

# AS PARCERIAS COM ENTIDADES COM FINALIDADE LUCRATIVA APÓS A LEI Nº 13.019/14

*The partnerships with profit-making companies after the Law n. 13.019/14*

Guilherme Martins Pellegrini<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A situação normativa anterior à Lei nº 13.019/14. 3. O novo regime de parcerias. 4. O conceito de contrato unilateral como critério para identificar a inaplicabilidade da Lei nº 13.019/14. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## RESUMO

O artigo reflete sobre uma significativa mudança trazida pela nova lei de parcerias na administração pública, dado que a possibilidade de celebração de convênios com entidades que possuam finalidades lucrativas não é mais viável. Antes da Lei nº 13.019/14 era possível celebrar convênios com sociedades empresárias, o que o novo marco passou a vedar. Assim, é exposto o novo cenário normativo e analisado quais negócios jurídicos ainda podem ser firmados com entidades com fins lucrativos para além daqueles decorrentes de licitação. O artigo conclui que, a despeito das modificações trazidas pela Lei nº 13.019/14, algumas modalidades de negócio jurídico ainda são passíveis de adoção para parcerias entre a administração pública e entidades com fins lucrativos.

## ABSTRACT

The essay reflects on an expressive change brought by the new act of public partnerships, since the option to celebrate cooperative agreements with profit making-companies is no longer feasible. Before the Law nº 13.019/14 it was possible to celebrate cooperative agreements with business entities, which the new act turned unlawful. Thus, the new normative scenario is exposed as well as the types of agreements that still can be concluded with profit-making companies beyond those derived from a public procurement. The essay concludes that, although the changes brought by Law nº 13.019/14, some types of agreements between the public administration and profit making-companies are still attainable.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo busco refletir sobre uma significativa mudança introduzida pela nova lei de parcerias na Administração Pública, qual seja, o fim da possibilidade de celebração de convênios com entidades que possuam finalidades lucrativas.

O arcabouço legal anterior à Lei nº 13.019/14 dava margem para que fossem celebrados convênios com sociedades empresárias, sem limitação quanto à forma societária apresentada por estas.

Com o advento do marco legal, porém, houve expressa ruptura com a normativa antes vigente para os convênios.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Gostaria de agradecer a Fabrício Resende, Lucas Moreira e André Rosilho pelas sugestões apresentadas ao presente artigo.

Assim, o artigo busca refletir se os os convênios celebrados antes da Lei nº 13.019/04 com entidades com finalidade lucrativa podem ser substituídos por algum outro negócio jurídico.

Nessa linha, exponho o novo cenário normativo e busco refletir sobre determinadas escolhas legais que não se mostraram acertadas no meu entender, especialmente pelo fato da Lei nº 13.019/14 desconsiderar a relevante diferenciação entre convênios que envolvam e não envolvam repasse de recursos.

Ademais, argumento no sentido de que, se por um lado a Lei nº 13.019/14 eliminou algumas formas de parcerias que antes poderiam ser utilizadas, não acabou por completo com as modalidades de negócios jurídicos (para além dos contratos decorrentes de licitação) que podem ser celebradas com entidades que possuam finalidade lucrativa, já que algumas permanecem fora do seu âmbito normativo.

Notoriamente, contratos como doação desprovida de encargos e estipulação em favor de terceiro, tendo o Estado como beneficiário, continuam sendo passíveis de serem celebrados com entidades com finalidades lucrativas.

A tradicional classificação do direito civil entre contratos bilaterais e unilaterais ganha utilidade para compreender quais formas de parceria estão ou não reguladas pela Lei nº 13.019/14. Com isso, procuro sistematizar a situação legal das parcerias após o novo marco legal.

Relevante também esclarecer que o termo “parceria”, que intitula este artigo, pode ser utilizado em direito administrativo de forma ampla (da qual também fazem parte modalidades de terceirização como concessão e parcerias público-privadas) ou em sentido mais estrito, para referir-se às parcerias do Estado com a sociedade civil, celebradas pelos antigos convênios ou também com contratos de gestão e termos de fomento. Neste artigo utilizo o termo nesse sentido estrito. Ademais, como a Lei nº 13.019/14 passou a tratar por “parcerias” a disciplina que antes era reservada aos “convênios”, por vezes os dois termos no artigo são utilizados de forma intercambiável.

