



Inovação na
GESTÃO PÚBLICA

Cooperação Brasil-Espanha

4

**PROPOSTAS DE TAXONOMIAS
PARA ÓRGÃOS E ENTIDADES
DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA FEDERAL E OUTROS
ENTES DE COOPERAÇÃO
E COLABORAÇÃO**

AUTORES

LUIZ ARNALDO PEREIRA DA CUNHA JUNIOR

VALÉRIA ALPINO BIGONHA SALGADO

VALDOMIRO JOSÉ DE ALMEIDA

ORGANIZADORES

ANA TEREZA CORREIA BEZERRA DE CASTRO

SAMUEL A. ANTERO

2ª EDIÇÃO

**PROPOSTAS DE TAXONOMIAS
PARA ÓRGÃOS E ENTIDADES
DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA FEDERAL E OUTROS
ENTES DE COOPERAÇÃO
E COLABORAÇÃO**

AUTORES

LUIZ ARNALDO PEREIRA DA CUNHA JUNIOR
VALÉRIA ALPINO BIGONHA SALGADO
VALDOMIRO JOSÉ DE ALMEIDA

ORGANIZADORES

ANA TEREZA CORREIA BEZERRA DE CASTRO
SAMUEL A. ANTERO

2ª EDIÇÃO

editora
IABS

BRASÍLIA • 2013



GOVERNO BRASILEIRO

PRESIDENTA DA REPÚBLICA
Dilma Rousseff

MINISTRA DO PLANEJAMENTO,
ORÇAMENTO E GESTÃO
Miriam Belchior

SECRETÁRIA-EXECUTIVA
Eva Maria Cella Dal Chiavon

SECRETÁRIA DE GESTÃO PÚBLICA
Ana Lúcia Amorim de Brito

DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE
INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO
Valéria Alpino Bigonha Salgado

GOVERNO ESPANHOL

EMBAIXADOR DA ESPANHA NO BRASIL
Manuel de la Cámara Hermoso

COORDENADOR-GERAL DA
COOPERAÇÃO ESPANHOLA NO BRASIL
Jesús Molina Vázquez

DIRETORA DE PROGRAMAS
DA AGÊNCIA ESPANHOLA DE
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL
PARA O DESENVOLVIMENTO (AECID)
Margarita García Hernández

Propostas de taxonomias para órgãos e entidades da Administração Pública Federal e outros entes de cooperação e colaboração / Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, Valéria Alpino Bigonha Salgado e Valdomiro José de Almeida (Autores), Ana Tereza Bezerra de Castro e Samuel A. Antero (Orgs.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG / Editora IABS, Brasília-DF, Brasil - 2013.

ISBN 978-85-64478-17-6

302 p.

1. Propostas de taxonomia para Administração Pública Federal. 2. Sugestões de aperfeiçoamento nos modelos das organizações públicas. 3. Análise das formas de exercício das funções executivas do Estado na regulação social e na economia. I. Título. II. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI. III. Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID. IV. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. V. Editora IABS.

CDU: 061.1

061.2

351

SUMÁRIO

✚ APRESENTAÇÃO	7
✚ CAPÍTULO I	
TAXONOMIA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E DE OUTRAS ENTIDADES E INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	9
Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior	
1. Introdução	9
2. Modelos de organização e de instrumentos de implementação de políticas públicas e delimitação do estudo	14
3. Funções Públicas (inclusive as de Estado) da União	20
3.1. Administração Direta, Autárquica e Fundacional	24
4. Descrição e Análise dos Modelos Selecionados	26
4.1 Administração Direta, Autárquica e Fundacional	29
4.2 Empresas Estatais e Assemelhadas	66
4.3 Entidades Paraestatais	81
4.4 Entidades de Colaboração	91
4.5 Sociedade de Propósito Específico	113
5. Quadros resumos das diferenças entre os modelos	115
6. Quadros de Distribuição dos Modelos pelas Funções Públicas	130
7. Contratualização de Resultados	137
7.1. Modelos do Passado	138
7.2. Modelos Atuais	139
8. Controle e Participação Social	143
9. Hipóteses de Modelos Superpostos	144
10. Controles Públicos e o Impacto na Administração Pública Federal	145
11. A Proposta de Nova Lei Orgânica da Administração Pública Federal – Reflexões	150
12. Sugestões de Aperfeiçoamento	160

13. Recomendações	161
14. Citações – Coletadas nas Entrevistas	165
14.1 Quanto aos Modelos (Taxonomia)	165
14.2 Quanto aos Princípios Constitucionais da Administração Pública (Previstos na CR/88)	166
14.3 Quanto aos Órgãos e Instrumentos de Controle	166
14.4 Quanto às Possibilidades e Alternativas de Autonomias, Flexibilidades e Instrumentos de Gestão	167
15. Conclusão	168
ANEXO – Relação de Órgãos e Entidades por Modelos	174

CAPÍTULO II

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

GRADIENTE DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO	187
---	------------

