ed. p. 236-237 e *Direito administrativo*, 24. ed., p. 346; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos administrativos*, p. 910; GARCIA, Maria. Dos convênios In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*, p. 231-232; MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 400-401.

⁶⁸ Decidiu o Tribunal de Contas da União: Convênio. Dispensa de Licitação. Para aquisição de medicamentos fabricados pelos laboratórios oficiais, bem como dos demais produtos por eles processados, a existência de interesses recíprocos entre as partes que podem ser alcançados em regime de mútua cooperação viabiliza a utilização de convênio, descartada a necessidade de licitação, porque não existe na Lei nº 8.666/93 qualquer dispositivo que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao convênio. O art. 116 da citada Lei impõe tão somente que sejam estendidas aos convênios as diretrizes básicas previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Somente nas hipóteses em que não seja possível a utilização de convênios tem aplicação o inc. VIII do art. 24 da Lei supra (TCU, TC-20069/93-6, Min. Iram Saraiva, 25-05-96, BLC nº 11, p. 563, nov./97).

semelhante), impõe-se a realização da licitação sob pena de ilegalidade.⁶⁹

Para as entidades que recebam verbas públicas da União, o Decreto nº 5.504, de 5-8-2005, veio exigir que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

Contudo, o Decreto nº 6.170, de 25-7-2007(alterado pelos Decretos n.6.428, de 4-4-2008 e 6.619, de 29-10-2008), dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, com exigência diversa da constante do Decreto nº 5.504/05⁷⁰.

E, acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora no preâmbulo haja referência ao artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (que contém normas gerais obrigatórias para todas as esferas de governo), o Decreto cuida especificamente de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, (art. 1º, caput). Trata-se, portanto, de Decreto a ser aplicado no âmbito federal apenas.⁷¹

⁶⁹ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 7. ed p. 236.

⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, 24. ed., 2011, p. 346.

⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, 24. ed., p. 346. E acrescenta essa Autora: “Esse repasse se faz por meio de **convênio**, quando o ajuste é celebrado por órgãos ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta com órgãos ou entidades de outra esfera de governo ou com entidades privadas sem fins lucrativos (art.1º, § 1º, I); por meio de **contrato de repasse**, quando a transferência dos recursos financeiros aos referidos entes se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União (art. 1º, § 1º, II); e por meio de **termo de cooperação**; quando se ajusta a transferência de crédito de órgão da Administração Pública Federal direta, autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza (art. 1º, § 1º, III, com a redação dada pelo Decreto n.6.619/2.008).). No caso de convênio, a contrapartida do conveniente (órgão ou entidade com o qual a União pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento) pode ser atendida por meio de recursos financeiros, de bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis (art. 7º).

O convênio e o contrato de repasse com órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta de outros entes federativos só é possível se o valor transferido for superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme artigo 2º, I.

O convênio e o contrato de repasse com entidades privadas são vedados se a entidade sem fins lucrativos tiver como dirigentes agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 2º grau (art. 2º, II, com a redação dada pelo Decreto 6.619/08).

Para a celebração de convênio ou contrato de repasse, a entidade privada sem fins lucrativos

Para alguns autores não há que se cogitar de certame, por inexistir competitividade, se se tratar, por exemplo, de convênios entre entes estatais para a consecução de determinados objetivos comuns. No tocante aos convênios entre entes estatais e entidades particulares, o que, sobretudo, descarta a obrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No entanto, se vários forem os entes privados que se prestem para a consecução daquele resultado e finalidade, deverá realizar-se a licitação ou abrir-se o leque de convênios sem limitação, observadas as condições fixadas genericamente,⁷² para não dar ensejo para burla. Esta é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷³, Odete Medauar⁷⁴ e de Leon Frejda Szklarowsky.⁷⁵

O convênio, no Brasil, permanece despersonalizado, mantendo cada partícipe sua própria personalidade. Trata-se de uma cooperação associativa, sem vínculos contratuais. Sua execução fica sob responsabilidade dos partícipes ou de uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes.

Alguns autores admitem a constituição de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípua de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes.⁷⁶

deve cadastrar-se junto ao Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parcerias (SICONV), observadas as exigências do artigo 3º do Decreto.

Nos termos do artigo 4º, a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de **chamamento público**, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. O chamamento público deve ser objeto de publicidade, por intermédio de divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios; e deve estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio (art. 5º).

Nos termos do artigo 11, 'para efeito do disposto no art.116 da Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e- a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato'.

Essa norma é menos restritiva do que a do Decreto nº 5.504, de 5-8-2005, que exige licitação para as obras, compras, serviços e alienações e, no caso de aquisição de bens e serviços comuns, impõe a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Em consequência, pode-se entender que o Decreto nº 5.504/05 ficou implicitamente revogado na parte em que conflita com o artigo 11 do Decreto nº 6.170/07, ou seja, na parte em que impõe licitação, sob a modalidade de pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns com verbas repassadas pela União; basta que sejam observados os princípios da Administração e a cotação prévia de preços no mercado.

O Decreto nº 6.170/07 contém normas ainda sobre o acompanhamento, a prestação de contas, o SICONV e o Portal dos Convênios (página da Internet destinada à divulgação do SICONV e o Portal dos Convênios (página da Internet destinada à divulgação do SICONV)". (*Direito administrativo*, 24. ed., p. 346-347; *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 8. ed p. 237-239).

⁷² Decidiu o Tribunal de Contas da União: Equipamentos. Aquisição. Convênio. Aquisição de equipamentos pelo município para a Associação de Proteção à Maternidade e à Infância. Necessidade de procedimento licitatório. Utilização de recursos provenientes de convênio para a aquisição dos referidos equipamentos. Necessidade de previsão da finalidade da utilização dos recursos no termo de cooperação, somente sendo dispensável o procedimento licitatório nos casos previstos na Lei 8.666/93 (TCE/PR, TC-296.273/97, Cons. Rafael Iatauro, 19-03-98, RTCE/PR n. 125, jan./mar.1998, p. 174).

⁷³ *Curso de direito administrativo*, 28. ed., p. 673.

⁷⁴ *Direito administrativo moderno*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 246.

⁷⁵ Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres, p. 110.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 36. ed. p. 434. Diógenes Gasparini considera inadequada a criação de uma sociedade, tendo em conta que "a manutenção de ambos os

Grande é a semelhança entre convênio e consórcio, sendo que a distinção apontada pela maioria dos doutrinadores brasileiros residia na diversidade ou não dos partícipes: enquanto o convênio se celebra entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada, o consórcio é firmado entre entidades estatais da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para atingir objetivos de interesse comum.⁷⁷

Diógenes Gasparini acrescenta a essa particularidade outro item diferenciador, relativo à estrutura administrativa entre esses ajustes, dado que várias leis vigentes têm exigido que os consórcios tenham um conselho consultivo, uma autoridade executiva e um conselho fiscal, sem que a mesma exigência seja feita para os convênios.⁷⁸

Não havia até a edição da Lei nº 11.107, de 06-04-2005⁷⁹, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, nada no direito brasileiro que autorizasse a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado. Tratava-se de uma associação de entidades da qual não resultava a criação de nova pessoa jurídica, discutindo-se o melhor modo de administrá-lo. Podia ser criada uma comissão executiva para administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações em nome de pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites demarcados no instrumento do consórcio. Mostrava-se também viável a indicação de um dos partícipes como líder, hipótese em que ele podia – desde que autorizado em lei e previsto no consórcio – instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos relacionados ao consórcio, ou, ainda, instituir um fundo, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio, constituído com verbas dos partícipes.⁸⁰

No entanto, o legislador preferiu dar tratamento diferente ao consórcio, atribuindo personalidade jurídica aos consórcios públicos, através da constituição de associação pública ou de pessoa jurídica de direito privado.

Não se trata da criação de novo ente federativo, como já se pretendeu questionar,⁸¹ afirmando que a criação de consórcios públicos, dotados de personalidade

organismos, sem dúvida, trará inúmeras dificuldades e conflitos de toda ordem” (Direito administrativo, 15. ed., p. 859).

⁷⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 15. ed., p. 861; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30. ed. p. 483; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24. ed. p. 348; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 537. No Brasil, o consórcio mais usual é o firmado entre Municípios com o fito de realização de obras, serviços e atividades de competência local, mas de interesse comum a toda uma região intermunicipal.

⁷⁸ *Direito administrativo*, 15. ed., p. 861.

⁷⁹ O Decreto 6.017/07, regulamenta a Lei 11.107/05 dispondo sobre a contratação de consórcios públicos. O decreto prevê, dentre outras matérias, o conteúdo mínimo do protocolo de intenções a ser subscrito pelos representantes legais dos entes da Federação interessados, a possibilidade de exclusão de ente consorciado quando houver justa causa, bem como as disposições referentes ao contrato de rateio.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24. ed. p. 349.

⁸¹ Cf. Miguel Reale, em parecer exarado sobre o Projeto de Lei federal que “institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada”. salienta que, ao se dar ao consórcio público a característica de entidade associativa dotada de personalidade jurídica de direito público, subverte-se o significado tradicional que a palavra consórcio tem no direito pátrio, significado este que devem ter tido em vista os redatores do Art.241 da Constituição Federal após a EC n.19/98. Nesse sentido lembra o que dispõe a *Lei de Sociedades Anônimas* (Lei nº 6.404, de 15/12/1976, atualizada pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001) cujo art. 278 estabelece que o consórcio é constituído “para executar determinado empreendimento”, não tendo personalidade jurídica (§ 1º). Disponível em: <<http://>

jurídica autônoma, seria incompatível com a estrutura federativa do Estado brasileiro. Entes federativos -União, Estados, Distrito Federal e Municípios- são pessoas políticas, com capacidade legislativa originária. A atribuição de personalidade jurídica aos consórcios públicos em nada lhes confere capacidade legislativa originária, jurisdicional ou competências delegadas em caráter definitivo.

Como associação pública, o consórcio terá personalidade jurídica de direito público e, portanto, estará sujeito ao regime de direito público. A corroborar essa posição, vale notar a alteração do artigo 41 do Código Civil brasileiro de 2002, o qual lista as pessoas jurídicas de direito público interno, entre elas, com a nova redação de seu inciso IV, “*as autarquias, inclusive as associações públicas*”. Por conseguinte, as associações públicas deverão ser submetidas ao mesmo regime jurídico das autarquias, qual seja, o regime de direito público. Em aditamento, o art. 6º, § 1º estatui que “o consórcio público com personalidade de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

Por aí se vê que o consórcio público vem criar uma nova entidade da administração indireta, ao lado da autarquia, da fundação pública, da sociedade de economia mista e da empresa pública.

Poderão também os consórcios públicos adotar personalidade jurídica de direito privado (o que constitui uma aberração), “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil” (art. 6º,II). Todavia, conquanto constituídas sob figurino privado, não há aplicação integral do regime de direito privado, pois a própria lei determina que “o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho- CLT”(art.6º, § 2º). Bastaria esta evidência para perceber-se que o seu regime jurídico disciplinador é peculiar.

Trouxe ainda a Lei nº 11.107/05 a possibilidade de serem os consórcios públicos integrados por entes federativos de níveis distintos, em vista da realização de atividades públicas de interesse comum, e dos quais resultará uma pessoa jurídica que as congregará. Assim, num mesmo consórcio, poderão estar presentes União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que afasta a tese de que apenas os convênios poderiam ser constituídos por entes de diferentes níveis federativos.

Em que residiria, então, a distinção entre consórcios públicos e convênios? A partir do advento da Lei nº 11.107/05 parece que a primeira diferença está na atribuição de personalidade jurídica aos primeiros, enquanto os segundos existirão como simples acordos temporários de atuação conjunta, sem que deles resulte criação de pessoa jurídica.

Tanto o convênio quanto o consórcio público admitem, na esteira do disposto no referido artigo 241, *in fine*, da Constituição Federal, que os entes federativos lhes transfiram, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. No entanto, no convênio, as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações, ao passo que no consórcio público, este se obriga em nome próprio, vez que adquire personalidade jurídica, respondendo os consorciados apenas subsidiariamente.

A segunda distinção entre convênios e consórcios públicos está no fato de

apenas entes federativos poderem compor o consórcio público na forma da Lei n 11.107/2005 (art. 1º), ao passo que os convênios podem ser firmados entre sobreditas pessoas e entidades ou instituições privadas.

A Lei, em seu art. 3º, reconheceu a natureza contratual do consórcio público. Exigiu apenas, como condição para sua celebração, que o consórcio seja precedido de protocolo de intenções celebrado entre as partes – documento contendo os principais aspectos do contrato de consórcio a ser celebrado – o qual obrigatoriamente terá que ser ratificado por lei (art. 5º) para que se tenha como travado o contrato de consórcio, salvo se naquela entidade, antes de firmado o protocolo, já houver lei disciplinando sua participação no consórcio público (§ 4º do art. 5º).

Registre-se que o reconhecimento de natureza contratual assegura a competência privativa da União para legislar privativamente sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, aplicáveis às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal (v. art. 1º). Assim, para compatibilizar essa tese com o disposto no aludido artigo 241, restará aos demais entes federativos legislar apenas sobre normas específicas de contratação de consórcios públicos.

Por sua vez, o contrato de programa previsto no referido diploma legal, presta-se à efetivação da gestão associada de serviço público, sendo celebrado em decorrência de um consórcio público ou de um convênio de cooperação. O art. 13, *caput*, da Lei de Consórcios Públicos estabelece que o contrato de programa é instrumento hábil para constituir e regular as obrigações que um ente da federação assumir para com outro ente da federação ou para com consórcio público, no âmbito de gestão associada de serviços públicos em que haja a prestação de serviço ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. Por isso pode-se afirmar que a gestão associada de serviços públicos não requer, necessariamente, a formação de um consórcio público, podendo ser feita mediante convênio de cooperação, como expresso nos parágrafos 4º, 5º e 6º do art. 13.

De acordo com o art. 4º, XI, alínea ‘d’, o contrato de programa deverá ser celebrado quando a “*gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados*”. Nesta hipótese, há um contrato de consórcio público já celebrado entre entes federativos titulares do serviço público objeto da gestão associada. O contrato de programa cumpriria, neste contexto, a função de efetivar a prestação do serviço objeto da gestão associada, prestação esta que poderá ser realizada pelo consórcio público, direta ou indiretamente.