## **2. A SITUAÇÃO NORMATIVA ANTERIOR À LEI Nº 13.019/14**

Antes da publicação da Lei nº 13.019/14 não havia vedação expressa à celebração de convênios com entidades particulares com fins lucrativos. Com efeito, em determinadas hipóteses a parceria era plenamente justificada, sendo esta, ademais, a posição seguida na Administração Pública do Estado de São Paulo, com amparo em entendimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

As disposições relativas aos convênios se encontravam em grande parte no âmbito infralegal, uma vez que a Lei nº 8.666/93 só faz menção ao instituto no artigo 116.

No âmbito federal, a regulamentação dos convênios se dava pelo Decreto nº 6.170/07. No entanto, importante notar que o Decreto nº 6.170/07 não abrangia a

totalidade dos convênios, uma vez que abordava unicamente os convênios que englobavam transferências de recursos da União.

A dicção expressa do artigo 1º do Decreto revelava esse ponto:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada 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 que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Assim, a leitura da definição de convênio constante do artigo 1º, § 1º, I do mesmo diploma devia levar em conta esse fato: o conceito legal servia unicamente para os efeitos do próprio decreto, e não para a totalidade do ordenamento jurídico.

Pela mencionada definição, somente poderiam ser partícipes do convênio, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Nota-se, assim, que pela disciplina federal, caso se tratasse de convênios que englobassem a transferência de recursos da União, a celebração não poderia ser feita com entidades privada com fins lucrativos. Logicamente, isso não se confunde com a assertiva de que havia vedação para celebração de *qualquer* convênio com entidades com fins lucrativos.

A interpretação adequada seria pela possibilidade de celebração de convênios com entidades que detivessem finalidade lucrativa, desde que ausente qualquer transferência de recursos<sup>2</sup>.

Já no âmbito paulista, os convênios encontravam regulamentação no Decreto Estadual nº 59.215/13, o qual não continha qualquer restrição à celebração do ajuste com entidades com finalidade lucrativa.

Diante desse contexto normativo, admitiu-se no Estado de São Paulo, dentre outros, convênios com entidades privadas com fins lucrativos para reforma de prédio público e para a promoção de ações visando à segurança no trânsito<sup>3</sup>.

Muitos outros exemplos poderiam ser pensados, como parcerias de entidades particulares com a Administração Pública para a promoção do meio ambiente, cultura ou desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>2</sup> A definição fazia menção unicamente a recursos financeiros. Porém, havia certa imprecisão na definição, uma vez que a contrapartida também se podia dar mediante recursos materiais, como a transferência de bens. O próprio artigo 7º do Decreto nº 6.170/07 continha essa previsão.

<sup>3</sup> Casos analisados nos Pareceres PA nº 265/2007 e PA nº 5/2014, respectivamente.

Outra parceria que pode ser utilizada para ilustrar essa relação e que ganhou destaque na imprensa (servindo aqui como reforço argumentativo), foi aquela celebrada entre o Governo Federal e o Facebook para promover a inclusão digital oferecendo acesso gratuito à internet em áreas com dificuldade de conexão à rede mundial de computadores<sup>4</sup>.

A princípio poderia soar estranho que sociedades empresárias atuassem gratuitamente sem qualquer contraprestação. Porém, há dois motivos que sustentam essa atuação.

O primeiro diz respeito à atuação filantrópica que muitas sociedades empresárias exercem e que de forma alguma desnatura seu objeto social.

Vale lembrar que a Lei das Sociedades Anônimas (a qual pelo art. 1.053 do Código Civil pode ser aplicada supletivamente às sociedades limitadas caso o contrato social assim estipule) prevê no artigo 154 que os fins da companhia devem ser atingidos “satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Há ainda a menção, no § 4º do mesmo artigo, de que “o conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

Dessa forma, é natural que muitas sociedades empresárias, em especial grandes conglomerados econômicos, executem ações voltadas ao bem comum e que não lhe tragam benefícios diretos (ressalvados, logicamente, a valorização da imagem, divulgação da marca etc.).