Valéria Alpino Bigonha Salgado
Valdomiro José de Almeida

1. Fundamentos da Administração Pública Brasileira	187
1.1. Fundamentos constitucionais	187
1.2. Orientações constitucionais de organização e o funcionamento da Administração Pública	190
2. Gradiente das formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública	192
2.1. Apresentação	192
2.2. Diferenciação entre ação direta e indireta da Administração Pública	193
2.3. Diferenciação entre atividade privativa, não privativa e de interesse público	195
2.4. Elementos utilizados na definição do Gradiente das formas jurídico-institucionais	200
2.5. Uma abordagem pluralista de organização da administração pública	209
2.6. Elementos de suporte à descentralização administrativa	210
3. As formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública	215
3.1. Administração Direta	215
3.2. Administração indireta	219
3.3. Autarquia	220
3.4. Fundação Pública	228
3.5. Consórcio público	241
3.6. Empresa estatal	246
3.7. Vínculos paraestatais e de colaboração	252
3.8. Ofícios públicos	260
3.9. Corporações profissionais	261

3.10. Serviço social autônomo	264
3.11. Organização Social	272
3.12. Entidade delegatária das funções de agência de água	276
3.13. Fundação de apoio	278
3.14. Organização da sociedade civil de interesse público	283
3.15. Conveniada com o poder público	287
3.16. Subvencionada pelo poder público	291
3.17. Título de utilidade pública	293
3.18. Título de entidade beneficente de assistência social	294
3.19. Entidades representativas da população	299
3.20. Fatores a serem considerados no arranjo institucional das estruturas do aparelho do estado	299
3.21. Fatores que incidem na decisão política de descentralizar – destaques	299

APRESENTAÇÃO

Samuel A. Antero*

A série de publicações intitulada Inovação na Gestão Pública resulta da exitosa cooperação técnica entre a Secretaria de Gestão Pública (Segep) e a Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento (Aecid) e nasceu da necessidade de organizar e disseminar o conhecimento sobre a temática de gestão pública produzido na secretaria.

Essa cooperação tem como objetivo a identificação de novos paradigmas e soluções para a gestão pública democrática voltada para resultados e tem possibilitado ao governo brasileiro avançar nos estudos e debates sobre alternativas de organização do aparelho governamental e modelos de avaliação de desempenho e resultados.

O quarto volume desta série apresenta dois estudos que analisam a taxonomia para órgãos e entidades da Administração Pública Federal e outros entes de cooperação e colaboração de perspectivas diferentes. O primeiro estudo, realizado pelo consultor Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, analisa e faz sugestões de aperfeiçoamento nos modelos das organizações e dos instrumentos de implementação de políticas públicas, com foco no Poder Executivo.

Ressalte-se, assim, que esse estudo não reflete as diretrizes ou orientações de governo. Trata-se de importante material de pesquisa que poderá, talvez, inspirar melhorias no modelo de aparelho de Estado no Brasil como resposta aos desafios de uma gestão pública democrática voltada para resultados.

O segundo estudo foi realizado pela Secretaria de Gestão Pública, de autoria de Valéria Alpino Bigonha Salgado, com a colaboração de Valdomiro José de Almeida. Consiste em um modelo taxonômico de análise das formas de exercício das funções executivas do Estado na regulação social e na economia, construído a partir das disposições legais e normativas atualmente vigentes no âmbito do Poder Executivo Federal.

* Diretor nacional do projeto “Inovação na Gestão Pública”.

CAPÍTULO I

TAXONOMIA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E DE OUTRAS ENTIDADES E INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior¹

O autor agradece, especialmente, a colaboração emprestada por Kaiser Freitas e Maria Helena Maier, e no geral, a toda a equipe da Secretaria de Gestão do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão e, também, a Paulo Silva Vianna Júnior, Eurípedes Aureliano Junior e Samuel Antunes Antero pelo apoio e revisão do trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Este texto é um resumo do estudo contratado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG e pelo Banco Mundial – BM, com apoio da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, do Ministério da Fazenda – MF e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, no âmbito do Projeto BRA/04/016.

O estudo foi parte de um conjunto de consultorias desenvolvidas por 3 consultores, sendo as duas primeiras (volumes I e II) a cargo deste consultor-autor e outras duas consultorias pelos demais.²

-
- 1 Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior é especialista em Gestão Pública e Diretor Geral da NeoPública Soluções Inovadores em Gestão, foi Diretor, Subsecretário e Presidente de diversos órgãos e entidades nas três esferas de governo.
 - 2 Um dos estudos foi “Modelos de Controle e de Participação Sociais existentes na Administração Pública Federal” a cargo da professora e consultora Nuria Cunill Grau.

O referido estudo foi solicitado pelo MPOG ao BM ao mesmo tempo em que foi constituída, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Comissão de Juristas³ “com o objetivo de elaborar anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração”.

O estudo foi realizado ao longo de 15 meses, e ao final, entregue e apresentado ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão em dezembro de 2010, em relatórios que totalizaram 550 páginas, além de uma apresentação para *Workshop*.

O objetivo do estudo foi “... contribuir para a proposta de simplificação do desenho do Estado, garantindo desta maneira maior clareza, transparência, eficiência e eficácia dos modelos organizacionais...”, e, tinha também, o **intuito de contribuir com a Comissão de Juristas** com elementos da realidade do setor público federal.