Em síntese, o *contrato de programa* para a gestão associada de serviços públicos é utilizado tanto entre entes federativos não-consorciados, caso em que se realiza, previamente, um convênio de cooperação, como entre um ente federativo e um consórcio público. Cabe observar ainda que o § 5º do art. 13 possibilita expressamente que entidades da administração indireta de qualquer ente federativo celebrem o contrato de programa.

O contrato de programa deverá:

“I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares” (§ 1º).

O § 2º prevê cláusulas que deverão figurar no contrato de programa, sob pena e nulidade, quando “a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” e, no § 3º, a nulidade da “cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados”, posto serem tais poderes indelegáveis.

Vale ainda ressaltar que foi prevista a dispensa de licitação para a contratação de consórcio público por entidade da administração direta ou indireta dos entes federativos consorciados. (art. 2.º, §1.º, III.), bem como na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação, consoante o art. 17 da Lei 11.107/05, que alterou o art. 24 da Lei de licitações e contratos (Lei 8.666/93).’

1.1.2.2. Franquia

A franquia é um instituto muito utilizado no setor empresarial privado, podendo sua origem ser buscada nos costumes norte-americanos.⁸² O contrato de franquia resulta da conjugação de dois outros contratos empresariais: a licença de uso de marca, e a prestação de serviços de organização de empresa.

Via de regra os serviços de organização empresarial se desdobram em três contratos: o *management*, relacionado com os sistemas de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; o *engineering*, pertinente à organização do espaço (*layout*) do estabelecimento do franqueado; e o *marketing*, cujo conteúdo se refere às técnicas de colocação do produto ou serviço junto ao consumidor, incluindo a publicidade. Entre as partes do contrato de franquia, estabelece-se nítida relação de subordinação. O franqueado deverá organizar a sua empresa com estrita observância das diretrizes gerais e determinações específicas do franqueador. Essa subordinação empresarial é inerente ao contrato, é indispensável à plena eficiência dos serviços de organização empresarial, que o franqueado adquire. O franqueador, desse modo, num certo sentido participa do aviamento do franqueado.⁸³

Sob o ponto de vista do franqueador, serve para promover a expansão dos seus negócios, sem os investimentos exigidos na criação de novos estabelecimentos. Sob o ponto de vista do franqueado, viabiliza o investimento em negócios de marca já consolidada junto aos consumidores, e possibilita o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador.⁸⁴ Sob o ponto de vista dos consumidores, podem estes se beneficiar pela expansão e disseminação de um negócio por eles já aprovado.

Em 1994, foi editada a Lei Federal nº 8.955,⁸⁵ com o objetivo de disciplinar a

⁸² A franquia é originária dos EUA, onde, em 1860, a *Singer Sewing Machine Company*, pretendendo ampliar sua participação no mercado varejista, outorgou franquias a pequenos comerciantes, que, então, passaram a comercializar seus produtos em lojas denominadas “Singer”, arcando com as despesas e riscos. Com o sucesso da medida, o sistema se expandiu pelo mundo.

⁸³ SILVEIRA, Newton. *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.81-83.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 125.

⁸⁵ Estatui a Lei nº 8.955, de 15-12-94:

“Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou

formação do contrato de franquia. Limita-se, porém, a conceituá-la e a fixar os requisitos a serem observados na Circular de Oferta de Franquia, a ser obrigatoriamente fornecida ao interessado em aderir ao sistema.

A propósito, esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

Trata-se de diploma legal do gênero denominado “disclosure statute” pelo direito norte-americano. Ou seja, encerra normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõem o dever de transparência nessa relação. (...) A lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado. Procura, apenas, a lei assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas ao ingresso em determinada rede de franquia. Em outros termos, o contrato de franquia é atípico porque a lei não define direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga os empresários que pretendem franquear seu negócio a expor, anteriormente à conclusão do acordo, aos interessados algumas informações essenciais.⁸⁶

A Lei nº 8.955/94 nada preceitua sobre sua adoção no âmbito da Administração Pública. Mas, a ausência de legislação específica disciplinadora da matéria não tem sido fator impeditivo da adoção do sistema. A Administração indireta dela vem se utilizando, apesar de inexistir previsão legal a respeito.⁸⁷

No Brasil, a franquia mais conhecida é a dos correios. Em função da alta demanda de usuários, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT⁸⁸, socorreu-

serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 126-127.

⁸⁷ No setor elétrico, a Companhia Paranaense de Energia – COPEL, lançou o Sistema de Franquias COPEL, para canalizar produtos e serviços Copel para o mercado. As franquias Copel prestam serviços regulamentados pela legislação do setor elétrico, – como ligação de unidades consumidoras, desligamento, manutenção de redes de distribuição, leitura de medidores, faturamento, atendimento ao público e outros que eram prestados pelo centro de serviço convertido em franquia – e serviços oferecidos apenas pela iniciativa privada, como a instalação de entradas de serviço, manutenção interna de unidades consumidoras, extensões de rede e outros. Em função das variações do *mix* de produtos e serviços a serem implantados em cada unidade franqueada, foram definidas diferentes modalidades de franquias. Sua remuneração advém mensalmente da prestação de serviços regulamentados e também de lucros auferidos das vendas de serviços e de materiais elétricos, sobre os quais pagam *royalties* à franqueadora.

O Banco do Brasil está oferecendo franquias das lojas BB Conveniência, um espaço para venda de produtos financeiros, como seguros, planos de previdência privada, cartões de crédito e até pacotes de viagens da BBTur.

⁸⁸ V. ADPF n.º 46-/DF em que o STF, por maioria, julgou improcedente pedido formulado pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED, em que se pretendia a declaração da não-recepção, pela CF/88, da Lei 6.538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Empresa pública de correios e telegrafos. Privilégio de entrega de correspondências. serviço postal. Controvérsia referente à lei federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. previsão de sanções nas hipóteses de violação do

se da franquia, possibilitando o surgimento de inúmeros postos de atendimento com imóveis, móveis e pessoal inteiramente custeados pela franqueada, que ainda paga uma contrapartida ao franqueador. Dessa forma, ocorre o repasse da execução dos serviços às Agências de Correio Franqueadas, que fazem apenas o atendimento de balcão e captação de clientes, enquanto a Empresa de Correios e Telégrafos realiza as funções de triagem, transporte e distribuição das correspondências, e aprova os clientes trazidos pelas franquias. São padronizados, entre outros, os serviços, impressos, preços, cores usadas nos anúncios de porta, horário de atendimento. Até mesmo os comprovantes, os recibos e as faturas saem em nome da franqueadora.⁸⁹

A franquia pode ser utilizada para hipótese de exercício de atividade econômica em sentido estrito por parte do Estado, âmbito em que atua segundo o regime de direito privado.

A doutrina se divide quanto à possibilidade de delegação da prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, bem como quanto à admissão da franquia com tal propósito. Entende Celso Antônio Bandeira de Mello que a prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, nos termos do inciso X, do artigo 21, foi entregue exclusivamente ao próprio Poder Público, em virtude de não ter sido dado o mesmo tratamento previsto para os vários serviços elencados nos incisos XI e XII, não havendo previsão de execução descentralizada, via concessão, permissão ou autorização.⁹⁰ Dessa

privilégio postal. Compatibilidade com o sistema constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso iv; 5º, inciso xiii, 170, caput, inciso iv e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Não-caracterização. Arguição julgada improcedente. Interpretação conforme à constituição conferida ao artigo 42 da lei n. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da união. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF n. 46.Pleno.Rel.Min.Marco Aurélio. Rel. para o acórdão Min.Eros Grau, julg.05.08.2009. DJe 26.02.2010).

Em 05/03/2010, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição opôs embargos de declaração à ADPF 46, objetivando ver sanada uma omissão terminológica passível de trazer graves consequências no cumprimento da decisão. Embora o acórdão tenha reconhecido que as encomendas não estão incluídas no privilégio postal, a omissão em que incorreu diz respeito à definição do que seja encomenda. Dessa forma, peticiona a definição dos elementos mínimos desse conceito.

89 As agências franqueadas diferem das agências próprias por não executarem todas as etapas da cadeia postal, ficando responsáveis somente pela coleta dos postados. Pagam pelo uso da marca dos Correios e têm sua remuneração por meio de comissão calculada em função dos serviços executados. Além disso, vendem produtos da ECT e prestam serviços de apoio à postagem.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., 28. ed., p. 696-697.

forma, considera manifestamente inconstitucional o disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.074, de 07-07-95, nela inserido pela Lei nº 9.648, de 27-05-98, que inclui os serviços postais entre as atividades passíveis de permissão ou concessão.⁹¹

Para Marçal Justen Filho a franquia “é contrato de direito privado, apto a instrumentalizar relações jurídicas entre particulares, cujo objeto não envolva serviços submetidos ao regime de direito público”. E acrescenta: Pode produzir-se uma concessão ou permissão de serviço público, atribuindo-lhe a denominação de franquia, sem que isso afete sua real natureza jurídica. Aplicar-se-ia, então, o regime próprio dos serviços públicos e das concessões e permissões.”⁹²

José dos Santos Carvalho Filho sustenta que, conquanto haja inegáveis semelhanças, o contrato de concessão de serviços públicos não se confunde com o *contrato de franquia*, algumas vezes celebrado por entes administrativos. Em ambos os ajustes, há a delegação da execução de uma atividade de titularidade de uma das partes (*concedente* ou *franqueador*) à *outra* (*concessionário* ou *franqueado*). “Mas a concessão se qualifica como contrato administrativo, ao passo que a franquia traduz contrato tipicamente privado, como regra de natureza empresarial. Ademais, o franqueado atua em nome do franqueador, utilizando sua marca, sua técnica e sua organização; o concessionário, ao revés, opera em nome próprio e adota sua própria estrutura orgânica.”⁹³

Marcos Juruena Villela Souto observa que o contrato de franquia se submete,

predominantemente, à legislação de direito privado, não sendo um contrato de concessão de marca pública, pelo qual o particular remunera-se da exploração do negócio. Não se trata nem de concessão de serviço público nem de concessão de marca pública, eis que o serviço continua a ser explorado pela entidade da Administração, que se vale da infraestrutura e do pessoal da iniciativa privada para ampliar postos de atendimento; é o caso de lojas de vendas de selos, cartões telefônicos, passagens de trem ou bonde.⁹⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a “*franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública*”, podendo constituir um modo de concessão ou ser forma de terceirização de atividades acessórias ou complementares. No primeiro caso, estará sujeita à Lei nº 8.987/95 e alterações posteriores. No segundo caso, será

Em sentido contrário, manifestam-se Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (Reestruturação do setor postal brasileiro. *RDP*, São Paulo, n.19, p. 160, 1999) e Ives Gandra da Silva Martins (Serviço postal – Competência de atribuições é legislativa – Delegação da capacidade de exercício em regime de direito público ao segmento privado da economia – Parecer. mimeo. p. 42-43), sob a argumentação de que a prestação do serviço postal não constitui monopólio. Respaldam suas posições na opção feita pelo texto constitucional pela livre competição, na qual a instituição de um sistema monopolista de certa atividade é expressa e constitui a exceção. A Constituição limitou-se a prescrever o dever de manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional, nada esclarecendo sobre a forma de sua prestação. Da interpretação do artigo 21, X, não deflui nem um monopólio natural, nem uma vedação da prestação indireta dos serviços. Quanto ao emprego da expressão “manter” no referido artigo, salienta Ives Gandra que, se é pobre no seu conteúdo ôntico, é mais abrangente no que concerne à possibilidade de delegação da capacidade de exercício dos serviços postais para terceiros.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., 28. ed., p.718-719.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, 6.ed.rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.789.

⁹³ *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.343.

⁹⁴ *Desestatização, privatização, concessão e terceirização*, p. 536.

feita nos moldes do direito privado e submetida à Lei nº 8.666, de 21-06-93, por força do art. 62, § 3º, inciso I, que reza:

Art. 62

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado.⁹⁵

Após apontar os traços comuns⁹⁶ e as diferenças⁹⁷ entre os institutos da concessão de serviço público e da franquia, sustenta que

tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão administrativa: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia

⁹⁵ *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 7. ed. p. 203-206. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro esse dispositivo da Lei nº 8.666/93 “praticamente publicizou os contratos de direito privado celebrados pela Administração, embora a ele se apliquem obrigatoriamente os arts. 55 e 58 a 61, os demais serão aplicados no que couber” (op. cit., 8.ed., p. 207).

⁹⁶ Aponta a Autora como traços comuns entre os institutos da concessão de serviço público e da franquia: a) “tanto na concessão de serviço público como na franquia dada pela Administração Pública, o concedente delega ao concessionário a execução de um serviço público, conservando sua titularidade e a plena disponibilidade sobre o mesmo, o que implica a possibilidade de rescisão unilateral do contrato; b) em ambos os contratos, o concessionário conserva sua personalidade jurídica, inconfundível com a do concedente; c) em ambos os contratos, o concessionário desenvolve a atividade por sua própria conta, sob sua responsabilidade administrativa e financeira; d) tanto na concessão de serviço público como na franquia, o concedente tem o poder de controle e fiscalização da atividade, para assegurar que ela seja desenvolvida a contento; e) nos dois casos, a remuneração do concessionário e do franqueado liga-se aos resultados financeiros da exploração, em especial de valores pagos pelo público destinatário do serviço; [...]; f) nos dois casos, o Poder Público fixa unilateralmente as condições do contrato; g) após a regulamentação da concessão pela Lei nº 8.987, surge outra semelhança: em ambos os contratos o concessionário paga ao concedente uma importância pela outorga da concessão ou da franquia (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 8.ed., p. 209-210).