Trata-se, ao final, de concretização de ditame constitucional, contido na previsão de que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e se dará com a observância da função social da propriedade (art. 170, *caput* e inciso III, CF).

Outro motivo para a atuação empresarial em paralelo com o Estado é que, muitas vezes, a atividade-meio que a sociedade desempenha para a consecução do lucro coincide com os fins buscados pela Administração.

No caso paulista mencionado, em que se admitiu que companhia seguradora atuasse em conjunto com o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, essa situação fica muito clara. Para maximização do seu lucro, a seguradora necessita que os índices de sinistralidade sejam os mais baixos possíveis, o que passa necessariamente por um trânsito mais seguro, que, por sua vez, é o objetivo principal do DETRAN.

---

<sup>4</sup> Cf. <http://blog.planalto.gov.br/presidenta-dilma-anuncia-parceria-do-governo-brasileiro-com-o-facebook/>. Acesso em: 11.01.2016. Não cabe aqui analisar críticas que advieram da parceria e que podem contaminar sua legalidade, como a acusação de que o acesso ofertado tem limitação de conteúdo e contraria o marco civil da internet, mas apenas pontuar que parcerias como essa são *a priori* possíveis. Pontuo também que não tenho conhecimento se a parceria foi firmada por meio de convênio.

O caso do Facebook também parece encaixar-se nessa linha de raciocínio: a ampliação do acesso à internet, a par de promover o desenvolvimento e ser objetivo do Governo Federal, sem dúvidas irá aumentar o número de usuários do próprio Facebook, coincidindo, assim, sua atividade-meio com a atividade-fim estatal.

Essa observação também demonstra como a diferenciação por vezes encontrada em autores de direito administrativo de que no contrato o objetivo almejado é o lucro, finalidade que inexistente no convênio, não é muito precisa. Nos casos citados, há cooperação e lucro por parte do privado, ou cooperação *para* o lucro, visto que o lucro (atividade-fim) será consequência da cooperação (atividade-meio).

Porém, com a publicação da Lei nº 13.019/14 e as alterações efetuadas pela Lei nº 13.204/15 (resultado da conversão da Medida Provisória nº 684/15), houve completa mudança deste panorama normativo, o que passo a tratar a seguir.

### 3. O NOVO REGIME DE PARCERIAS

Em primeiro lugar, parece-me claro que a Lei nº 13.019/14, denominada por alguns de “marco regulatório da sociedade civil”, veio a ocupar e regular o campo que era antes reservado aos convênios.

A descrição da própria ementa de parceria como regime jurídico de “mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco” coincide com a definição de convênio comumente encontrada nos autores de direito administrativo.

Ademais, não foi intento do marco regulatório unificar o regime jurídico aplicável aos diversos tipos de relações existentes com as entidades do terceiro setor. Ao contrário, a Lei nº 13.019/14 não se aplica a dois dos mais comuns meios de parceria: os contratos de gestão celebrados com organizações sociais e os termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos, respectivamente, os requisitos legais das Leis nº 9.637/98 e 9.790/99<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Há também outras exceções à aplicabilidade da Lei nº 13.019/14 no artigo 3º:

Art 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitam com esta Lei;

II - (revogado);

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei no 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - (VETADO);

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

Dessa forma, relevante notar que o direito administrativo parece seguir uma tendência de tratar os assuntos de forma cada vez mais fatiada. Se em matéria de parcerias há ao menos três marcos legais (Leis nº 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/14), em matéria de licitações já possuímos cinco diplomas principais (Leis nº 8.666/93, 8.987/95, 10.520/02, 11.079/04 e 12.462/11).

Outra observação preliminar é de que a Lei nº 13.014/19 possui abrangência nacional, uma vez que o próprio artigo 2º, II define administração pública como “União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal”.