O estudo está dividido em em 3 partes:

- a. primeira de identificação e tipificação de modelos, compreendendo legislação, doutrina e jurisprudência e análise (Volume I);
- b. a segunda contempla “estudos de casos” de 30⁴ organizações representantes dos principais modelos, contendo marco legal, organização, pessoal, orçamento e, quando cabível, outros atributos ou características especiais, além de entrevistas com os dirigentes destas organizações, bem como dos órgãos centrais de coordenação, normatização e controle do Governo Federal. Ao todo, foram realizadas 44 entrevistas⁵, totalizando mais de 100 horas gravadas, conforme tabela 1 (Volume II);
- c. a terceira, e última, *Workshop* com apresentação e debate para representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Advocacia-Geral da União e Controladoria-Geral da União.

Cabe destacar que este estudo foi realizado posteriormente ao trabalho da referida Comissão de Juristas constituída pelo MPOG Apesar desta dissonância temporal, pretendeu-se contribuir para a reflexão da proposta em debate à época.

3 Constituída pela Portaria MP-GM nº 426, de 6-12-07, alterada pela Portaria MP-GM nº 84, de 23-4-08, e composta pelos juristas: Almiro do Couto e Silva; Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Ari Sundfeld (Coordenadora); Paulo Modesto (Secretário-Geral); Floriano de Azevedo Marques Neto; Sérgio de Andréa Ferreira; Maria Coeli Simões Pires.

4 Inicialmente, estimava-se que seriam realizados 15 estudos de caso.

5 Prevvia-se, inicialmente, que seriam realizados 30 entrevistas.

Tabela 1 – Quantitativo de Organizações Estudadas e Entrevistadas⁶

TIPO DE ORGANIZAÇÃO	QUANTIDADE DE ENTIDADES	
	Estudadas	Entrevistadas
Direito Público – Adm. Direta, Autárquica. e Fundação Pública	11	11
Direito Privados – Empresas Públicas, Binacionais e Sociedades de Economia Mista	6	8
Paraestatais	5	5
Entidades de Colaboração	8	8
Órgãos Centrais		12
TOTAL	30	44

O estudo concentrou-se nos modelos de organizações e de instrumentos de implementação de Políticas Públicas. Algumas delimitações foram fixadas *a priori* pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, quais sejam:

- a. desconsiderar o produto da comissão de Juristas que havia sido entregue ao Ministro de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão, em Brasília, no dia 16 de julho de 2009;
- b. evitar a utilização de textos de integrantes da Comissão de Juristas; e
- c. outras relativas a tipologias e instrumentos que serão apresentadas no início do item 2.

Apesar da longa pesquisa, acredita-se que nem todos os modelos tenham sido encontrados. Possivelmente existam outros modelos, principalmente, na categoria “Outras Entidades de Colaboração”.

O volume I do estudo contém ainda um esboço geral dos temas “contratualização de resultados” e “controle e participação social” para subsidiar as demais consultorias em paralelo.

As conclusões do estudo não foram apenas fruto de reflexões isoladas do Consultor-Autor, mas em boa medida, da reflexão dos diversos dirigentes de órgãos e entidades entrevistadas, que muito contribuíram para o resultado final do estudo, aos quais expresse meu profundo agradecimento.

6 Observe-se que em relação aos órgãos centrais foram realizadas apenas entrevistas e todas as entidades estudadas foram entrevistadas.

Por fim, o estudo não teve por pretensão ser um manual de direito administrativo, mas sim, uma tentativa de consolidar os modelos, as informações e as legislações disponíveis ou existentes, inclusive, para suscitar futuras investigações e novos debates.

Este texto, como foi acima descrito, é um resumo de cerca de 160 páginas do estudo de 550 páginas, neste tentou-se destacar os principais aspectos do mesmo.

Neste texto, os itens 2 a 9 foram extraídos dos itens 2 a 9 do volume I do estudo, os itens 10 a 13 foram extraídos dos itens 5 a 8 do volume II, as citações colhidas nas entrevistas, item 14, oriundas do volume II e apresentadas no workshop, e, a conclusão, item 15, foi extraída dos volumes I, II e do Workshop.

A metodologia do estudo foi apresentada nos volumes I e II do mesmo e não está descrita neste texto, bem como, não estão reproduzidos os estudos de casos ou a tabulação das entrevistas realizadas.

Nesta introdução, cabe uma pequena contextualização. Os “universos” público e privado no Brasil, usualmente, são divididos e diferenciados conforme os seus paradigmas, exemplificados na figura 1:

Figura 1 – Público versus Privado

	SETOR PÚBLICO	SETOR PRIVADO	
		Sem fins econômicos	Com fins econômicos
AÇÕES (Direcionamento)	determinado ou autorizado por lei	não é proibido por lei (ou regulamentação)	
PESSOAS	Estabilidade do corpo técnico ou operacional	“Estabilidade” da Direção	
RESULTADOS	Sociais		ΔLucro, ΔPL, ΔMarket Share, EBITIDA, LAIR, EVA, ROA, ROE, ROIC...