⁹⁷ Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a grande diferença está no fato de que, enquanto na concessão de serviço público o concessionário atua em nome próprio e segundo técnicas próprias de organização e trabalho, na franquia, o franqueado atua sob o nome do franqueador, utilizando sua marca e suas técnicas de atuação; o franqueado submete-se às regras do franqueador, desde as referentes às instalações e localização, passando pelo adestramento do pessoal e montagem de uma organização contábil e administrativa, até a utilização dos métodos e técnicas de prestação de serviço, publicidade, inovações etc. Dessa diferença decorre uma outra, que é o fato de, em regra, o franqueado ficar sujeito ao pagamento de uma remuneração ao franqueador, pelo uso da marca, pela assistência técnica que lhe é prestada e pelas mercadorias e equipamentos que dele deva adquirir, se for o caso. Essa última diferença praticamente desapareceu no direito brasileiro, porque a Lei nº 8.987 veio permitir que na concessão de serviço público a outorga seja remunerada; aliás, consoante art. 15, inciso II, um dos critérios de julgamento na licitação é o da ‘maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão’ ” (*Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 8.ed., p.210).

de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional.⁹⁸

O Tribunal de Contas da União, no relatório de tomada de contas especial nº 10.050/95-7, referiu-se a essa operacionalização como modalidade “*sui generis de desestatização*” e meio de “*afastamento do Estado da execução direta dos serviços públicos*” identificado como forma especial de concessão de serviço.⁹⁹ E, no TC 625.042/1998-0, reconheceu que os contratos de franquia celebrados com a ECT são de natureza jurídica estritamente comercial, regidos pelas normas de direito privado, rejeitando a tese de que tais ajustes constituem concessão de serviço público. Reconheceu aquela Corte que, apesar das semelhanças existentes entre as concessões e as franquias, são institutos inconfundíveis, destacando-se como peculiaridades pertinentes a cada um: a) nas concessões de serviços públicos os concessionários atuam em nome próprio, sob designação específica, enquanto o franqueado utiliza marca e designação cedidas pelo franqueador. As franquias realizadas no âmbito da ECT conferem às agências de correios franqueadas a utilização da marca, do logotipo e demais padrões de comunicação visual da ECT; b) o concessionário, via de regra, se utiliza de *know-how* próprio; nas franquias, ao contrário, é adotada pelo executor dos serviços tecnologia de domínio do franqueador. Os serviços executados pelas agências franqueadas do Correio, são pautados pelos manuais da ECT, utilizando-se de materiais impressos e carimbos padronizados fornecidos pela franqueadora, que é também responsável pelo treinamento dos servidores das agências franqueadas; c) a mera menção que se faça a “*serviços autorizados*” não tem o condão de atribuir ao contrato de franquia a natureza de autorização de serviços públicos. Nem a presença, no termo da avença, das expressões “*outorga*”, “*taxa*”, e “*tarifa*” modifica-lhe a natureza, para emprestar-lhe características de concessão (ou subconcessão) de serviço público; d) na execução dos contratos de franquia, a ECT não atua com poderes de concedente de serviço público (encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais, extinção etc.), nem a franqueada goza de qualquer prerrogativa atribuível aos concessionários (privilégios fiscais, ocupação do domínio público etc); e) ausência de condições exorbitantes do direito privado no relacionamento comercial entre a ECT e suas franqueadas. As disposições contratuais que estabelecem condição de aparente inferioridade da franqueada em relação à ECT decorrem não da condição desta de ente da Administração, mas da própria relação que tipicamente se estabelece nos contratos de *franchising*¹⁰⁰.

Ademais, as franquias vinham sendo efetuadas pela ECT sem o prévio procedimento licitatório. Diante da grave distorção na forma como vinham se processando as concessões de tais franquias, o Tribunal de Contas da União determinou à ECT, dentre outras providências, a realização de licitação para a contratação de novas franquias, e a efetivação de estudos referentes aos custos dos serviços concedidos às franqueadas, visando fundamentar modificações nas tabelas de remuneração para que os

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8.ed., 210.

⁹⁹ TC- 010.050/95-7, – Tomada de Contas Especial, Pleno, rel. Fernando Gonçalves (RTCU, n. 68, p. 287-290, abr./jun. 1996).

¹⁰⁰ TC-625.042/98-0 – Tomada de Contas Especial, Pleno, rel. Min.Bento José Bugarin, j. 25-11-98 (BDA n. 1, p. 47-51, jan. 2000).

custos do sistema fossem compatíveis com os do atendimento. (TCU – 013.889/94-0, Decisão 601/1994 – Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, j. 21-09-94, reiterada pela Decisão nº 542/1999, Plenário, rel. Valmir Campelo, j. 18-08-99). As já existentes tiveram uma sobrevida garantida pela decisão do TCU 721/94 – Plenário (de 30/11/1994) que exceu de sua determinação anterior as agências franqueadas já existentes e as que estavam na fase de concretização dos contratos.

Em razão dessas determinações, a ECT deixou de realizar a contratação de novas franquias e providenciou a realização de estudos visando a modificação completa da rede de atendimento da Empresa, notadamente da rede franqueada, ou seja, novos tipos de agências a serem instaladas em substituição às franqueadas, cuja maioria dos contratos estaria vencendo em outubro de 1998. Para tanto, foi contratada a empresa de consultoria CPSML – Canada Post Systems Management Ltd. para desenvolver o “Projeto de Remodelagem da Rede de Atendimento” da ECT. O modelo das novas agências proposto pela CPSML apresenta características substancialmente diversas das atuais franqueadas e foi aprovado pelo Ministério das Comunicações, por meio da Instrução Normativa nº 001/98 – com a configuração da Rede de Unidades de Atendimento da ECT –, para atuar de forma segmentada, voltadas para clientes de varejo ou atacado (TCU 013.889/1994-0, Decisão 271/2001, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, j. 09-05-01). No âmbito desse processo, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.491/99, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Correios, do seu órgão regulador e dá outras providências, cuja retirada foi solicitada pelo Governo Federal em 22/10/2003.

Sob o ponto de vista da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o sistema de franquias postais gerou prejuízos, tendo restado oportuna a Decisão nº 463/2002 do TCU¹⁰¹ que vislumbrou mais adequada a expansão da rede de atendimento da ECT por meio de permissão. Via de consequência, começaram a ser implantadas as agências Correios Conveniência,¹⁰² operadas por pessoas jurídicas, sob o regime de permissão, precedida de licitação, regida pela Lei nº 8.987/95 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93, pelo prazo de dez anos, prorrogável por mais dez. O trabalho do permissionário se limita ao atendimento e à preparação para a expedição. Todas as etapas seguintes – triagem, transporte e entrega – são de responsabilidade da ECT. Tais agências oferecem serviços tradicionais, como envio de cartas, aerogramas e Sedex, produtos de conveniência (envelopes, selos e artigos filatéticos) e serviços financeiros-postais (Cheque Correios e recebimento de contas).

Em relação aos contratos já celebrados pela ECT com as Agências de Correio Franqueadas-ACF, seus prazos foram sendo sucessivamente prorrogados para evitar o término das contratações realizadas pela ECT sem licitação. Assim é que a Lei n.10.577, de 27-11-2002, publicada em 28-11-2002, estabeleceu, em seu art.1º, a permanência de validade de tais contratos por cinco anos contados a partir da publicação do mencionado diploma legal, que prorrogou o prazo anteriormente fixado no primitivo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.074, de 07-07-95, renumerado para parágrafo primeiro pela Lei 10.684/2003.

¹⁰¹ Acompanhamento. ECT. Permissões de Agências de Correios Comerciais Tipo I. Estágio 1. Aprovação. Estágio 2. Aprovação com ressalvas. Autorizada a utilização da metodologia de exame por amostragem no acompanhamento dos demais estágios. Determinação. Ciência ao Ministério das Comunicações e à ECT. Arquivamento.

¹⁰² A Correios Conveniência são compactas, ocupando pequenos espaços da loja que o empresário já possui ou de um hall interno de uma edificação, como um shopping center, por exemplo.

Próximo ao término do prazo de cinco anos, foi editada a Medida Provisória n.º 403, de 26 de novembro de 2007, que conferiu contornos jurídicos às novas franquias postais, mas mais uma vez garantiu a sobrevivência às contratações anteriormente firmadas. A MP estabeleceu que até que entrassem em vigor os (novos) contratos de franquia postal, celebrados de acordo com suas novas previsões, continuariam com eficácia os firmados com as Agências de Correios Franqueadas que estivessem em vigor em 27 de novembro de 2007 (art. 7º, *caput*). Conferiu-se um prazo máximo de dezoito meses, a contar de 28 de novembro de 2007, para que fossem concluídas todas as contratações anteriores firmadas com as franqueadas (art. 7º, parágrafo único). Esta medida provisória foi convertida na Lei n.º 11.668, de 02 de maio de 2008, que alterou o prazo de dezoito meses anteriormente previsto para vinte e quatro meses, contado a partir da data da publicação da regulamentação da lei pelo Poder Executivo (art. 7º, parágrafo único; neste sentido, o art. 10 revogou o §1º da lei n.º 9.074/95).

A prorrogação dos contratos de franquia postal fez com que o Procurador-Geral da República, em 06 de outubro de 2008, ajuizasse perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.155-0/DF, com pedido liminar, invocando que os preceitos atacados violariam o disposto no artigo 175 da Constituição do Brasil a violação do artigo 175 da Constituição Federal pelos preceitos atacados.

No dia 04 de dezembro de 2008, o ministro Eros Grau, em despacho, decidiu que em face da relevância do caso, a decisão do STF deveria ser tomada em caráter definitivo e não em cautelar. Ainda hoje não há decisão final da Corte.

Em 05/06/2009 a União protocolou junto ao STF a Suspensão de Tutela Antecipada – STA 335. Originariamente, a União havia ingressado com pedido de suspensão de tutela antecipada perante o Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de sustar os efeitos do acórdão prolatado pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2008.01.00.000838-9, determinou que a Empresa Brasileira de Correios – ECT promovesse, no prazo de cento e oitenta dias, a substituição de todos os contratos de franquia celebrados, sem prévia licitação, para a prestação, por particulares, de serviços postais.

Encaminhado ao STF devido à natureza constitucional da controvérsia, a E. Corte decidiu que a fixação de prazo para a completa substituição dos contratos hoje existentes e constantes da Lei 11.668/08, revela-se razoável, tendo em vista a complexidade inerente à realização do procedimento licitatório e extinção de ajustes que vigoram há muitos anos, ponderando ser a solução mais consentânea com os princípios da segurança jurídica e da continuidade do serviço público.

Dessa forma, o ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática deferiu o pedido para suspender os efeitos do acórdão prolatado pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, recomendando ao Ministério das Comunicações e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a imperiosa necessidade da observância dos prazos estipulados na Lei n.º 11.668/2008, sob pena de perpetuação de um quadro de patente inconstitucionalidade. (STA 335 / DF , rel. Min. GILMAR MENDES, j. 12/06/2009, DJe 23/06/2009).

O ministro fundamentou sua decisão nas seguintes razões: (i) a razoabilidade do prazo atualmente existente, em razão da complexidade inerente à realização do procedimento licitatório e à extinção de ajustes que vigoram há quase vinte anos; (ii) a falta de demonstração pelo juiz prolator da decisão impugnada de que o prazo de cento e oitenta dias atenderia melhor ao interesse público ou às exigências constitucionais, do que o prazo definido em lei; (iii) a comprovação pela ECT de que parte considerável dos serviços postais é hoje desempenhada pelas agências franqueadas (cerca de 25% nas áreas de maior concentração populacional) e que o procedimento licitatório ainda não

havia sido concluído; e (iv) o prazo estipulado pela decisão judicial colocava em risco a adequada prestação dos serviços. O ministro ressaltou, no entanto, a necessidade de o Ministério das Comunicações e da ECT observarem os prazos estipulados na lei n.º 11.668/08, “...sob pena de perpetuação de um quadro de patente inconstitucionalidade”.

Mais uma vez o quadro de inconstitucionalidade se perpetuou com a edição da Medida Provisória n.º 509, de 13 de outubro de 2010, que novamente alterou a redação do art. 7º, parágrafo único da Lei n.º 11.668/08, ao prever que a ECT deveria concluir as contratações das ACF até 11 de junho de 2011. Com a prorrogação do prazo final previsto para as atividades das franqueadas, mais uma vez garantiu-se sobrevida aos antigos contratos de franquia outorgados sem licitação. A razão de ser dessa nova prorrogação parece novamente ser evitar um apagão postal. Por sua vez, na conversão dessa Medida Provisória na Lei n.º 12.400, de 07 de abril de 2011, referido prazo foi estendido para 30 de setembro de 2012.

Os novos contratos de franquia (*Correios Conveniência*) serão disciplinados pela Lei n.º 11.668/08 (alterada pela Lei 12.400/11), que indicou que sua regência complementar se processa pela aplicação das Leis 10.406/2002 (Código Civil), 8.955/94 (regula a franquia empresarial) e 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), regulamentada pelo Decreto n.º 6.639, de 07 de novembro de 2008, alterado pelo Decreto n.º 6.805, de 25 de março de 2009/08, com um modelo diferente do que atualmente está sendo operado. Além de as outorgas serem feitas mediante procedimento licitatório, terão prazo de vigência de dez anos (havendo possibilidade de uma prorrogação) e objeto limitado ao desempenho de “*atividades auxiliares relativas ao serviço postal*” (art. 1º, §1º da Lei) que, nos termos do art. 2º, §1º do Decreto “consistem na venda de produtos e serviços disponibilizados pela ECT, incluindo a produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas, que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais.” (Redação dada pelo Decreto nº 6.805, de 2009).

O Serviço Financeiro Postal Especial, denominado Banco Postal é mais um serviço dos Correios, instituído pela Portaria nº 588/2000 do Ministério das Comunicações. Caracteriza-se pela utilização da rede de atendimento dos Correios para a prestação dos serviços bancários básicos, em todo o território nacional, objetivando prover esses serviços para a população, em particular a de baixa renda.¹⁰³

1.1.2.3. Arrendamento de áreas e instalações portuárias

A Lei nº 8.630/93, alterada pelas Leis nº 9.309/96, 11.314, de 03-07-2006 e 11.518/2007, no seu art. 4º, *caput*, assegurou o exercício das atividades portuárias, o qual está a depender de contrato de arrendamento (inciso I) ou de autorização (inciso II).¹⁰⁴ Pela redação do dispositivo, haverá contrato de arrendamento quando as

¹⁰³ A Resolução nº 3954, de 24/02/2011 / BACEN - Banco Central do Brasil (D.O.U. 25/02/2011), alterada pela Resolução 3959, datada de 31/03/2011, estabelece normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País.