Aqui, novamente a União segue a tendência de editar normas de caráter nacional e com comandos extremamente específicos em matéria de contratações (no sentido lato), vinculando Estados e Municípios, mesmo sendo duvidosa a competência para tanto, visto que sua atividade legislativa na seara deve se restringir a normas de caráter geral pelo art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Apesar do registro, não cabe aqui discutir a fundo essa questão relativa ao federalismo. É apenas relevante observar como, em temas tão parecidos, existem de um lado legislações federais e regionais, e de outro, apenas legislações nacionais.

Em matéria de contratos de gestão, por exemplo, ao lado da Lei nº 9.637/98 existem leis estaduais tratando do tema, como a Lei Estadual Complementar nº 846/98 do Estado de São Paulo. Por que em tema tão parelho como as parcerias com organizações da sociedade civil de que trata a Lei nº 13.019/14 a competência haveria de ser unicamente da União?

Feita essa digressão, e prosseguindo com a análise do novo marco legislativo, observa-se que as parcerias voluntárias de que trata a Lei nº 13.019/14 somente podem ser celebradas com organizações da sociedade civil.

A definição de organizações da sociedade civil se encontra no artigo 2º, I, da Lei nº 13.019/14 e abarca entidades privadas sem fins lucrativos, sociedades cooperativas e organizações religiosas<sup>6</sup>.

---

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

<sup>6</sup> Pelo texto legal, a entidade sem fins lucrativos não poderá distribuir entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e deverá aplicá-los integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva. Já a organização religiosa deverá dedicar-se a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Ademais, também se consideram organizações da sociedade civil, pela alínea *b* do mesmo inciso, “as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social”.

Cabe aqui uma crítica à definição, que é feita de modo um tanto quanto impreciso, pois a conceituação é feita não pela forma da organização, mas por alguma característica que esta apresente. Assim, no que toca aos fins do presente artigo, cabe perguntar: poderia o conceito ser estendido para entidades com fins lucrativos? Uma construtora, por exemplo, poderia valer-se da capacidade de executar obras de interesse público e de cunho social para enquadrar-se no dispositivo? Uma sociedade empresária que atue com capacitação de trabalhadores e agentes rurais poderia apresentar a mesma pretensão?

Unicamente pela conceituação do artigo 2º (e sem que se saiba ao certo os termos do futuro regulamento, que poderá trazer diretrizes mais claras à questão), a qualificação poderia ser pleiteada. Porém, dificilmente isso se concretizaria por conta das exigências adicionais previstas no artigo 33 da lei, o qual exige que, para celebrar as parcerias, as organizações da sociedade civil devem ser regidas por normas que prevejam objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social e que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos da lei e cujo objeto social seja o mesmo da entidade extinta.

Ou seja, de forma geral, as entidades com finalidade lucrativa ficaram completamente excluídas do novo regramento de parcerias<sup>7</sup>.

Já as parcerias previstas no novo marco legal podem ser de três tipos: (i) termo de colaboração, caso envolva transferência de recursos e seja proposta pela administração; (ii) termo de fomento, se também envolver transferência de recursos, mas for proposto por organizações da sociedade civil; e (iii) acordo de cooperação, caso a parceria não envolva transferência de recursos.

Já os convênios, pelos arts. 84 e 84-A da Lei nº 13.019/14, ficaram restritos às parcerias entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculadas e àqueles inseridos no âmbito do sistema único de saúde.

---

<sup>7</sup> Importante ressaltar que, com o termo “entidades com finalidades lucrativas”, quero me referir especificamente às sociedades empresárias, as quais não foram contempladas pelo conceito de organização da sociedade civil trazido pelo artigo 2º, I, da Lei nº 13.019. A rigor, algumas das figuras constantes do artigo 2º, como as sociedades cooperativas, possuem finalidades lucrativas.

Dessa forma, apesar de algumas diferenças<sup>8</sup>, temos uma disciplina basicamente idêntica quer a parceria envolva ou não a transferência de recursos. O caminho seguido, assim, distancia-se em parte do panorama anterior, no qual houve entendimentos, como exposto, de que, caso o convênio não envolvesse transferência de recursos, poderia ser firmado com entidade com finalidade lucrativa.