Adaptado de: Cunha Junior (2004)⁷

7 CUNHA JUNIOR, Luiz A. P. (2004). “O governo matricial em Minas Gerais: implantando o choque de gestão”. IX Congresso Internacional do CLAD, Madrid, Espanha – Novembro de 2004.

A figura simplista ajuda aos atores da sociedade a compreender os paradigmas básicos do setor público, mas por outro lado, encobre a realidade que é muito mais complexa.

O universo público contempla diversos modelos ou regimes que não podem ser simplificados em apenas uma dimensão, conforme demonstra-se na Figura 2:

Figura 2 – Modelos Distintos do Setor Público

SETOR PÚBLICO						
AÇÃO	Atividades Militares	Ativ. Sigilosa do Estado (ABIN)	Etiv. Exclusiva de Estado	Execução de Políticas Públicas	Exploração de Atividade Econômica	Entidade Binacional
DIREITO/REGIME	militar	???	Público	“Público” ou Privado	Privado	Internacional

As figuras 1 e 2 classificam, de forma clara e simples, as diferenças entre os seis grupos de atividades-ações e regimes que compõem a Administração Pública Federal Direta e Indireta.

Por outro lado, a Constituição da República, de 1988, prevê apenas cinco modelos básicos: Administração Direta, autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista, sendo que o fundacional vigente no âmbito federal, ainda, é o da “Fundação Autárquica”⁸.

Como será relatado ao longo do texto os 5 modelos básicos são insuficientes para que as atividades-ações explicitadas na figura 2 produzam resultados (serviços e bens) com eficiência, eficácia, efetividade, qualidade e produtividade, em especial, as atividades militares, sigilosas e de execução de políticas públicas, sobretudo as sociais.

Cabe ressaltar que o presente resumo não contempla atualizações de situações ou normas posteriores à entrega do produto contratado ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

8 O modelo de fundação privada instituída por lei ainda não foi regulamentado.

2. MODELOS DE ORGANIZAÇÃO E DE INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

Neste estudo foram analisados **os modelos das organizações e dos instrumentos de implementação de políticas públicas, com foco no Poder Executivo**, estando afastadas as demais esferas de governo e os demais poderes, bem como instituições democráticas constitucionais independentes (v.g. Tribunal de Contas e Ministério Público).⁹

Além desse recorte, o estudo também deveria focar **em modelos do próprio aparelho do estado e nos instrumentos de implementação de políticas públicas, que se materializassem em organizações**, e, portanto, foram afastados: título de utilidade pública e filantropia (comuns); convênios; contratos de repasses; imunidades e isenções tributárias; concessões; parcerias público-privadas (PPP); permissões; terceirizações; auxílios, subvenções, e outros instrumentos econômicos; cartórios, autoridades certificadoras (AC) e autoridades de registro (AR) da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil),¹⁰ além de fundos de pensão das empresas estatais.

Em decorrência da delimitação este estudo; compreende:

- **Administração Direta, Autárquica e Fundacional**
 - **Administração Direta**
 - Ministério e órgão equiparado
 - Órgão autônomo
 - Organizações militares prestadoras de serviço da Marinha (OMPS)
 - **Autarquia**
 - Autarquia “comum”
 - Agência executiva – (Inmetro)

9 Apesar de alguns autores classificarem o Ministério Público como órgão da Administração Direta.

10 Entidades que promovem registro, mas não são obrigatoriamente de Direito Público – Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a ICP-Brasil, transformou o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia e deu outras providências.

- Autarquia especial
 - Agência reguladora
 - Autarquia regional
- Autarquia territorial

- **Fundação pública**
 - de direito público (“autárquica”)
 - de direito privado (“estatal” – instituída por lei)

- **Entidades de ensino superior e técnico e de pesquisa científica e tecnológica**

- **Consórcio público**
 - de direito público
 - de direito público especial – (APO)
 - de direito privado

- **Empresas Estatais e Assemelhadas**
 - **Empresa pública**
 - Dependente
 - Não dependente
 - Correios e Infraero (Bem Público e Imunidade Tributária)
 - Brasil 2016¹¹

 - **Entidade binacional**

 - **Sociedade de economia mista**
 - de capital fechado
 - de capital aberto
 - Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) – sistemática de compras específica

11 Empresa com características especiais, cuja criação havia sido autorizada pela MP nº 488, de 12 de maio de 2010, que perdeu eficácia.