¹⁰⁴ Art. 4º. Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: I. de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado; II. de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio

instalações portuárias localizarem-se dentro dos limites da área do porto organizado.

Importantes modificações foram introduzidas no regime de arrendamento disciplinado pela legislação anterior, quando podiam configurar-se tanto como de simples locação como de concessões remuneradas de uso.¹⁰⁵

Alice González Borges, em parecer dado à Codeba Companhia das Docas do Estado da Bahia, afirma não se tratar mais

apenas, do arrendamento de espaços físicos nas áreas portuárias, ainda que com a obrigação de efetuarem-se investimentos, ‘para completar, expandir ou aparelhar as instalações’, que figurava no Decreto-lei nº 5/66, mas, basicamente, para que os arrendatários operassem com suas próprias mercadorias ou produtos.

Já agora, esses arrendatários poderão ser, também, operadores portuários; poderão ter alfandegadas as áreas em que atuam, com todas as consequências legais que daí decorrem; poderão operar com mercadorias próprias ou de terceiros; poderão cobrar dos usuários dos serviços portuários as tarifas devidas pelos serviços efetuados, as quais serão fixadas pelo Conselho de Autoridade Portuária, onde também poderão, como operadores portuários, fazer-se representar.¹⁰⁶

Carlos Augusto da Silveira Lobo apresenta uma visão geral dos contratos referentes aos terminais portuários disciplinados na Lei nº 8.630/93, estabelecendo uma análise distintiva entre os contratos de arrendamento e os contratos de adesão. Salienta que “*os contratos de arrendamento de uso público pouco tem a ver com o contrato de arrendamento de terminal de uso privativo, além da circunstância de serem ambos os terminais localizados em Área do Porto Organizado*”, pois, enquanto aqueles, por configurarem uma delegação de serviço público, são “*muito mais uma subconcessão de serviço público do que um arrendamento*”, figurando o seu titular “*apenas secundariamente como um arrendatário de imóvel localizado em Área do Porto Organizado*” estes últimos constituem-se em verdadeiros contratos de arrendamento pois, nesse caso, não há delegação ou subdelegação de sistema público, mas apenas mera locação de um imóvel do qual a concessionária do porto organizado tem o domínio útil para que ali se implante um terminal privativo.

Os contratos de adesão referidos no § 1º do art. 6º da Lei 8.630/93, são cabíveis “*nos casos em que o terminal se localizar em imóvel não pertencente à concessionária do porto*”, esteja esse imóvel situado dentro ou fora da Área do Porto Organizado.¹⁰⁷

Carla Adriana C. Gibertone, no intento de caracterizar e distinguir instalações portuárias de uso privativo das arrendadas, salienta que: a) as instalações portuárias arrendadas só podem localizar-se dentro de um Porto Organizado, sob jurisdição de uma autoridade portuária, situação essa não extensiva às de uso privativo que também podem

útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado((Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007).

¹⁰⁵ V. Decreto-lei nº 9.760/1946 e Decreto-lei nº 05/1966.

¹⁰⁶ Contratos de arrendamento. Áreas e instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência da nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 345, out./dez. 1997.

¹⁰⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 29-33, abr./jun. 2000.

se localizar fora da área do porto organizado, ficando sujeitas à fiscalização de todas as demais autoridades (aduaneyras, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima); b) a autorização para o funcionamento das de uso privativo (seja dentro ou fora dos portos organizados) é sempre feita pela União, por ato unilateral (art. 6º), como poder concedente; já os contratos de arrendamento são firmados pela Autoridade Portuária como delegatária, ou pela União, não como poder concedente, mas no caso de exploração direta, sempre através de licitação (art. 4º); c) os contratos para movimentação de cargas de terceiros nas de uso privativo são explicitamente regidos pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público (art. 6º, § 2º); enquanto que, para aquela realizada nas arrendadas, mesmo não havendo menção explícita, pode haver normas definidas pelo CAP (Conselho de Autoridade Portuária) e pela AP (Autoridade Portuária)". E, mais adiante, conclui que "as instalações portuárias de uso privado têm, em relação às instalações arrendadas, menos regulamentação; menos fiscalização ou, ao menos mais distante; menos ônus"¹⁰⁸.

O arrendatário é o titular da exploração de uma dada instalação portuária (um terminal) nos portos organizados por um dado período de tempo (pelo art. 4º, inc. XI da Lei de Modernização dos Portos, um prazo máximo de cinquenta anos, já incluída a prorrogação). Durante esse período ele a mantém, gere e explora, com base em contrato oneroso celebrado com a União, no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, cujas licitações serão realizadas por iniciativa da Administração Portuária ou a requerimento do interessado¹⁰⁹.

Em seu art. 4º, a Lei assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo (caput) de contrato de arrendamento, quando dentro do porto organizado(inciso I) . O mesmo dispositivo, em seu § 3º, determina, ainda, que a exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado. ou à área da Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte [\(Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007\)](#).

O art. 34 da Lei nº 8.630/1993 faculta o arrendamento, pela Administração do Porto, de terrenos e instalações portuárias localizadas dentro da área do porto, *para utilização não afeta às operações portuárias*, consistindo esta em modalidade de arrendamento que não a descrita pelo art. 4º, inciso I, da LMP, voltada, especificamente, à exploração da infraestrutura. A previsão presente no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 6.620/2008 esclarece a diferenciação entre os dois arrendamentos, pois estabelece que os arrendatários de instalações portuárias poderão executar a movimentação e a guarda de mercadorias diretamente, ou mediante a interposição de operadores portuários pré-qualificados.

Diferente da concessão do porto organizado, onde a exploração é do todo enquanto unidade organizada (área do porto organizado), no arrendamento, a exploração é de instalação portuária, configurando-se como exploração de parte do objeto da concessão.

O contrato de arrendamento contem dezoito cláusulas consideradas essenciais, especificadas no § 4º do art. 4º, dentre as quais se destacam as referentes às condições de exploração do serviço, incluindo a qualidade dos serviços prestados, os direitos e deveres dos usuários, a obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, a reversão de bens aplicados no serviço, forma de

¹⁰⁸ A lei de modernização dos portos. Disponível em: <www.infojus.com.br/area5/carlaadriana.htm>. Acesso em: 11 mar. 2000, p. 6-7.

¹⁰⁹ Art. 5º da Lei nº 8.630/1993 e art. 25º, § 2º, do Decreto nº 6.620/2008.

fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços, a adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas.

À semelhança do que ocorre nas concessões, o § 6º do mesmo art. 4º prevê que a reversão dos investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária em terreno da União localizado na área do porto organizado será efetuada “*observado o disposto na lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos*”(o anteprojeto da Lei nº 8.987/95 ainda estava em tramitação no Congresso).¹¹⁰

As áreas a serem arrendadas devem, em primeiro lugar, estar individualizadas no Plano Geral de Desenvolvimento de Zoneamento do Porto, cuja elaboração é de competência da Administração do Porto, necessitando serem aprovadas pelo respectivo CAP (Conselho de Autoridade Portuária). Após a aprovação, pelo CAP, do programa de arrendamento, este deverá ser submetido à apreciação da ANTAQ, para que integre o Plano Geral de Outorgas.¹¹¹

O Decreto nº 4.391/2002 regulamentou a matéria de forma específica, dispondo

¹¹⁰ “Art. °.....
§ 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo:
I – ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo;
II – ao modo, forma e condições de exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e metas e prazos para o seu aperfeiçoamento;
III – aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade e do serviço;
IV – ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário;
V – à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro;
VI – aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;
VII – à reversão de bens aplicados ao serviço;
VIII – aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;
IX – à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços;
X – às garantias para adequada execução do contrato;
XI – ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos.
XII – à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços;
XIII – às hipóteses de extinção do contrato;
XIV – à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;
XV – à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;
XVI – ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias;
XVII – às penalidades contratuais e sua forma de aplicação;
XVIII – ao foro.
§ 5º O disposto no inciso VI do parágrafo anterior somente se aplica aos contratos para exploração de instalação portuária de uso público.
§ 6º Os investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária localizada em terreno da União localizado na área do porto organizado reverterão à União, observado o disposto na lei .
que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos”.

¹¹¹ Art. 25 do Decreto nº 6.620/2008.

sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias, e criando o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, que deve ser analisado conjuntamente à norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros da ANTAQ.¹¹² Entretanto, o Decreto nº 6.620/2008, em seu art. 52, excluiu os portos marítimos da aplicação do Decreto nº 4.391/2002, passando este último, dessa forma, a regulamentar tão somente os portos fluviais e lacustres.

Divergências existem a respeito da natureza jurídica do contrato de arrendamento previsto pela Lei nº 8.630/1993, sendo possível, segundo apontado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite, apontar três correntes a respeito do tema.¹¹³

A primeira, denominada privatista, dentro da qual se encontra Tércio Sampaio Ferraz Junior, propugna que a natureza do arrendamento da LMP é a mesma do arrendamento clássico do Direito Civil, ou seja, é de contrato de Direito Privado, aplicando-se o art. 679 do Código Civil e, conseqüentemente, o Decreto-lei nº 9.760/1946.

Na segunda corrente, há quem sustente tratar-se de um misto de concessão de bem público¹¹⁴ ou obra pública e de serviço público. Nesse sentido, Alice Maria Gonzalez Borges entende que o arrendamento de instalações portuárias de uso público conjuga em sua estrutura: a concessão de uso de bem público imóvel, a concessão de serviço público e a concessão de obra pública.¹¹⁵

E ainda há a terceira posição, que afirma tratar-se de subconcessão ou concessão de serviço público. Esta posição foi adotada pelo Decreto nº 4.391/2002.¹¹⁶ De acordo com Carlos Augusto da Silveira Lobo, os arrendamentos de terminal de uso público enquadram-se na figura da subconcessão prevista pelo art. 26 da Lei nº 8.987/1995, por se estar diante de delegação de serviço público.¹¹⁷

Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite:

O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços da concessão de uso de bem que está na sua origem. Nisso, vai a

¹¹² Alterada pela Resolução nº 126-ANTAQ, de 13 de outubro de 2003, pela Resolução nº 138-ANTAQ, de 30 de junho de 2004, pela Resolução 265-ANTAQ, de 05 de junho de 2004, e pela Resolução nº 935-ANTAQ, de 04 de dezembro de 2007. (Disponíveis em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 31 mar. 2009).

¹¹³ Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 269-295, jan./mar. 2003.

¹¹⁴ O arrendamento está definido no art. 2º, inciso V, do Decreto nº 6.620/2008, como cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado.

¹¹⁵ Parecer: Instalações portuárias – Contrato de arrendamento. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 210, p. 346.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 277. Dispõe o art. 9º do Decreto nº 4.391/02: “O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

Parágrafo único. O regime jurídico do contrato de que trata o *caput* deste artigo confere à autoridade portuária, em relação a ele, a prerrogativa de alterá-lo, e bem assim de modificar a prestação dos serviços, para melhor adequá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular”.

¹¹⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 220, p. 29-30.

consideração das pesadas exigências relativas ao desempenho do serviço com quantidades, padrões e metas mínimos. Fosse o arrendamento uma mera concessão de bem público ou ainda um contrato regido pelo direito civil, a exploração dos serviços pelo particular e a percepção dos frutos decorrentes desse serviço não seriam obrigação, mas sim mera faculdade oferecida ao arrendatário. Caberia a ele escolher como melhor aproveitar-se da exploração do bem que lhe fora concedido quanto às operações portuárias. (grifo nosso).¹¹⁸

Cristiana Maria Melhado Araújo Lima anota que a natureza jurídica do arrendamento é semelhante à da subconcessão, alertando, porém, que “essa “subconcessão”, contudo, somente diz respeito à gestão da infraestrutura, armazenagem e movimentação de mercadorias, parcelas integrantes da atividade consistente na Administração Portuária, estando, ainda, as arrendatárias submetidas à Autoridade Portuária arrendante, sendo esta a autoridade competente não somente para realizar a licitação e celebrar o respectivo contrato de arrendamento, como também para gerenciar e fiscalizar sua fiel execução.”¹¹⁹

Para nós, o exame das disposições constantes da legislação portuária demonstra que o arrendamento ali disciplinado – perquirindo-se a sua verdadeira essência, independentemente da nomenclatura que se lhe venha a atribuir – corresponde a uma forma contratual administrativa, mista, híbrida, que conjuga, em sua estrutura, a um só tempo, as naturezas jurídicas de concessão remunerada de uso de bem público; de concessão do serviço público, pertinente às operações portuárias; de concessão de obra pública (esta última denominada pela Lei nº 8.987/95, de concessão de serviço precedida da construção de obra pública)¹²⁰ e, em parte de delegação de exercício de poder de polícia.

De qualquer forma, como destacam Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite, o regime aplicável aos contratos de arrendamento previstos na Lei nº 8.630/93,

será, necessariamente o regime de direito público, seja pelo fato de que a exploração dos portos constitui serviço público, seja porque as instalações portuárias têm natureza de bens públicos de uso especial, seja ainda porque existe interesse público envolvido. Ainda que persista a controvérsia quanto à verdadeira natureza do contrato – concessão de serviço público ou concessão de uso de bem público – não poderá haver dúvida quanto ao regime que lhe é aplicável: trata-se, indiscutivelmente, de regime de direito público. E as contratações em causa, por uma ou outra opção (concessão de serviço ou de uso de bem), sempre serão contratos

¹¹⁸ Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 231, p. 279.

¹¹⁹ Regime jurídico dos portos marítimos. 2011. VEDBATIM: São Paulo, p. 109.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 136-137; BORGES, Alice González, Contratos de arrendamento. Áreas e instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência da nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação, p. 346 e 349.

administrativos.¹²¹

1.1.2.4. Cooperativas Prestadoras de Serviços Públicos

Multiplicam-se, tanto no setor público quanto no privado, as contratações de cooperativas de serviços.

Renato Lopes Becho define cooperativa como sendo a “*sociedade de pessoas, de cunho econômico, sem fins lucrativos, criada para prestar serviços aos sócios, de acordo com princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintivos intactos*”¹²².