Essa possibilidade se perdeu em parte com o advento da Lei nº 13.019/14. A meu ver, a fim de que o Estado aproveitasse a conjunção de interesses que pode decorrer entre sua atividade-fim e a atividade-meio empresarial, deveria haver um regramento distinto às parcerias que não envolvam transferência de recursos, admitindo-se a participação de entidades privadas que almejam o lucro nesse caso.

Claramente, em se tratando de parcerias com transferência de recursos, o tema ganha muito mais polêmica, sendo que há décadas o ordenamento brasileiro apresenta vedação legal à prática.

A Lei nº 4.320/64, por exemplo, prevê que o orçamento anual não poderá consignar ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial. Há também a menção de que o orçamento público não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio de empresas privadas de fins lucrativos (arts. 19 e 21).

A lei de responsabilidade fiscal também estabelece, no artigo 26, que a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

Assim, a exclusão de parcerias que envolvam transferência de recursos com entidades privadas que apresentem fins lucrativos segue a tradição normativa brasileira de longa data.

No entanto, a lógica da Lei nº 13.019/14, parece ser a de que, mesmo que a parceria fosse feita sem qualquer transferência de recursos, incluir uma entidade com fins lucrativos no pacto acabaria gerando um favorecimento estatal a um ente específico, o que não deveria ser permitido.

Minha crítica a essa visão repousa em dois pontos: primeiramente, muitas vezes uma parceria é feita com uma entidade sem que haja propriamente qualquer

---

<sup>8</sup> Tal qual a desnecessidade de realização de chamamento público em caso de acordo de cooperação. Este é um outro ponto em que a Lei nº 13.019/14 merece ressalvas, ao prever que o chamamento público será utilizado unicamente para os casos de termo de colaboração ou de fomento. Também podem existir parcerias que não envolvam transferência de recursos (acordo de cooperação) e que gerem vantagens indiretas tão grandes ao beneficiário (como o prestígio decorrente do ato de colaboração), que inúmeros interessados se interessariam pelo pacto. Se o espírito da lei foi consagrar à risca a impessoalidade, não seria o caso de nessa situação também promover um chamamento público?

favorecimento. Essa análise só pode ser feita caso a caso. Na questão da parceria entre DETRAN e seguradora, por exemplo, é notável que mesmo outras competidoras da seguradora que firmou o convênio também se beneficiarão da redução de sinistralidade, de forma que sequer há qualquer prejuízo à concorrência.

Firmar uma parceria com uma entidade privada também não quer dizer que não serão firmadas parcerias com seus competidores. Seria possível, por exemplo, que a Administração formulasse um programa de parcerias, as firmando com qualquer entidade que cumpra os requisitos e deseje participar. Na análise feita pela Procuradoria do Estado de São Paulo à parceria entre o DETRAN e seguradora constou a ressalva, por exemplo, de que deveria haver ampla divulgação para a coletividade acerca da possibilidade de outros interessados firmarem parcerias com o mesmo teor. Ou seja, firmar uma parceria é algo distinto de firmar uma parceria exclusiva.

Logicamente, se pela análise do caso concreto se verificasse desproporcionais ganhos ao ente privado que afetassem a concorrência do setor, então seria o caso de considerar o pacto ilegal. Porém, parece-me impossível que essa análise seja feita *ex ante* a título de vedação legal.

Cabe também pontuar que, mesmo no modelo anterior dos convênios, se houvesse diversos interessados pela parceria, nada impedia que se fizesse um chamamento público ou outra espécie de seleção impessoal. Dessa forma, a competição entre os entes privados seria preservada sem que se abandonasse a cooperação obtida pelo convênio<sup>9</sup>.

Em segundo lugar, ao negar a possibilidade da parceria, o Estado também renuncia aos próprios ganhos que poderia obter com o ajuste. Ou, em linguagem própria à teoria dos jogos: não necessariamente um pacto com uma sociedade empresária é um jogo de soma zero, em que um ganha e o outro perde, ou um jogo em que só o privado ganha: ao contrário, normalmente a utilidade decorrente da parceria gera ganhos para ambas as partes, como exemplificado nos casos mencionados.