- **Entidades paraestatais**
 - **Corporação profissional**
 - Autarquia profissional
 - Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – entidade *sui-generis*
 - **Serviço social autônomo**
 - Serviço social autônomo – clássico – art. 240 da Constituição da República (CR)/1988
 - SEBRAE, APEX, ABDI (modelos derivados com contribuição parafiscal)
 - Rede Sarah – APS (sem contribuição parafiscal)
- **Entidades de Colaboração**
 - **Fundações de apoio**
 - **Organização Social (OS)**
 - **Organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP)**
 - **Organização civil de recursos hídricos (OCRH)**
 - **Outras entidades de colaboração**
 - Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)
 - Fundação CPqD (Centro de Pesquisa e Desenvolvimento de Telecomunicações)
 - Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (CEPEL)
 - Fundação Atech
 - Organização Nacional de Acreditação (ONA)
 - Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)
 - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)
 - Associações de amigos de museus
 - Cruz Vermelha Brasileira (CVB)
 - **Entidade filantrópica de saúde (de reconhecida excelência)**

- **Sociedade de Propósito Específico**

Para iniciar a análise das legislações aplicáveis, pode-se citar a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro. Em seu título II, o código trata das pessoas jurídicas, tanto públicas quanto privadas, das quais destacamos os artigos relacionados às de direito público.

TÍTULO II
DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;¹²

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Note-se que o Código Civil traz uma reduzida gama de instituições em espécie. Muitas tipologias foram previstas na própria CR/1988 e outras foram

12 Redação dada pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

criadas por leis específicas como, por exemplo, as OMPS; as agências executivas, das quais temos o Inmetro como único exemplo; as agências reguladoras; a Petrobras e a Eletrobras, com seus respectivos sistemas de licitação e contrato diferenciados (considerado uma antecipação da regulamentação do § 1º do art. 173 da CR/1988); Sebrae, Apex, ABDI e Sarah; além de algumas entidades de colaboração. Há, ainda, outras tipologias que decorrem de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), como, por exemplo, as empresas públicas independentes com bens considerados públicos e que gozam de imunidade tributária (Correios e Infraero), assim como a OAB, que foi considerada entidade *sui generis*

Dentre as entidades de colaboração, grupo mais detalhado, temos as que foram criadas ou autorizadas a serem criadas por lei (ex.: ONS, Fundação CPqD e Cruz Vermelha Brasileira); entidades incubadas pelo Estado (ex.: Fundação Atech e ONA); e outras constituídas de variadas formas, mas que de fato exercem poder de polícia (ex.: ABNT e ECAD).

Outro caso específico foi o das Entidades filantrópicas de saúde (de reconhecida excelência), como, por exemplo, hospitais Albert Einstein e Sírio-Libanês, que, em vez de prestarem assistência ao SUS, prestam consultorias ou serviços ao Ministério da Saúde, por meio de “pactuação anual específica”, em valor equivalente à isenção tributária percebida. Ainda dentro das entidades de colaboração, encontramos as associações de amigos de museus, que aparentemente atuam como fundações de apoio dos museus federais, porém, sem nenhum marco regulatório.

Para muitos dos modelos, atualmente, no âmbito federal, somente há previsão legal, não existindo nenhuma entidade concreta, como, por exemplo, consórcio público, de direito privado; fundação pública de direito privado; e sociedade de economia mista de capital fechado.¹³ Ressalte-se, no entanto, que, no nível estadual, encontramos consórcios públicos e fundações públicas de direito privado.

Outra modalidade que não encontramos exemplares é a da autarquia territorial, em face da transformação dos últimos territórios em estados pela Constituição da República de 1988.

As alterações nos modelos trazidas pela Constituição de 1998 promoveram uma revolução na Administração Pública (em alguns casos uma

13 Há informações contraditórias em relação à existência de sociedade de economia de capital fechado no âmbito da União, entretanto, não conseguimos obter ou encontrar nenhum exemplo.

involução, especialmente em relação à capacidade dos órgãos e entidades de executarem políticas públicas).

Aparentemente os Constituintes se concentraram em dois polos: 1º) funcionamento do aparato do Estado: órgãos e entidades que atuam com o poder de polícia e de exploração da atividade econômica; e 2º) nas políticas públicas, em especial as sociais.

Como resultante temos maior transparência e controle dos órgãos e entidades, entretanto, houve engessamento operacional nas atividades e organizações que precisam de maior agilidade e flexibilidade e que não atuam com Poder de Polícia, dada as características de atuação, como, por exemplo, ensino, pesquisa, assistência médica-ambulatorial-hospitalar e cultura.

Nesse contexto, a modelagem resultante para a implementação de políticas públicas padrão, que não importam no exercício do poder de polícia, foi a fundacional, que se optou equiparar ao regime autárquico e, por conseguinte, ao regime da Administração Direta.

A primeira grande atualização da CR/88 foi promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, que ajustou os modelos, re-introduziu o modelo de fundação pública de direito privado e fez previsão do Estatuto das Empresas Estatais, inclusive com regime diferenciado de licitação e contratos, dentre outros ajustes.

Dentre as alterações promovidas pela EC nº 19/1998, está a modificação do *caput* do art. 39 da Constituição, que previa a flexibilização do regime de contratação de pessoal, com o fim do Regime Jurídico Único (RJU). Esse dispositivo foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade,¹⁴ não quanto ao mérito e sim quanto ao processo de aprovação, no qual o STF decidiu, em medida cautelar, pelo restabelecimento do texto original do *caput* e, consequentemente, do RJU.