A Constituição Federal de 1988 buscou fortalecer as cooperativas, vedando a interferência estatal para sua criação e funcionamento (art. 5º, XVIII), além de traçar diretriz ao legislador ordinário visando incentivar o cooperativismo (arts. 174, § 2º, 187, VI e 192, VIII) e determinar que seja dado adequado tratamento tributário ao ato cooperativo (art. 146, III, “c”).

No âmbito do direito privado, as cooperativas são regidas, sobretudo, pela Lei nº 5.764, de 16-12-71, alterada pelas Leis nº se 6.981, de 30-03-82 e 11.076, de 30/12/2004, pela Lei Complementar 130/2009 e pela Medida Provisória nº 2.168-40, de 24-08-01, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, parcialmente recepcionada pelo Texto Constitucional de 1988¹²³.

O legislador ordinário não arrolou as espécies possíveis de cooperativas, estatuidando, de maneira genérica, no artigo 3º, que as mesmas têm por objeto o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro, dispondo o artigo 5º que “*as sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade*”.

O artigo 4º do referido diploma legal fixa o conceito legal e elenca os requisitos indispensáveis a serem preenchidos para a válida constituição das sociedades cooperativas, consagrando os princípios do cooperativismo assentados internacionalmente¹²⁴.

¹²¹ Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *RDA*, Rio, n. 231, p. 283, jan./mar. 2003.

¹²² A participação de cooperativa nas licitações da Administração Pública. *RDA*, Rio, n. 224, p. 66.

¹²³ Marçal Justen Filho destaca que “o regime jurídico próprio da cooperativa aplica-se apenas e exclusivamente no relacionamento entre a cooperativa e seus associados”. Assim, o art. 6º da Lei 5.764/71 (diploma que regula o instituto da cooperativa) arrola três espécies de cooperativas. São classificadas como singulares, cooperativas centrais ou federações de cooperativas e confederações de cooperativas. As cooperativas singulares se caracterizam “pela prestação direta de serviços aos associados” (art. 7º), enquanto as outras duas espécies se identificam como associações de cooperativas. Bem por isso, o art. 79 determina que o ato cooperativo é aquele praticado entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si”. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 397).

¹²⁴ Reza o art. 4º da Lei nº 5.764/71: “As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito,

As características que distinguem as cooperativas das demais sociedades são as seguintes: a) adesão voluntária; b) número ilimitado de associados (exceção feita às cooperativas habitacionais); c) capital social variável, representado por quotas-partes; d) limitação do número de quotas-partes para cada associado; e) proibição de cessão de quotas-partes a terceiros estranhos à sociedade; f) singularidade de voto, cabendo a cada associado, independentemente do número de sua quota-parte, um único voto; g) quorum para funcionamento e deliberação da Assembléia Geral, baseado no número de associados e não no capital; h) retorno das sobras líquidas do exercício, na proporção das operações realizadas pelo associado; i) indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica, educacional e social; j) neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; k) prestação de assistência aos associados e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa.

Das características especificadas, a que melhor distingue a cooperativa das demais sociedades é a reciprocidade das prestações entre a cooperativa e o cooperado. Quanto aos associados, a cooperativa tem caráter profundamente antiespeculativo. O cooperado é, a um só tempo, usuário e cliente da cooperativa. Este é o chamado princípio da “*dupla qualidade*”.¹²⁵

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 11-01-2002) no Subtítulo II, Capítulo VII, arts. 1093 a 1.096, cuida da matéria relativa à sociedade cooperativa. O artigo 1094 elenca as características que regem a sociedade cooperativa :

I - variabilidade, ou dispensa do capital social; II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; V - quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Referido dispositivo reproduz quase todas as características constantes da Lei nº 5.764/71, mostrando-se, porém, em dissonância com tal diploma legal no que tange à dispensa do capital social (inc. I), devendo, nesse caso, prevalecer a lei especial, nos termos do art. 1.093 do Código Civil. O artigo 1.095 cuida da responsabilidade dos

optar pelo critério da proporcionalidade; VI - *quorum* para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; VIII - indivisibilidade dos Fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços”.

¹²⁵ ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. *Sociedades cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para constituição e funcionamento*. 2. ed. atual e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 24.

sócios, que pode ser limitada ou ilimitada. O art. 1096 determina que nas omissões da lei sejam aplicadas as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1094, “*o que parece não ter maiores implicações, dados os poderes concedidos ao Conselho Nacional de Cooperativismo, pela Lei nº 5.764, de 1971, no seu artigo 97, de regular, complementar e interpretar a legislação cooperativista, fato que não permitirá, ao menos em tese, a existência de lacunas e omissões na lei cooperativista*”.¹²⁶

Quanto à sua finalidade, admitem-se cooperativas de produção, de consumo, de crédito e de trabalho, dentre outras. As primeiras agrupam trabalhadores que se associam para produzir bens ou serviços para uso mútuo ou visando ao mercado. As segundas congregam consumidores de qualquer gênero, de forma a obter melhores preços, condições e qualidade de bens e serviços, comprando por atacado ou diretamente do produtor, para uso próprio ou revenda. As terceiras são instituições financeiras especializadas em conceder crédito e serviços a seus associados, carecendo de regulamentação de lei complementar (art. 192, *caput*, CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29-05-2003) para poderem atuar como tal. As cooperativas de trabalho têm por objetivo melhorar a situação econômica de seus cooperados, que deixam de ser assalariados e passam a ser autônomos, reunindo seus bens e instrumentos necessários à prestação dos serviços de sua especialidade. Nestas últimas destacam-se as cooperativas de mão-de-obra e as cooperativas de serviços.

As de mão-de-obra, quando legítimas, “*têm por escopo conseguir trabalho para seus cooperados e, em condições mais vantajosas do que normalmente os mesmos conseguiriam se contratassem por conta própria, com as empresas tomadoras de serviços*”, só podendo prestar serviços de forma autônoma e eventual, bem como apenas “*realizar serviços especializados referentes à atividade-meio da empresa tomadora*”, jamais os relacionados com “*a atividade-fim, ou seja, da atividade essencial da empresa*”.¹²⁷ A não observância desses quesitos, implica na transformação da cooperativa em mera intermediária de mão-de-obra, pois, por não gerar relações de emprego, nem consigo mesma, nem com o tomador de serviços, pode ser utilizada para burlar a legislação trabalhista, na medida em que for usada para descaracterizar tais relações.

A propósito, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em sua 90ª reunião, realizada em Genebra, em 20-06-2002, adotou a Recomendação nº 193, de 22/06/2002 que, no item 8, 1, b, assinala que as políticas nacionais devem “*assegurar que não se instituem cooperativas, ou sejam usadas, como artifícios para escapar a obrigações trabalhistas ou para mascarar relações de emprego, e combater falsas cooperativas que violam direitos trabalhistas, garantindo a aplicação da legislação trabalhista em todas as empresas*”. Referida Recomendação, a ser aplicada a todos os tipos e formas de cooperativas, reconheceu “*a importância das cooperativas na criação de empregos, mobilização de recursos, geração de investimentos, e de sua contribuição para a economia*”, promovendo “*a mais plena participação no desenvolvimento econômico e social de todos os povos*”.

As de serviços são as cooperativas de trabalho propriamente ditas. Nelas não há o trabalho subordinado, uma vez que todos os associados dirigem o empreendimento,

¹²⁶ BULGARELLI, Waldírio. *As sociedades cooperativistas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹²⁷ ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. *Sociedades cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para constituição e funcionamento*, p. 38.

podendo ter por objeto a prestação de serviços para os próprios associados ou para terceiros. “Os cooperados detêm a posse dos instrumentos da produção e a total disponibilidade do produto do seu trabalho. São espécies dessas cooperativas, dentre outras, a agrícola, a de pesca, a de habitação”.¹²⁸

A Lei nº 9.867, de 10-11-99, previu a instituição das cooperativas sociais, com a “finalidade de inserir as pessoas em desvantagem¹²⁹ no mercado econômico, por meio do trabalho”, com fundamento “no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos” (art. 1º). Trata-se de relevante atividade social, tendo em conta que caberá a tais entidades diminuir as dificuldades gerais e individuais dessa categoria de pessoas, bem como desenvolver e executar programas especiais de treinamento para aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social (§ 2º, art. 3º). Cabe ao Estado associar-se a essas entidades, fortalecendo o regime de parceria através de incentivos e subvenções e aperfeiçoando os sistemas de controle do uso de eventuais recursos públicos.¹³⁰

Começa também a ser instituída a figura da cooperativa com o fim específico de prestar serviço público.

Ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, no direito brasileiro, se as cooperativas forem instituídas para prestar serviço público comercial ou industrial, que permite o autofinanciamento de tarifas pagas pelo usuário, elas estarão sujeitas à Lei nº 8.987, que disciplina as concessões e permissões de serviços públicos, devendo participar inclusive dos procedimentos licitatórios, em face do que determina o art. 175 da Constituição Federal. Mas, se forem formadas para prestar outro tipo de serviço público, não-comercial ou industrial, e, portanto, sem possibilidade de autofinanciamento, elas terão que ser remuneradas pelo ente titular do serviço, configurando, na realidade terceirização do serviço público, mediante contrato de empreitada, em que há apenas a transferência da execução material de determinadas atividades, mas não a transferência da gestão.

Destaca ainda que “é possível a celebração de convênios com cooperativas, desde que elas tenham competências próprias em matéria de serviços não-privativos do Estado(...), hipótese em que as partes conjugarão esforços, recursos ou conhecimentos para a consecução de fins de interesse comum”.¹³¹

Foi o caso das cooperativas instituídas em São Paulo (Cooperativa dos Profissionais da Saúde), especificamente para prestar serviço público dentro do PAS – Plano de Assistência à Saúde. A Lei Municipal nº 11.866, de 13-09-95, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 35.664, de 16-11-95, autorizou o Município a celebrar convênio com as mesmas para prestação de serviços na área da saúde pública, tendo sido revogada pela Lei Municipal nº 13.271, de 04-01-02, alterada pela Leis 13.861/04, 14.669/08 e 14.876/09, que dispõe sobre a descentralização das ações e serviços de

¹²⁸ ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. *Sociedades cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para constituição e funcionamento*, p. 49.

¹²⁹ A lei, em seu art. 3º, considera como pessoas em desvantagem: “I. os deficientes físicos e sensoriais; II. os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; III. os dependentes químicos; IV. os egressos de prisões; V. (vetado); VI. os condenados a penas alternativas à detenção; VII. os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo”.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 24.ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 333.

¹³¹ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 7.ed., p. 290-291.

saúde no Município de São Paulo, com a criação de entidades autárquicas hospitalares de regime especial, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 41.709, de 21-02-02, em função de graves irregularidades verificadas no sistema.

A Lei Municipal nº 13.478, de 30-12-2002, que dispõe sobre a organização do sistema de limpeza urbana do Município de São Paulo e que foi alterada pelas Leis nºs 13.522, de 19-02-2003, 13.699, de 24-12-2003, 13.782, de 11-02-2004 e 14.125, de 29-12-2005, 14.256/2006, 14.752/2008, 14.803/2008 e 15.244/2010 e regulamentada pelo Decreto nº 42.992, de 20-03-2003, alterado pelo Decreto nº 43.214, de 19-05-2003, em seu art. 67, prevê que a “*Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB outorgará permissão às cooperativas de trabalho integradas por catadores de resíduos sólidos recicláveis, para a prestação de serviços de limpeza urbana de coleta seletiva de lixo e de triagem de material coletado, em regime público*”, não sendo tal permissão considerada violação à eventual exclusividade do concessionário em uma dada área ou atividade. Ainda referido diploma legal autoriza a Prefeitura ou a AMLURB a “*celebrar convênios com as cooperativas interessadas em prestar os serviços de limpeza pública disciplinados nesta Seção, para repasse de recursos financeiros, materiais ou humanos, com vistas a incentivar sua execução*”, estando convencionada a eficácia do convênio à obtenção da permissão correspondente para a prestação dos serviços (art. 70).¹³² O Decreto Municipal nº 42.290, de 15-08-2002, instituiu o Programa Socioambiental Cooperativa de Catadores de Material Reciclável¹³³ e foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 48.799, de 09-10-2007, que confere nova normatização ao programa socioambiental cooperativa de catadores de material reciclável, altera a sua denominação para programa sócio-ambiental de coleta seletiva de resíduos recicláveis. Em seu art. 1º determina que “o Programa Socioambiental Cooperativa de Catadores de Material Reciclável, instituído, no âmbito do Município de São Paulo, pelo Decreto nº 42.290, de 15 de agosto de 2002, passa a denominar-se Programa Socioambiental de Coleta Seletiva de Resíduos Recicláveis, regendo-se pelas disposições nele contidas.

No que tange à organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na cidade de São Paulo, a Lei paulistana nº 13.241, de 12-12-2001, prevê, em seu art. 44, a participação de “*peças físicas, operadores individuais, proprietários ou beneficiários únicos de arrendamento mercantil de veículos de transporte coletivo de passageiros, organizadas ou não em cooperativas*” no processo licitatório de seleção para operação no subsistema local. O Decreto nº 42.736, de 19-12-2002, alterado pelo Decreto 47.139/2006, que regulamenta referido dispositivo, estabelece que “*para a prestação do serviço nos lotes do subsistema local, por pessoas*

¹³² Nesse sentido, pode-se também citar, dentre outras, a experiência de cooperativas de reciclagem de material de coleta seletiva em Santo André (SP) e em Maringá (PR).

¹³³ Um exemplo de contratação no qual busca-se o enquadramento jurídico típico das concessões embora a remuneração do contratado não seja feita diretamente pelos usuários, envolve os serviços de limpeza urbana. Com a intenção de buscar contratações mais duradouras, que venham a propiciar mais tempo para a amortização de investimentos, tem-se discutido a possibilidade de se delegar o serviço de limpeza urbana a particulares por intermédio de contratos de concessão, sem que, todavia, a remuneração do concessionário viesse a se feita diretamente pelos usuários do serviço. A remuneração (pretensamente caracterizada como tarifa), seria suportada pela Administração contratante, simbolicamente denominada de usuária de tal serviço. A Lei nº 13.478/2002, do Município de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a execução dos serviços públicos mediante concessão ou permissão. Como instrumento de viabilização da outorga do serviço a particulares, mediante concessão, a Prefeitura também é arrolada como usuária do Sistema de Limpeza Urbana, na condição de representante da coletividade ou de parte dela (art. 8º, III), (CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 57- 58).

físicas, os permissionários deverão organizar-se em cooperativa ou em qualquer outra forma associativa” (art. 13).