Como consequência, ao excluir as sociedades empresárias das parcerias, o Estado acaba ao mesmo tempo sacrificando ganhos próprios.

A par dessa crítica, o ponto principal do artigo é o seguinte: diante do panorama normativo exposto, pode ser comum a interpretação de que os pactos e parcerias (em sentido amplo) com entidades que tenham fins lucrativos ficaram restritos aos contratos decorrentes de licitação.

No próximo ponto trato do motivo pelo qual considero essa leitura errada.

---

<sup>9</sup> Com efeito, nos pareceres da Procuradoria do Estado de São Paulo em que foi autorizada a celebração de convênio para reforma de prédio público, constou a observação de que, caso surgissem outros interessados pela obra, deveria haver alguma forma de seleção impessoal.

#### 4. O CONCEITO DE CONTRATO UNILATERAL COMO CRITÉRIO PARA IDENTIFICAR A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.019/14

É possível explorar a definição de convênio (atuais parcerias) para analisar quais negócios jurídicos foram em última instância regulados pela Lei nº 13.019/14.

A definição dos antigos convênios não encontrava muita variação de autor para autor. Em geral, dizia-se que “consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público”<sup>10</sup>. Ou então que “são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de interesse comum dos partícipes”<sup>11</sup>.

Ademais, os autores põem grande ênfase na afirmação de que convênio e contrato não se confundem<sup>12</sup>.

Em verdade, essa diferenciação depende do conceito que se adote para contratos.

É possível falar em contrato em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido amplo, todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades (em oposição às declarações unilaterais de vontade) é considerado contrato. Já a definição em sentido estrito fica reservada ao “acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”<sup>13</sup>.

Convênios são contratos em sentido amplo, visto que representam um negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Convênios apenas não são contratos em sentido estrito, já que não se destinam essencialmente a gerar efeitos obrigacionais na esfera patrimonial dos partícipes.

Dentre os contratos, há classificação comum em direito civil e que se revela útil também para fins do direito administrativo, qual seja, aquela relativa a contratos unilaterais e bilaterais.

Nos contratos bilaterais há obrigações recíprocas e os contratantes são simultaneamente credores e devedores do outro; há direitos e obrigações para ambas as partes. Já nos unilaterais, apenas há obrigação sobre uma das partes, e utilidade auferida por outra: só há um credor e um devedor. Exemplos de contrato unilateral, assim, são a doação pura, o depósito e o comodato.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

<sup>12</sup> Por exemplo: “(...) convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 221.

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

A incidência da Lei nº 8.666/93 ocorre eminentemente sobre os contratos bilaterais, já que o contrato resultante da licitação traz direitos e obrigações para ambas as partes. O destinatário privado da vantagem patrimonial oferecida pela Administração é escolhido, assim, pelo procedimento licitatório.

É por essas razões que, em contratos unilaterais nos quais a Administração Pública seja a beneficiária, como regra considera-se desnecessário proceder à realização de licitação, já que o particular não irá auferir vantagens diretas como consequência de sua obrigação<sup>14</sup>. Somente quando surgem pluralidade de interessados, ou torna-se notória a vantagem indireta ao particular decorrente do pacto, é que se entende pela obrigatoriedade de licitar<sup>15</sup>.

O antigo convênio (e as novas parcerias) não possuem a bilateralidade própria dos contratos de que trata a Lei nº 8.666/93. A bilateralidade dos convênios é no máximo *sui generis*, uma vez que as vantagens que decorrem do pacto não recaem diretamente sobre as partes atuantes, mas sobre um fim comum. Dessa forma, partindo-se da definição ampla de contrato, convênios não precisam ser licitados porque não possuem bilateralidade. Considerando-se a definição estrita de contrato, convênios não precisam ser licitados porque sequer contratos são<sup>16</sup>.

Além do mais, da mesma forma que não são propriamente contratos bilaterais, convênios e parcerias também não são contratos unilaterais, uma vez que demandam mútua cooperação para sua execução.

Logo, os contratos unilaterais são espécie de contratos que continuam não se sujeitando como regra nem à licitação da Lei nº 8.666/93 nem à Lei nº 13.019/14.