Diante deste quadro restritivo, os órgãos e entidades buscaram alternativas para ampliar a sua capacidade de *performance*, que estava vinculada a

14 Cautelar deferida, na ADI nº 2.135-DF, em 02.08.07, Pleno do STF. Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007.

uma maior autonomia na gestão de meios, como, por exemplo, gestão de pessoas, orçamentária e financeira e de aquisições e contratações.

Desse movimento tiveram origem:

- a. na administração direta, autárquica e fundacional:** OMPS, agência executiva; agências reguladoras, fundação pública de direito privado, consórcios públicos de direito público ou privado;
- b. nas empresas estatais:** as decisões do STF sobre bem público e imunidade tributária (ex.: Correios e Infraero) e as regras especiais para licitações e contratos nas sociedades anônimas (ex.: Petrobras e Eletrobras).
- c. nas entidades paraestatais:** o Sebrae, a APS (Rede Sarah), a Apex, a ABDI; e a OAB, esta última por decisão do STF;
- d. nas entidades de colaboração:** a expansão ou o surgimento de novos modelos elencados neste estudo;¹⁵ e
- e. as sociedades de propósito específico.**

Cabe frisar que o movimento se deu em uma legítima busca por flexibilidade e autonomia para se produzir mais e melhor com o mesmo ou menor volume de recursos, ou seja, com qualidade e otimização dos recursos públicos.

Há casos, como o das fundações de apoio, que foram criadas antes da CR/1988, mas tiveram sua atuação ampliada e potencializada, assim como, ocorreu sua proliferação após esse período.

3. FUNÇÕES PÚBLICAS (INCLUSIVE AS DE ESTADO) DA UNIÃO

Para este estudo tentamos promover uma classificação de todas as atividades realizadas pela União – Poder Executivo no que denominamos “funções públicas”.

Propusemos a seguinte classificação das funções públicas:

- **Atividades Exclusivas de Estado e da União:**
 - relações exteriores;
 - defesa e segurança nacional;
 - inteligência.

15 Alguns já existam antes da promulgação da CR/1988, entretanto foram fortalecidos neste processo.

- **Atividades Exclusivas de Estado – Administração Direta:**
 - Formulação de políticas públicas;
 - Supervisão de políticas públicas.

- **Atividades Exclusivas de Estado – poder de polícia administrativo e judiciário – “Poder de Estado”:**
 - registro;
 - normatização (regulamentação administrativa);
 - tributação e arrecadação;
 - licenciamento, autorização, concessão e permissão;
 - fiscalização;
 - regulação;
 - polícia.

- **Outras Atividades Estatais:**
 - fomento;
 - execução (inclusive prestação de serviço público);
 - exclusiva do estado (ex.: previdência social);
 - não exclusivas do estado (ex.: ensino superior, assistência médica hospitalar etc.)¹⁶;
 - exploração direta de atividade econômica (nos casos previstos na CR/88, imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo);
 - empresas que não exploram atividade econômica.

- **Atividades-Meio do Estado:**
 - atividades sistêmicas de planejamento, gestão, finanças, controle e jurídicas.

Muitas outras classificações poderiam ter sido adotadas, mas entendemos esta como a mais adequada para este estudo.

Essa proposta de interpretação das funções públicas decorre, principalmente, dos artigos 20 a 24 da Constituição, os quais definem o papel da União na Federação brasileira, embora os dispositivos programáticos e/ou temáticos da Constituição detalhem esses dispositivos para cada uma das matérias.

16 Na maioria dos casos livre à iniciativa privada, ou em alguns, mediante autorização do poder público.

Quando da tentativa de sistematização das funções para este estudo, deparamo-nos com dois conceitos que há algum tempo estão esquecidos: a diferença entre Governo e Estado.

Optamos, neste estudo, por adotar uma derivação das abordagens apresentadas por MEIRELLES (2010)¹⁷; e por SILVA (2000)¹⁸. Assim, para este trabalho, o conceito de **Estado** se traduz nas atividades inerentes ao poder público e que visam à segurança nacional ou ao bem coletivo, e **Governo** nas atividades onde a necessidade, conveniência ou oportunidade recomendem ou requeiram a atuação do Estado em atividades que são livres à sociedade ou à iniciativa privada.

Assim, como **Estado**, temos:

- relações exteriores;
- defesa e segurança nacional;
- inteligência;
- formulação e supervisão de políticas públicas;
- **exercício do poder de polícia administrativo e judiciário:**
 - registro
 - normatização (regulamentação administrativa.);
 - tributação e arrecadação;
 - licenciamento, autorização, concessão e permissão;
 - fiscalização;
 - regulação;
 - polícia.

Com destaque de que as três primeiras são exclusivas da União.¹⁹

E, como **Governo**, dispomos da execução de políticas:

- sociais (educação; saúde; cultura; ciência; tecnologia e inovação; meio ambiente etc.);
- de infraestrutura (energia, comunicação, transportes etc);
- econômicas (agropecuária, indústria, comércio, serviços, turismo etc.)

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 36. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

18 SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

19 Essa atribuição exclusiva da União é adotada na maioria dos países.

No conceito Governo, podemos incluir as atividades que busquem o desenvolvimento e o equilíbrio socioeconômico brasileiro, excluído o poder de polícia.