Divergências existem sobre a possibilidade de cooperativas participarem dos certames patrocinados pela Administração Pública.

Entendem alguns que a participação das cooperativas no certame licitatório fere o princípio da isonomia por poderem oferecer ao Poder Público, serviços a preços menores do que os oferecidos pelas empresas em virtude das benesses legais que gozam (isenção de ônus decorrentes da relação de empregador e empregado, dos tributos sobre as atividades econômicas que realizam com seus cooperados, bem como do imposto de renda, salvo se realizarem operações com terceiros). Apontam a inconstitucionalidade de objetivos, porquanto ela é constituída com o intuito de promover o interesse dos seus associados, ao passo que a contratação com o Poder Público visa, em primeiro lugar, o interesse público. Alegam, ainda, que algumas cooperativas vêm sendo constituídas apenas com o propósito de participar de licitações.

Em sentido oposto, Marçal Justen Filho afirma que

é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do ‘objeto social’ da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de sua inabilitação.¹³⁴

Jessé Torres Pereira Júnior ensina que

a Lei nº 8.666/93 é omissa quanto à participação de cooperativas em licitação. Fosse esse argumento relevante e dever-se-ia vedar a participação de cooperativas em licitações, tese que conhece adeptos. Há de ser recusada, porque não cabe à Administração negar às cooperativas o incentivo que a Constituição da República lhes assegura, encontrando-se, no art. 12, IV, da Lei nº 8.666/93, fundamento genérico para sua admissão aos certames.¹³⁵

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu a segurança, permitindo a participação de cooperativa em concorrência pública, sob fundamento de que

o art. 9º da Lei nº 8.666/93 não faz as restrições pretendidas pela Administração. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 (art. 174, § 2º) estabelece princípio de estímulo ao cooperativismo e outras formas de associativismo, devendo ser prestigiada, desta forma, a licitação que observou o princípio em comento.¹³⁶

¹³⁴ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 398.

¹³⁵ *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161. No mesmo sentido, v. BECHO, Renato Lopes, A participação de cooperativa nas licitações da Administração Pública, *passim*; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A legalidade da participação das cooperativas no processo licitatório. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 387-417, jul./set. 2003.

¹³⁶ TRF 4ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.71.02.000758-2 – RS, 3ª Turma, Rel.

Forçoso, porém, é reconhecer que a Lei nº 8.949/94, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da C.L.T.¹³⁷, em princípio salutar, por objetivar estimular a modalidade de trabalho cooperativo, sem vínculo empregatício, ocasionou, em contrapartida, certos casos de cooperativas fraudulentas, que atuam como intermediadoras de mão-de-obra barata para os empresários, em desrespeito às garantias trabalhistas e aos valores do direito do trabalho.

Assim, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego vêm atuando no sentido de investigar e de coibir, tanto quanto possível, a propagação das cooperativas ditas fraudulentas, especialmente em se tratando de terceirização de atividade-fim do tomador dos serviços. Com esse objetivo, o Juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF homologou o acordo entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, em 05-06-2003, nos autos de ação civil pública movida pelo MPT (Processo 01082-2002-020-10-00-0) contra a União por contratação de empregados por meio de cooperativas fraudulentas, por meio do qual a União se compromete a não mais contratar cooperativas de mão-de-obra para trabalho subordinado, seja na atividade fim ou atividade meio. Independente se a relação de subordinação for em relação ao tomador ou ao fornecedor dos serviços. Em caso de descumprimento do acordo, a União obriga-se ao pagamento de multa correspondente a um mil reais por trabalhador que esteja em desacordo com as condições estabelecidas no termo de conciliação, sendo a mesma revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Pelo acordo, a União também deverá recomendar o estabelecimento das mesmas diretrizes às autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, casos em que se enquadram, por exemplo, a Caixa Econômica e o Banco do Brasil. A decisão é válida em todo o território nacional.¹³⁸

Juíza Marga Inge Barth Tessler, v. u., DJU 21-11-01. Por sua vez o T.C.U. determinou ao Banco Central que se abstenha de incluir, nas licitações que promover, vedação à participação de cooperativas, ressalvados os casos em que o objeto social destas seja incompatível com o objeto do certame respectivo entendendo que, “em tese, é perfeitamente possível admitir o ingresso de tais sociedades de pessoas (as cooperativas) nos certames patrocinados pela Administração Pública (TCU – TC 012.485/2002-9, acórdão 22/2003, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, sessão de 22-01-2003. No mesmo sentido TCU – TC 014.030/2002-8, acórdão 23/2003, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, sessão de 22-01-2003).

¹³⁷ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. (Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994)

¹³⁸ Nos termos do acordo firmado Cooperativa de mão-de-obra: considera-se cooperativa de mão-de-obra aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção e cujos serviços sejam prestados a terceiros de forma individual e não coletiva pelos seus associados.

Serviços que não poderão ser contratados via cooperativa de mão-de-obra: limpeza; conservação; segurança; vigilância e de portaria; recepção; copeiragem; reprografia; telefonia; manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; secretariado e secretariado executivo; auxiliar de escritório; auxiliar administrativo, *office boy* (contínuo); digitação; assessoria de imprensa e de relações públicas; motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; ascensorista; enfermagem, e agentes comunitários de saúde. As atividades elencadas só poderão ser terceirizadas se houver previsão legal para tanto e as partes podem, a qualquer momento, ampliar a lista de serviços cuja contratação por meio de cooperativas de mão-de-obra é proibida.

Observe-se que a liminar obtida pela Associação Brasileira das Cooperativas de Trabalho e Serviços – ABRACOOOP – para suspender o acordo acima referido, foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na decisão do Agravo Interno em Suspensão de Liminar (Processo 2004.02.01.006434-6 – RJ,

Por sua vez, os Tribunais de Contas têm rejeitado contratos celebrados por Municípios com cooperativas, por constituírem fornecimento de mão-de-obra, com burla à regra do concurso público.

O Tribunal de Contas da União, pelo acórdão 1815/03, pronunciou-se nesse mesmo sentido de rejeição de participação de cooperativas onde exista subordinação jurídica entre o obreiro e o contratante ou a cooperativa, bem como a pessoalidade e habitualidade.

1.2 Parceria como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari, “*atividades de fomento são aquelas que induzem o particular a se interessar por desenvolver certos trabalhos de interesse da coletividade*”.¹³⁹

O Estado, de diversas formas, pode fomentar, proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de interesse público e, por sua vez, os particulares, sob diversas formas jurídicas, exercem funções de colaboração com o Poder Público.

Assim, como já examinado, o convênio entre entidades públicas e entidades particulares pode ser utilizado como modalidade de fomento quando o Poder Público opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira desempenhar a atividade, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, incentivos fiscais e creditícios, construção de vias de acesso etc.

Por sua vez, o contrato de gestão é conhecido no direito comparado e foi recentemente introduzido no direito brasileiro. No entanto, a expressão é ambígua, sendo utilizada para indicar pelo menos duas situações visceralmente distintas:

a) contratos previstos para serem firmados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado ou com órgãos da própria Administração direta, que serão examinados no tópico 1.3;

b) contratos previstos para serem firmados com pessoas alheias ao Estado (“organizações sociais”), que serão examinados nesse tópico. Neste caso há um conceito legalmente formulado no art. 5º da Lei nº 9.637, de 15-05-98, que reza:

“*Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º*”.

O contrato de gestão será o instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a entidade qualificada como organização social e a Administração Pública. Por meio dele fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.

relator Juiz Valmir Peçanha, decisão de 23-09-2004, DJU 18-10-2004).

¹³⁹ Credenciamento mediante licitação. *RTDP*, São Paulo, n. 23, p. 98, 1998.

Por sua vez, ainda com o objetivo de disciplinar e ampliar a atividade de fomento ao terceiro setor, foi promulgada a Lei nº 9.790, de 23-03-99, alterada pelo MP nº 2.216-37, de 31-08-02 e pela Lei nº 10.539, de 23-09-02, dispondo sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público e prevendo o termo de parceria como instrumento a ser firmado com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade.

Todas essas entidades apresentam traços comuns: são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; atendidas as exigências legais, recebem uma qualificação jurídica; desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado, porém com a colaboração dele; por essa razão, submetem-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a colaboração da própria sociedade, e ao controle pelo Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público, particularmente no que se refere ao controle.¹⁴⁰

As atividades que exercem não são serviços públicos, mas são atividades de interesse público que o Estado se limita a fomentar. É uma atividade paralela ao Estado, ou seja, é uma atividade paraestatal.¹⁴¹

O denominado terceiro setor tem avançado, devendo também ser feita menção às fundações de apoio, que são entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas nos moldes do Código Civil, exercendo atividades de interesse público, tendo entre seus objetivos o de colaborar e dar apoio a determinadas instituições. Não integram a Administração indireta nem a estrutura das universidades ou faculdades a que prestam apoio; de regra, mantém convênios, ajustes e contratos com as universidades ou faculdades, sem prejuízo de atividades ou serviços que possam prestar a particulares.¹⁴²

Acentua Sérgio de Andréa Ferreira,¹⁴³ que as fundações de apoio vêm se formando de dois modos: por pessoas físicas (professores, pesquisadores universitários, ex-alunos) ou pelas próprias instituições de ensino superior (isoladamente ou em conjunto com pessoas físicas).

Na esfera federal, a Lei 8.958, de 20-12-1994, dispôs sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Nos termos de seu art. 2º essas fundações de apoio podem ser contratadas por aquelas instituições federais e sujeitam-se: à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil (inc. I); à legislação trabalhista (inc. II); ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia (inc. III). Na execução de convênios,

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.436.

¹⁴¹ Ao lado do primeiro setor constituído pelo Estado e do segundo setor constituído pelo Mercado, o denominado terceiro setor tem ocupado cada vez mais espaço. Não há consenso entre os doutrinadores acerca de sua conceituação e não existe, em termos jurídicos, um arcabouço que lhe dê uma uniformidade.

¹⁴² Exemplos de fundações de apoio em São Paulo: Fundação Universitária para o Vestibular – FUVEST; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE; Fundação Instituto de Administração – FIA; Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE.

¹⁴³ *Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991, p. 56.

contratos, acordos, ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma dessa Lei devem observar a legislação federal de licitações e contratos quanto a obras, compras e serviços e se submeter à fiscalização da execução dos contratos pelo Tribunal de Contas da União.¹⁴⁴

São passíveis de registro e credenciamento no Ministério da Educação e da Ciência e Tecnologia as fundações que atendam os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.958, de 20-12-94, e na Portaria Interministerial nº 2.089/97, alterada pela Portaria MEC/MCT nº 671, de 02-07-98. No entanto, é essencial que essas fundações tenham por finalidade dar apoio a projetos de ensino, pesquisa, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico das instituições que apóiam.¹⁴⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que são vários os tipos de entidades que podem ser enquadradas no terceiro setor:

algumas desempenham suas atividades por iniciativa própria, sem substituir atividades executadas por entidades públicas, tal como ocorre com as entidades declaradas de utilidade pública, os serviços sociais autônomos e as organizações da sociedade civil de interesse público; outras, no entanto, substituem total ou parcialmente a atuação de entidades públicas, tal como ocorre com as fundações de apoio, que se instalam dentro de órgãos e entidades públicas (em regra, universidades e hospitais públicos), utilizando seus recursos humanos e materiais para realização de atividades privadas sob regime jurídico privado, privatizando parcialmente o serviço público atribuído ao Poder Público, sem qualquer fundamento legal ou constitucional; outras foram idealizadas pelo próprio governo, com o objetivo de absorver atividades realizadas por entidades públicas, mediante também a utilização de bens públicos móveis e imóveis, bem como servidores públicos, para atuar sob regime de direito privado e controle pelo Estado.¹⁴⁶

Tece críticas severas a algumas formas de parceria, cujo objetivo é puramente fugir aos controles do regime jurídico publicístico, como é o caso de algumas fundações de apoio a entidades públicas, de certas cooperativas prestadoras de serviços públicos e de muitos contratos de fornecimento de mão-de-obra.¹⁴⁷ Realça ainda que o terceiro setor, na área social, “*é útil como um acréscimo em relação ao serviço público prestado pelo Estado*”, não implicando na sua substituição por entidades privadas, pois, a Constituição não acolheu o princípio da subsidiariedade na área social.¹⁴⁸

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 15. ed., p. 103.

¹⁴⁵ A Constituição Federal, em seu artigo 218, § 3º, ao dispor sobre a Ciência e Tecnologia, determina, entre outras medidas, que o Estado apóie as atividades das áreas de Ciências, Pesquisa e Tecnologia, concedendo aos que delas se ocupam meios e condições especiais de trabalho.

¹⁴⁶ Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 437.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8. ed. p.284 e ss;297-298

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, p. 439.

Merece destaque o fato de que grande parte dessas entidades recebem colaboração de pessoas que, voluntariamente, se dedicam a elas. Além disso, em todas essas entidades, por se tratar de entidades declaradas de utilidade pública, existe o serviço voluntário prestado pelos seus dirigentes e conselheiros, impedidos que estão, por força de lei, de serem remunerados pelo exercício de tais funções.

A Lei nº 9.608, de 02-02-1998, alterada pela Lei nº 11.692/2008, que dispõe sobre o serviço voluntário, define o serviço voluntário como

“a atividade não-remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não-lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim” (art. 1º e parágrafo único).

O serviço voluntário será exercido mediante termo de adesão celebrado entre a entidade pública ou privada e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício (art. 2º).

O prestador de serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias, desde que expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário (art. 3º e parágrafo único).

1.3 Parceria como instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão

A expressão contrato de gestão nesse tópico refere-se aos contratos previstos para serem firmados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado ou com órgãos da própria Administração direta.