Assim, o novo diploma de parcerias não inibe a possibilidade da Administração firmar contratos unilaterais como doação pura ou comodato, assim como ser beneficiária de outros atos prestados a título gratuito pelo particular para benefício da coletividade.

---

<sup>14</sup> “A exigência de prévia licitação relaciona-se preponderantemente com os contratos bilaterais de que participa a Administração Pública. Quando a Administração participa de contrato bilateral, isso significa que a avença produzirá para ela também deveres e não apenas direitos. A Administração será constringida a realizar uma certa prestação, a qual corresponderá ao dever de a outra parte promover a sua própria prestação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 51.

<sup>15</sup> “Mas há hipóteses de contratos unilaterais em favor da Administração, em que se impõe a realização de licitação. Isso se passa, em primeiro lugar, quando existe pluralidade de potenciais contratações, mutuamente excludentes entre si. (...) Outra hipótese de licitação obrigatória é aquela em que a liberalidade do particular é acompanhada de interesse pessoal indissociável. Isso se passa quando o particular estiver em condições de auferir vantagens não diretamente em face da Administração, mas quanto a terceiros. A liberalidade em favor da Administração será contrabalançada por benefício obtido no relacionamento com outros”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 52-53.

<sup>16</sup> Também há classificação, abordada por Diogo de Moreira Neto, que trata os convênios como espécie do gênero ato bilateral, à luz da teoria do ato complexo. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 148. Mesmo partindo-se de tal classificação, porém, a conclusão aqui exposta é a mesma.

Tomando o contrato de doação como exemplo, mesmo sendo um negócio jurídico bilateral (pois depende da vontade do donatário para sua concretização), há significativas diferenças que a afastam das parcerias previstas a Lei nº 13.019/14. Notadamente, em casos de doação sem encargo para a Administração, não há necessidade de mútua cooperação entre as partes envolvidas; antes, a obrigação é prestada somente pelo particular.

Vale notar que há o reconhecimento de que a doação não precisa ser necessariamente de bens, podendo também se constituir em serviços. Dessa forma, a reforma de bem público a título gratuito pelo particular se caracterizaria como doação de serviços.

Como exposto em caso analisado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, “se é lícito à Administração receber doações de bens sem encargos, vale dizer, doações puras de bens móveis ou imóveis, também o é valer-se de serviços ofertados a título gratuito por pessoas jurídicas de natureza privada, sobretudo na área assistencial”<sup>17</sup>.

Observo também que, em alguns casos de doação, bem como demais contratos unilaterais, é possível que exista algum tipo de atuação do Poder Público, por exemplo, mediante o compartilhamento de informações ao particular, para que este possa ter os dados necessários para a prestação dos serviços (como a disponibilização de planta de imóvel). Tais atos, porém, são na grande maioria das vezes acessórios, vez que unicamente se prestam a dar suporte para a atuação principal do particular. Não fazem parte da obrigação principal do contrato e, por tal motivo, não desnaturalizam a doação.

Neste ponto, não vejo motivos para afastar a disciplina das obrigações acessórias nos contratos celebrados pela Administração daquela existente no direito civil, tal qual prevista, por exemplo, nos artigos 92, 184 e 233 do Código Civil. Logo, obrigações que não se prestam a qualquer satisfação das partes caso vistas isoladamente, mas que se destinam unicamente a facilitar e possibilitar a prestação principal, devem ser consideradas acessórias, não desvirtuando contratos unilaterais.

Assim, há completa diferenciação dos contratos unilaterais em relação às atuais parcerias, nas quais concorrentemente as duas partes atuam para a consecução da finalidade de interesse público, sem que se possa dizer que a atuação de uma das partes é meramente acessória da outra.

Parece-me que parte da confusão que poderia advir desses diferentes institutos deriva do fato de que, antes da Lei nº 13.019/14, era comum que a formalização de contratos unilaterais como a doação de particular a favor do Estado se desse mediante instrumento denominado convênio. Porém, o termo “convênio”, nesses casos, era utilizado atecnicamente e no mais das vezes não para denominar a figura contratual realmente utilizada. O fato do instrumento “convênio”, por conta de disposição legal atual, ter ficado reservado a parcerias entre entes federados, não significa que os diferentes negócios jurídicos que o Estado celebrava às vezes sob a forma de convênio deixaram de existir.