Abordamos essa temática, pois talvez seja necessário aprofundar essa discussão – Estado *versus* Governo –, tendo em vista que os modelos organizacionais e os regimes orçamentário, de pessoal, de licitação e contratos que cada grupo requer são distintos.

Muitos autores, inclusive Max Weber (2004), ao observar o poder de polícia por essa abordagem mencionam que: há “[...] monopólio do uso da violência pelo **Estado** [...]”. Sendo assim, as políticas relativas a essas áreas deveriam ser mais perenes, bem como seus agentes, ou seja, não deveriam variar, significativamente, de uma administração para outra, bem como não deveriam ser utilizadas no embate político.

Nessa dimensão, cabe fazer uma breve recordação do que é poder de polícia.

O conceito de poder de polícia não é algo recente em nosso ordenamento jurídico ou em ordenamentos jurídicos estrangeiros e, no Direito Brasileiro, encontra-se conceituado pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo 78. Vejamos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Talvez se constitua a manifestação do Estado de maior intervenção na vida dos cidadãos, uma vez que disciplina as condutas que podem ou não ser realizadas, usando dos meios necessários à garantia de seu cumprimento.

Distingue a doutrina majoritária os conceitos de polícia administrativa e polícia judiciária.

Seria, então, a polícia administrativa, aquela responsável pela prevenção e regulamentação dos atos, enquanto à polícia judiciária caberiam as atribuições repressivas, inerentes mais apropriadamente à segurança.

Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina:²⁰

[...] pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares o dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Outra possibilidade de classificação das organizações poderia ser a do regime jurídico das relações de trabalho. Por essa classificação, obteríamos:

- militar
- civil estatutário;
- civil Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

Com essa classificação, teríamos uma correlação acentuada com o modelo de Estado – Direito Público – no qual o poder de polícia administrativo e judiciário se aplicaria aos regimes militar e civil estatutário.

Por outro lado, o regime da CLT se aplicaria a empresas estatais, entidades paraestatais e de colaboração, bem como, fundação instituída por lei de direito privado e consórcio público de direito privado.

Mais uma vez obteríamos uma zona cinzenta para as atividades em que o estado atua e não se enquadram como poder de polícia administrativo e judiciário ou de exploração de atividade econômica.

3.1 ATIVIDADES DE ESTADO, EXCLUSIVAS DO PODER PÚBLICO E DA UNIÃO

Outro tema que merece destaque é o das organizações que atuam nas atividades de Estado, sobretudo as atividades exclusivas da União, como, por exemplo, ministérios da Defesa e das Relações Exteriores, comandos militares (Marinha, Exército e Aeronáutica), Gabinete de Segurança Institucional (GSI) e Agência Brasileira de Inteligência (Abin).

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 190.

Aparentemente, esse conhecimento foi perdido ou esquecido, em um processo de “negação”, reação ao regime de exceção – ditadura, governos militares –, que já acabou há mais de 25 anos, em especial nas áreas de Defesa, Segurança Nacional e Inteligência.

Além dessas, há duas organizações que também merecem destaque: a Receita Federal e a Polícia Federal. Apesar de haver organizações assemelhadas nos estados, essas diferem daquelas nos objetos, respectivamente, tributos e contribuições federais e aduana, crimes internacionais e polícia judiciária da União.

Ressalte-se que, as organizações acima citadas, são a base da constituição de Estados Nacionais, e presente em quase todas as nações.

Aparentemente, as áreas de Estado que atuam no cotidiano acabaram tendo o conhecimento público mais preservado, tais como Polícia Federal, Receita Federal e Relações Exteriores.

A adoção de modelos idênticos entre atividades civis e militares e entre atividades de Estado e Governo não parece adequado. Relembra mais uma simplificação extrema da realidade.

O conhecimento da organização e funcionamento dessas áreas merecem ser aprofundados e, possivelmente, requerem novo ordenamento de forma a atender as peculiaridades e alcançar o objetivo de cada uma delas.

A título de exemplo do que queremos expressar, vamos ao extremo, analisar a Abin, cuja missão principal é coletar informações ou conhecimento externo e proteger ou negar o acesso externo às informações ou conhecimentos internos, dentre outros.

A informação, nessa seara, é um bem fundamental, é negar acesso à “alma do negócio”. Pois bem, até algum tempo atrás publicava-se a lista nominal dos aprovados em concurso público para a Abin, atendendo ao princípio da publicidade insculpido na CR/88, como premissa básica da atuação da administração pública. Atualmente, publica-se apenas um código, mesmo assim, é uma informação do quantitativo que deveria ser preservada. Observa-se, nesse caso, que a adoção do modelo público genérico fere mortalmente a finalidade da atuação estatal requerida.

Outros exemplos são listados a seguir.

Na licitação para aquisições de refeições ou terceirização do refeitório, não deveria se publicar a estimativa de refeições, para não gerar a informação do número de pessoas em determinada instalação.