Os primeiros contratos desse tipo celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (antes de sua privatização), a Petróleo Brasileiro S. A. – Petrobrás (ambos com base no Decreto nº 137, de 27-05-91, posteriormente revogado pelo Decreto nº 3.735, de 24-01-2001, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais) e com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

Em decorrência da impugnação feita pelo Tribunal de Contas da União aos poucos contratos de gestão celebrados na esfera federal, por ter sido matéria disciplinada apenas por decreto, foi editada a Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-98, que introduziu o § 8º no artigo 37 da Constituição, que tornou viável a utilização desse tipo de contrato, estabelecendo que

a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes.

Embora o dispositivo constitucional não utilize a expressão contrato de gestão, refere-se a esse tipo de ajuste, que poderá ser celebrado com entidades da Administração Indireta, e com órgãos (sem personalidade jurídica) da própria Administração Direta, com o objetivo de definir metas de desempenho, ampliar a autonomia e permitir o controle de resultados em função dos objetivos e das metas estabelecidas no prazo definido no contrato.

O contrato de gestão ainda é mencionado nos Decretos n^{os} 2.487 e 2.488, ambos de 02-02-98, que prevêem a possibilidade de autarquias e fundações receberem a qualificação de agências executivas desde que celebrem contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor e tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para a redução de custos. A figura da agência executiva só ganhou *status* legal com o advento da Lei n^o 9.649, de 27-05-98, a qual tratou da matéria nos artigos 51 e 52.

O fim último dos contratos de gestão é a fixação de metas para aumentar a eficiência, como princípio constitucional previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição (alterado pela Emenda Constitucional n^o 19/98), em troca de maior autonomia.

Todos os contratos de gestão devem, no mínimo, conter:

- a) forma como a autonomia será exercida;
- b) metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;
- c) controle de resultado, para verificação do cumprimento ou não das metas estabelecidas.

Pode-se contestar a natureza efetivamente contratual do ajuste firmado entre entidade da Administração Indireta e o Poder Público, por ser inconcebível a existência de interesses opostos e contraditórios visados pela Administração Direta e Indireta, aproximando-se muito mais dos convênios.

Da mesma forma, quando o contrato de gestão for celebrado com órgão da Administração Direta, dificilmente estarão presentes as características próprias de um contrato, pois não se pode admitir que a mesma pessoa tenha interesses contrapostos defendidos por órgãos diversos. Na realidade, esses contratos correspondem, quando muito, a termos de compromisso assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas.

O contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão.¹⁴⁹

1.4 Terceirização

A terceirização ingressou na Administração Pública a partir das preocupações introduzidas na administração privada com a economicidade de gestão.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua terceirização como “*modalidade de*

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, 24. ed., p. 342

transferência de atividades materiais da Administração a terceiros, sempre que estas não demandem o exercício de poder estatal".¹⁵⁰

Embora a palavra *terceirização* seja, às vezes, utilizada como gênero, para englobar desde a concessão e a permissão dos serviços até a privatização de empresas controladas pelo Poder Público, o seu conceito mais corretamente corresponde ao da contratação de obras, serviços e mão-de-obra. Com efeito, a *terceirização* é a contratação, por uma determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio da empresa tomadora. Pode ocorrer tanto nas empresas privadas como no seio da Administração Pública.

Do ponto de vista da Administração Pública, a *terceirização* apresenta relevância principalmente em face da redução de encargos diretos e indiretos de pessoal. Com a *terceirização*, os serviços estatais deixam de ser prestados por servidores públicos e passam a ser desempenhados por empregados de empresas privadas.

A "*terceirização de mão-de-obra*" não deve ser confundida com a figura da contratação de pessoal para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, prevista no art. 37, IX, da Constituição de 1988. Tais servidores são ocupantes de função pública, estando submetidos diretamente ao Poder, órgão ou entidade contratante.

Na Justiça do Trabalho, o assunto foi inicialmente objeto do Enunciado n.256, de 22-09-86, do TST (hoje Súmula 256), em cujos termos "salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância previstos nas Leis n. 6.019, de 03-01-1974 e n. 7.102/83, de 20-06-1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços". A Justiça do Trabalho aceitava a *terceirização* para atender a necessidades transitórias do tomador de serviços.

Aos poucos, porém, foi ocorrendo uma flexibilização na interpretação da Súmula, passando-se a distinguir a *terceirização* lícita da ilícita, esta última correspondendo ao fornecimento de mão de obra. Pela Súmula 331, de 17-12-93, com o inciso IV alterado pela Resolução n.96, de 11-9-2000, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho definiu os seguintes pontos: "I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666)."

A *terceirização* lícita é, pois, aquela em que não haja elementos de relação de emprego entre o contratante e o trabalhador, principalmente a inexistência da

¹⁵⁰ *Mutações do direito administrativo*, p.138.

personalidade e a subordinação hierárquica (art. 3º da CLT); é aquela em que o contratante quer o resultado, o produto, na forma e no tempo contratados.¹⁵¹

Quando o propósito do contratante é apenas desonerar a empresa dos encargos trabalhistas, a contratação é ilegal por infringir o disposto no art. 9º da CLT, que estipula que é nulo qualquer ato praticado com a finalidade de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos seus preceitos.

Outra ilegalidade é a exploração do trabalhador, quando o intermediário oferece-lhe o posto de trabalho, mas, em troca, fica com (a maior) parte da remuneração, transformando-o em mercadoria. A sanção é o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço; entretanto, esse vínculo de emprego não prevalece contra a Administração Pública, em face da necessidade de concurso público (CF/88, art. 37, II).

A Súmula enfatiza que a terceirização somente se faça para atividade-meio; se for atividade-fim, há o reconhecimento do vínculo, desde que a contratada não seja a Administração Pública.

O quarto item da Súmula prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, inclusive quanto aos entes da Administração Pública, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Na parte final da Súmula há uma referência ao art. 71 da Lei n. 8.666/93, que contém três regras: no *caput* afirma a responsabilidade do contratado pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; no § 1º veda a transferência de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais à Administração Pública, em caso de inadimplemento do contratado; e o § 2º prevê a responsabilidade solidária da Administração Pública com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato. Como ressalta Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a análise sistemática permite afastar o conflito aparentemente existente entre o item 4 da Súmula e o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, “tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra (que é ilegal), enquanto o art. 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei n. 8.666, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial.”¹⁵²

O Supremo Tribunal Federal, porém, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC16-DF) ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em que se objetivava a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, decidiu, em sessão plenária do dia 24-11-2010, por votação majoritária, que o referido dispositivo legal é constitucional. Apenas houve consenso no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não pode impedir o Tribunal Superior do Trabalho de, com base em outras normas examinadas em cada caso, reconhecer a responsabilidade do poder público, especialmente quando haja omissão culposa no exercício da fiscalização. Em face dessa decisão, o plenário deu provimento a várias Reclamações ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331.

¹⁵¹ O Tribunal de Contas da União já decidiu que “a verdadeira terceirização é contratação de serviços e não locação de trabalhadores” (TCU 4908/95, Decisão 569/96, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, sessão de 11-09-96, DOU 30-09-96, p. 19.530).

¹⁵² *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218

Via de consequência, mais recentemente, pela Res. 174/2011, a Súmula n. 331 foi alterada, tendo o item IV recebido nova redação e inseridos os itens V e VI, conforme segue:

“ [...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

No âmbito da Administração Pública é perfeitamente possível a terceirização como contrato de prestação de serviços dependente de licitação o que, aliás, sempre foi feito sem que se empregasse o termo terceirização.

A Lei nº 8.666, de 21-06-93, no art. 10, permite que as obras (conforme definidas no art. 6º, I) e serviços (como conceituados nos arts. 6º, II, e 13) sejam prestados por execução direta ou indireta, esta última sob os regimes de empreitada ou tarefa. Nesses tipos de contrato, a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados.

Na esfera federal, em decorrência de uma colocação do Tribunal de Contas da União, foi baixado o Decreto nº 2.271, de 07-07-97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O art. 1º estabelece quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No § 2º, determina que “*não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal*”. Mesmo nesses casos, deflui do art. 3º que o objeto da contratação não é o fornecimento de mão-de-obra, mas a prestação de serviços pela empresa contratada.

O citado Decreto continua a ser norte preciso à definição das hipóteses em que a terceirização tem cabimento.

Frise-se ainda que a Lei Complementar n. 101/2000 em seu art. 18, § 1º, estabeleceu que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica esse dispositivo “porque praticamente está admitindo a possibilidade de contratos de terceirização de mão-de-obra. Para afastar esse entendimento, a norma deve ser interpretada no sentido de que, mesmo sendo ilegal, se celebrado esse tipo de contrato, a despesa a ele correspondente será considerada como despesa de pessoal para os fins do limite estabelecido pelo artigo 169 da Constituição”.¹⁵³

¹⁵³ *Direito Administrativo*, 24. ed. p.354.

1.4.1 Terceirização nas áreas de saúde e da educação

A saúde mereceu especial atenção do constituinte, a ponto de salientar que as ações e serviços de saúde são de todo modo qualificados como de relevância pública (art. 197, primeira parte). Nesse sentido, de acordo com o art. 198 da Carta Magna, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional, a descentralização aí prevista é a por serviços, “mediante a criação, por lei, de pessoas jurídicas para atuarem na área da saúde, as quais comporão a Administração indireta” dos diferentes entes federativos, sendo a autarquia, a fundação ou mesmo a empresa pública, as modalidades mais adequadas para os serviços dessa área.¹⁵⁴

No entanto, além de ser prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, e de ser livre à iniciativa privada, a assistência à saúde também admite a participação de instituições privadas “de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (art. 199, § 1º).

Com relação aos contratos, uma vez que forçosamente deve ser afastada a concessão comum de serviço público (Lei nº 8987/95), por ser inadequada para esse tipo de atividade da qual o Estado não detém titularidade exclusiva, deve-se entender que a Constituição está permitindo a terceirização, ou seja, os contratos de prestação de serviços, tendo por objeto a execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, mediante remuneração pelos cofres públicos, regulamentados pela Lei nº 8.666, de 21-06-93 e alterações posteriores.

A Constituição, como pontua Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “permite a participação de instituições privadas de **‘forma complementar’**, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço”.¹⁵⁵

Da mesma forma, a Lei nº 8.080, de 19-09-90¹⁵⁶, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê a participação complementar

quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”, hipótese em que a participação complementar “será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”(art. 24 e

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 228.

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 228-229.

¹⁵⁶ A Lei nº 8.080, de 19-09-90, alterada pelas Leis nºs 9.836, de 23-09-99, 10.424, de 15-04-02 e 11.108, de 07-04-2005, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências.

parágrafo único).¹⁵⁷

Tais disposições devem ser interpretadas no sentido de que “a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai **complementar** as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio”.¹⁵⁸

Da mesma forma que a saúde, em nossa opinião, o ensino será serviço público quando prestado pelo Estado e não será serviço público quando desempenhado pelos particulares em contexto de exploração de atividade econômica, sob regime de direito privado, tendo em conta que a Lei Maior não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes (art. 209 CF/88)”.¹⁵⁹

Quando prestado pelo Estado, como serviço público, pode haver colaboração do particular, por meio de contratos de prestação de serviços ou convênios. A terceirização do serviço do ensino como um todo, pela transferência a terceiros de sua gestão operacional, também deve ser descartada.

No tocante à terceirização nada impede que o Poder Público celebre contratos de prestação de serviços que tenham por objeto atividades-meio como transporte de pacientes, refeições, limpeza das salas de aula, ou mesmo certos serviços técnico-especializados como a realização de exames médicos, consultas etc., hipóteses em que estará transferindo apenas a execução material de atividades ligadas aos serviços de saúde ou de ensino. O que o hospital público como a escola da rede de ensino público não podem é terceirizar a gestão operacional desses serviços, que envolveria a terceirização do próprio serviço público de saúde ou de ensino.

¹⁵⁷ O Decreto nº 4.978, de 03-02-2004, alterado pelo Decreto nº 5.010, de 09-03-2004, regulamenta o art. 230 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre assistência à saúde do servidor.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 229.

¹⁵⁹ No que tange aos serviços públicos sociais, não-exclusivos do Estado, nas Adi 1007 e 1266 foi decidido que os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, seguindo, aliás, a linha do pensamento de Eros Roberto Grau, que considera esses serviços, assim como os de saúde, sempre serviços públicos (Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, 12. ed., p.123-125).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.(STF, Adin nº 1.007, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 31-08-2005, m.v., DJ 24-02-2006).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA.1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 CF). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente(STF Adin nº 1266 / BA, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 06/04/2005, DJ 23-09-2005, p 00006).

1.4.2 Credenciamento

Já de longa data destacam-se os casos de credenciamento previstos na legislação brasileira, que vem se consolidando como uma alternativa da Administração Pública.

Assim, a Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11-07-84 e alterações posteriores), em seu art. 149, I, afirmava competir ao juiz da execução “*designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões*”.

Por sua vez, a Lei nº 8.010, de 29-03-90, que dispõe sobre a importação de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica, no § 2º de seu art. 1º preceitua:

Art. 1º.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se somente às importações realizadas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, por cientistas, pesquisadores e entidades sem fins lucrativos ativas no fomento, na coordenação ou na execução de programas de pesquisa científica e tecnológica ou de ensino, devidamente credenciados pelo CNPq.[\(Redação dada pela Lei nº 10.964, de 28-10-2004\)](#)

O Decreto nº 1.651, de 28-09-95, que regulamenta o sistema nacional de auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde, em seu art. 3º, I, “f”, refere-se a “*instrumentos e critérios de acreditação, credenciamento e cadastramento de serviços*”.

A Lei nº 9.394, de 20-12-96,¹⁶⁰ que fixa as diretrizes e bases da educação nacional, prevê, dentre as atribuições da União e dos Estados, “*autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino*” (art. 9º, inc. IX, art. 10, inc. IV, respectivamente) e dos Municípios “*autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino*” (art. 11, inc. IV).