---

<sup>17</sup> Parecer AJG nº 1000/1999.

Isso porque, como se sabe, não é a nomenclatura do instrumento que caracteriza o negócio jurídico realizado, mas sim sua própria essência.

Em resumo, mesmo ante a Lei nº 13.019/14, continua sendo possível a realização de negócios jurídicos entre a Administração Pública e entidades com fins lucrativos, uma vez que a nova lei de parcerias trata unicamente das situações em que “há mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco”, o que de forma alguma esgota o imenso rol de negócios jurídicos previstos no direito pátrio, sendo que alguns deles dispensam a realização de licitação.

Apenas nas situações em que há verdadeira cooperação, com atuação de ambos os polos do ajuste, é que não há possibilidade de celebração de parceria com entidades com finalidade lucrativa (restrição advinda da Lei nº 13.019/14).

Voltando ao exemplo do Facebook, vejamos como se daria a análise caso a parceria fosse celebrada hoje. Há dois quadros claramente distintos. Caso o Facebook desejasse atuar por mera liberalidade sem contrapartidas estatais, disponibilizando infraestrutura para acesso digital e prestando serviços correlatos, então estaríamos diante de contrato unilateral e a parceria seria possível.

Porém, caso a parceria englobasse mútua cooperação, com atuação tanto do Facebook quanto do Governo Federal, então a parceria não seria possível por conta da vedação existente na Lei nº 13.019/14 (impossibilidade que, no meu entender e conforme argumentei, decorre de escolha legislativa errônea).

Por fim, também não vejo empecilhos à utilização das normas civis que regem os contratos unilaterais, em conjunto com regras contratuais da Lei nº 8.666/93 (quando cabíveis), para disciplinar o pacto em que a Administração for parte, assim como ocorre com as locações. A eventual incompatibilidade de determinada regra do direito civil para os pactos em que a Administração for parte deve ser analisada caso a caso, mas sem que se ergam obstáculos prévios ao seu uso.

A discussão, nesse caso, resultaria em saber se o regime de direito público estaria plenamente afastado ou se ainda seria possível à Administração exercer prerrogativas que lhe são próprias<sup>18</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

As parcerias de que trata a Lei nº 13.019, por exigirem mútua cooperação, não abrangem contratos que são classificados pelo direito civil como contratos unilaterais.

---

<sup>18</sup> Para uma crítica à dicotomia entre contratos administrativos e contratos da administração, bem como à separação rígida entre regime de direito público e de direito privado, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Destarte, em uma tentativa de sistematizar a situação normativa:

- i) nos casos de contratos bilaterais, dada a presença de direitos e deveres para ambas as partes e o ganho patrimonial daí decorrido, surge logicamente o dever de licitar e a necessidade de seleção da entidade privada pelo procedimento cabível;
- ii) nos casos em que há atuação de ambas as partes por meio de cooperação, com o benefício do pacto não se destinando diretamente aos contratantes, mas sim à consecução de finalidades públicas, deve-se seguir a normativa da Lei nº 13.019/14, sendo a parceria permitida unicamente com organizações da sociedade civil;
- iii) finalmente, nos casos de contratos unilaterais, não há incidência da Lei nº 13.019/14 e como regra geral tampouco da Lei nº 8.666/93, sendo possível a contratação com entidades com finalidade lucrativa.

Ante o exposto, é importante ter em mente que a Lei nº 8.666/93 somente abrange contratações em que presente a bilateralidade, ao passo que a Lei nº 13.019/14 não regula contratos unilaterais.

Portanto, concluir ante o novo quadro normativo que qualquer contratação de entidade com finalidades lucrativas deveria necessariamente seguir o procedimento licitatório é um erro.

Essa vertente desconsidera a existência de contratos unilaterais e representa um malefício ao Estado, ao impedir a celebração de diversos negócios jurídicos que trazem ganhos à coletividade, sem frustrar o regime licitatório.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.