A seu turno, a Lei nº 9.503, de 23-09-97, que institui o Código de Trânsito Brasileiro¹⁶¹, em seu art. 22, X, cuida da competência para o credenciamento de órgãos ou entidades para execução de atividades pertinentes ao referido diploma legal, na forma estabelecida em norma do CONTRAN e, no art. 24, XII, da competência para “*credenciar os serviços de escolta*”. No art. 156 prevê que “*o CONTRAN regulamentará o credenciamento para prestação de serviço pelas auto-escolas e outras entidades destinadas à formação de condutores e às exigências necessárias para o exercício das atividades de instrutor e examinador*”.

Às vezes o credenciamento se apresenta sob outra denominação, como ocorre no âmbito do Estatuto da Criança do Adolescente, cujo art. 91 determina que as entidades não-governamentais dedicadas ao atendimento da criança e do adolescente “*somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da*

¹⁶⁰ A Lei nº 9.394, de 20-12-96, foi alterada pelas Leis nºs 9.475, de 22-07-97; 10.287, de 20-09-2001; 10.328, de 12-12-2001; 10.639, de 09-01-2003; 10.709, de 31-07-2003, 10.793, de 01-12-2003, 11.114, de 16-05-2005, 11.183/2005, 11.274/2006, 11.301/2006, 11.330/2003, 11.331/2006, 11.525/07, 11.632/07, 11.769/08, 11.645/08, 11.684/08, 11.700/08, 11.741/08, 11.788/08, 12.013/2008, 12.014/08, 12.020/09, 12.056/09, 12.061/09 e 12.287/10.

¹⁶¹ A Lei nº 9.503, de 23-09-97, foi alterada pelas Leis nºs alterada pelas Leis nºs 9.602, de 21-01-98, 9.792, de 14-04-99, 10.350, de 21-12-01, 10.517, de 11-07-02, 10.830, de 23-12-2003, 11.275/2006 e 11.334/2006, 11.705/2008, 11.910/09 e 12.006/09, 12.009/09, 12.058/09, 12.217/10 e 12.249/10.

Criança e do Adolescente”. Referido registro possibilita ao Poder Público verificar previamente se a entidade tem ou não condições para fazer aquilo a que se propõe.¹⁶²

No Município de São Paulo, a Lei nº 13.317, de 01-02-2002, regulamentada pelo Decreto nº 44.772, de 20-05-2004, “*autoriza a Prefeitura do Município de São Paulo a credenciar profissionais de saúde e serviços de saúde, nas suas diversas especialidades, para atender a população pelo SUS - Sistema Único de Saúde*”.

Os exemplos mencionados servem para demonstrar que a Administração Pública vem se utilizando do credenciamento para, no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, delegar “*unilateral e precariamente, por atos administrativos, a credenciados, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria*”.¹⁶³

O credenciamento é apenas a transferência, a particulares, de uma atividade técnica, meramente instrumental, de mera verificação, não configurando delegação de poder de polícia, nem, muito menos, de serviço público. Com efeito, segundo a doutrina dominante, os atos jurídicos administrativos inerentes ao exercício de atividades de polícia administrativa, não podem ser delegados a particulares ou mesmo entidades governamentais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Todavia, da restrição à atribuição de atos de polícia a particulares não se segue que o exercício daqueles atos não possa ser precedido de uma atividade material ou acabar numa atividade material praticada por particulares: existem atos materiais que precedem uma determinação jurídica e outros sucessivos a tal determinação, isto é, de cumprimento desta. Ou seja, o que pode ser atribuído a particulares é o desempenho de atividades técnicas, instrumentais ao exercício da atividade jurídica, “*mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação*”¹⁶⁴. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparece sob o rótulo de credenciamento”¹⁶⁵. Cabe, porém, ressaltar que, embora

¹⁶² DALLARI, Adilson. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 40.

¹⁶³ *Curso de direito administrativo*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313.

¹⁶⁴ Por força do qual o contratado prestará a atividade para o Poder Público, sem vínculo jurídico direto com os administrados e sem remuneração captada diretamente destes.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *Curso de direito administrativo*, 28. ed., p. 846. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

De resto, não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a decisão sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato.

Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados. Tome-se como exemplo a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalcitrar em providenciá-las por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder à

o credenciamento está precipuamente voltado para a execução, por particulares, dos serviços instrumentais necessários ao desenvolvimento das atividades de polícia administrativa”, não se cinge exclusivamente a isso, pois “alguns serviços de natureza pública ou de interesse público também são objeto de credenciamento, como é o caso da polícia judiciária, de atividades integrantes do sistema único de saúde, de atividades de ensino e de ações compreendidas no campo da pesquisa científica e tecnológica.¹⁶⁶

Além desses, outros serviços podem ser citados: escolha de empresas de radiodifusão para propaganda das atividades do governo e câmaras municipais, escolha de interessados em fazer propagandas em ônibus (espaços promocionais), credenciamento de bancos para fazer arrecadação de tributos, dentre outros.¹⁶⁷

Vale mencionar, a título de exemplo, que, em função da relevância pública e de suas especificidades, visando a manutenção e eficiência dos serviços, é usual a Administração contratar serviços médico-hospitalares através de credenciamento de clínicas, profissionais ou laboratórios que preencham determinados requisitos, a serem remunerados por procedimento, segundo tabela preestabelecida.¹⁶⁸ Realizado o credenciamento, os servidores receberão os serviços e escolherão o profissional que os prestará. A Administração realizará o pagamento pelos serviços e condições previamente estabelecidos. Todo o profissional que preencher os requisitos mínimos fixados pela Administração poderá requerer seu credenciamento, o que significará sua admissão a um cadastro que ficará à disposição dos beneficiários (servidores). Prestado o serviço, o profissional pleiteará à Administração a remuneração por valor determinado.

O Tribunal de Contas da União adotou o referido sistema para prestar assistência médica aos seus próprios servidores, tendo como exemplo a utilização deste critério pela Previdência Social, para atendimento dos segurados em geral.¹⁶⁹

demolição ou implosão do edificado – ou, em outro exemplo, à desobstrução da faixa marginal de rodovias – mediante servidores públicos.

Existe, finalmente, a hipótese – que na atualidade ainda se pode considerar peculiar – na qual ato jurídico de polícia inteiramente vinculado pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de decisão do próprio Poder Público (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção. Em nosso entender, o fenômeno aí ocorrente explica-se pela preposição do bem do particular ao jugo da “relação de administração”, nos termos em que a configura Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 7. ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p. 105-109 e 189 e ss.), de tal sorte que, por força dela, o bem privado opera como veículo de expressão do Poder Público (não sendo, pois, de se cogitar de uma “delegação”).” (*Curso de direito administrativo*, 28. ed., p. 847-848).

¹⁶⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 51-52.

¹⁶⁷ CASTRO, Patrícia Campos de. Credenciamento como forma alternativa de contratação pela Administração Pública e a inexigibilidade de licitação. *Revista de Direito Municipal*, Belo Horizonte, n. 3, p. 42, jan./jun. 2000.

¹⁶⁸ FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. Sistema Único de Saúde: alternativas de execução dos serviços por terceiros. *Interesse público*, Sapucaia do Sul-RS, n. 9, p. 141-142, jan./mar. 2001.

¹⁶⁹ TC-008.797/93-5 e Resolução n. 004/93. Definiu o Tribunal de Contas da União o cumprimento dos seguintes requisitos a serem observados quando do credenciamento de empresas e profissionais de saúde: “1. dar ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial... e em jornal de grande circulação local, podendo a Administração utilizar-se, suplementarmente e a qualquer tempo, com vistas a ampliar o universo dos credenciados, de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional; 2. fixar os critérios e exigências mínimas para que os credenciados possam credenciar-se, de modo que os

O credenciamento pode ser universal, abarcando todos os prestadores do serviço, ou limitado a um determinado número de interessados, aqueles que apresentarem melhor qualificação ou ofertarem condições mais vantajosas, tudo dependendo da relação oferta/procura.

Nas situações de ausência de competição, onde o credenciamento é adequado, não precisa a Administração realizar licitação, pois todos os interessados aptos serão aproveitados. Tal situação, sob um certo ângulo, configura inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25 da Lei nº 8.666/93, considerando-se as peculiaridades de que se reveste o procedimento – ausência de exclusividade e cunho não competitivo da seleção.¹⁷⁰ Será, porém, necessária a licitação quando surja possibilidade de competição objetiva entre os particulares, sempre que for inviável à Administração promover o credenciamento de todos os possíveis interessados.

Após corroborar o entendimento doutrinário segundo o qual o credenciamento pode ser entendido como “*a permissão de execução de serviços, caracterizada pela unilateralidade, discricionariedade e precariedade*”, registrou o Tribunal de Contas da União que o referido sistema atende aos princípios norteadores da licitação.¹⁷¹

profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento; 3. fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados; 4. consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, por ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados; 5. estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados; 6. permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas; 7. prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo; 8. possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e 9. fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco) (Consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto, TC-016.522/95-8, Decisão 656/95 – Plenário, rel. Min. Homero Santos, j. 06-12-95)

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações*, p. 43-44. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

¹⁷¹ Destacou aquela Corte que serão resguardados os seguintes princípios: “a) legalidade - a conveniência social no caso da assistência médica é latente, uma vez que com o credenciamento todos serão amplamente beneficiados e a legalidade encontra respaldo no art. 25 da Lei nº 8.666/93; b) impessoalidade - o credenciamento obedece este princípio, pois a finalidade da Administração é prestar a melhor assistência médica, com o menor custo possível e dentro dos limites orçamentários; é o que se pretende fazer, atingindo todas as entidades prestadoras de serviço que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos; c) igualdade - no credenciamento o princípio da igualdade estará muito mais patente do que na licitação formal. Poderá ser credenciada a pequena clínica, ou um consultório de apenas um médico, ao hospital de grande porte, com direito de participação de todos, sendo a sua utilização em pequena ou grande escala vinculada à qualidade e à confiança dos beneficiários que, conforme a aceitação destes, permanecerão ou serão descredenciados; d) publicidade - antes de se concretizar o credenciamento, deverá ser dada ampla divulgação, com aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, podendo, inclusive, a Administração enviar correspondência aos possíveis prestadores de serviço; e) probidade Administrativa - o credenciamento, da maneira que será executado, obedece rigorosamente aos postulados do princípio da probidade administrativa, uma vez que, embora tal procedimento não esteja expressamente previsto na Lei de Licitação, nenhum comprometimento ético ou moral poderá ser apontado, já que foram observados os demais princípios elencados para o certame; f) vinculação ao Instrumento Convocatório - é um princípio bastante fácil de ser seguido no esquema do credenciamento, pois os parâmetros serão definidos em ato da Administração, que, mediante divulgação para conhecimento dos interessados, permitirá que sejam selecionados apenas aqueles que concordarem e

Através do credenciamento, praticado com a devida cautela, assegurado o tratamento isonômico dos interessados na prestação de serviços, é possível obter-se uma melhoria na qualidade dos serviços e uma diminuição nos seus custos.

Sintetizando as peculiaridades dessa forma de prestação, Adilson Abreu Dallari conceitua credenciamento como

o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.¹⁷²

Aponta, ainda, que o regime jurídico do credenciamento é caracterizado por alguns traços essenciais, quais sejam: a) a outorga ou atribuição é feita por meio de um ato formal, de conteúdo negocial correspondente a um interesse recíproco do outorgado e do outorgante e do outorgado, mas pode ser unilateral ou bilateral, assumindo caráter tipicamente contratual; b) habilita o outorgado ao exercício de atividade material ou técnica, não-jurídica, meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública; c) a atividade é desenvolvida a título oneroso: quando paga pelo Poder Público tem-se um simples contrato de colaboração; quando paga pelo particular interessado tem-se um credenciamento propriamente dito, um típico contrato de atribuição; d) os atos praticados pelo particular credenciado são tidos ou havidos como verdadeiros, corretos e confiáveis, salvo prova em contrário; e) as atividades objeto do credenciamento são suscetíveis de constante fiscalização do Poder Público.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Embora nem todas as tarefas desenvolvidas pelo Poder Público podem ser delegadas ou executadas pelos particulares, há muito particulares exercem funções de colaboração com o Poder Público, sob diversas formas jurídicas.

Como se viu, o conceito de parceria adotado em seu sentido amplo serve a diversas finalidades e formaliza-se por variados instrumentos jurídicos, podendo ser utilizado como:

a) forma de delegação da execução de serviços públicos, pelos instrumentos da concessão (em suas diversas modalidades) e da permissão de serviços públicos, ao lado dos consórcios públicos para gestão de serviços de interesse comum dos consorciados, dos convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, dos contratos

se adequarem a seus termos; g) julgamento objetivo - no credenciamento, o princípio do julgamento objetivo será muito mais democrático do que no da licitação formal, pois, nesta, o julgamento é de uma Comissão, que escolherá um número reduzido de prestadores de serviço, que depois terão que ser aceitos pelos usuários. No caso do credenciamento, as entidades prestarão serviços aos beneficiários da assistência médica, de acordo com a escolha de cada participante, em razão do grande número de opções, portanto não basta ser credenciado para prestar serviço, tem que contar com a confiança da clientela (TC 016.522/95-8 – Decisão 656/95, Plenário, rel. Min. Homero Santos, j. 06-12-95).

¹⁷² Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 53.

de programa, da franquia, do arrendamento de áreas e instalações portuárias, das contratações de cooperativas prestadoras de serviços públicos;

b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria;

c) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão;

d) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização.¹⁷³

O certo é que, diante da crescente experiência internacional na criação de novas formas de parceria com a iniciativa privada na gestão dos negócios do Estado, da escassez de recursos orçamentários para projetos de alto custo, do objetivo de atrair o capital privado para investimento com segurança e lucratividade, e do déficit de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento e saúde, paulatinamente vem crescendo e se diversificando os diversos ajustes que refletem a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas elas, assumindo um lugar de preeminência no direito público brasileiro.

É ainda de se citar o cometimento a entidades privadas, preferentemente sem objetivo de lucro, de certas atribuições preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade social do Estado, mencionando-se como exemplos deste gênero, as associações de moradores, as colônias de pescadores, as associações profissionais, os clubes de serviço etc.¹⁷⁴

¹⁷³ V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8.ed., p. 22-23.

¹⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009,15.ed., p. 318-319.