Não tem como se aplicar à área de Inteligência: publicação do orçamento do órgão, publicação do plano de cargos, carreira e salários, lei remuneratória,

direito à greve, concurso público, estabilidade, RJU ou CLT, Lei Geral de Licitações e Contratos. Devemos ser o único país do mundo a impor essas regras sobre nossa área de Inteligência de Estado.

Nesse caso, assim como na área de Defesa e Segurança Nacional e de Relações Exteriores, devemos observar os procedimentos e regras adotados por outras nações.

Talvez hoje estas entidades já iniciassem a busca de novos caminhos, como neo-órgãos autônomos, com autonomia técnica, orçamentária e financeira similares aos das autarquias, mas integrando o próprio Estado, e sem a personalidade jurídica própria e sem a representatividade e independência política.

4. DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS MODELOS SELECIONADOS

O presente estudo limitou o universo das possibilidades no campo jurídico-administrativo, alcançando abrangência significativa, porém, sem a pretensão de exaurir o tema, conquanto a impossibilidade de tal tarefa, haja vista inúmeras variações existentes no Direito Comparado e, de igual forma, no próprio ordenamento pátrio.

Saliente-se que a falta de força cogente a um normativo geral de organização pública incitou ao largo dos anos a criação, pelos distintos entes federativos, União, estados e municípios, de pessoas públicas e privadas em colaboração ao Estado com características próprias, algumas bastante questionáveis.

Dividindo o trabalho em cinco grandes linhas, temos inicialmente o estudo da administração direta, autárquica e fundacional, suas subdivisões, somando-se a estas as entidades de ensino superior e técnico e os consórcios públicos, em face do regime jurídico predominante aplicável.

- **Administração Direta, Autárquica e Fundacional**

- **Administração Direta**

- Ministério e órgão equiparado
- Órgão autônomo
- OMPS

- **Autarquia**

- Autarquia “comum”

- Agência executiva – Inmetro
- Autarquia especial
 - agência reguladora
 - autarquia regional
- Autarquia territorial

- **Fundação pública**
 - de direito público (“autárquica”)
 - de direito privado (“estatal” – instituída por lei)

- **Entidades de ensino superior e técnico e de pesquisa científica e tecnológica**

- **Consórcio público**
 - de direito público
 - APO (de direito público especial)
 - de direito privado

Sob a insígnia de empresas estatais e assemelhadas, buscou-se a análise das empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades binacionais, nos termos:

- **Empresas Estatais e Assemelhadas**
 - **Empresa pública**
 - Dependente
 - Não dependente
 - Correios e Infraero (bem público e imunidade tributária)
 - Brasil 2016

 - **Entidade binacional**

 - **Sociedade de economia mista**
 - De capital fechado
 - De capital aberto
 - Petrobras e Eletrobras (sistemática de compras específica)

De forma taxonômica e seguindo uma abordagem doutrinária bastante atual, separaram-se em categorias distintas entidades paraestatais e entidades de colaboração, comportando as primeiras o que se segue:

- **Entidades Paraestatais**

- **Corporação profissional**

- Autarquia profissional
- OAB – entidade *sui generis*

- **Serviço social autônomo**

- Serviço social autônomo – clássico (art. 240 da CR/88)
- SEBRAE, APEX, ABDI (modelos derivados com contribuição parafiscal)
- Rede Sarah – APS (sem contribuição parafiscal)

Aos entes de colaboração tocou o maior número de figuras atualmente existentes, todas com nuances e características próprias, que os qualificam. Vejamos:

- **Entidades de Colaboração**

- **Fundação de apoio**

- **Organização social**

- **Oscip**

- **OCRH**

- **Outras Entidades de Colaboração**

- ONS
- Fundação CPqD
- Cepel
- Fundação Atech
- ONA
- ABNT

- Ecad
- Associações de amigos de museus
- Cruz Vermelha Brasileira

- **Entidade filantrópica de saúde (de reconhecida excelência)**

Por derradeiro:

- **Sociedade de Propósito Específico**

Estas são, então, as cinco grandes linhas de modelos jurídico-administrativos brasileiros vigentes, contempladas neste estudo, as quais serão apresentadas de forma individualizada a seguir.

Conforme dito, acredita-se que, nem todos os modelos tenham sido encontrados, possivelmente existam outros, principalmente, nas outras entidades de colaboração.

4.1 ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

A conceituação da Administração Pública inicia-se pela Constituição da República de 1988, da qual se extraem alguns excertos:

Art. 37. **A administração pública direta** e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedece** aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

II - **a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público** de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

[...]

XIX - **somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autORIZADA a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de **licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, **regime jurídico único** e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide *ADIN nº 2.135-4*)

[...]

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003*)

[...]

Art. 41. **São estáveis** após três anos de efetivo exercício **os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público**. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

§ 1º O servidor público estável **só perderá o cargo**: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

[...]

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

[...]

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o **orçamento fiscal** referente aos **Poderes da União**, seus **fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta**, inclusive **fundações** instituídas e mantidas pelo Poder Público; [...] (grifos nossos).

Destacamos os modelos explícitos, a forma de criação e as diretrizes para a gestão dos principais meios, pessoal, licitações e contratações e orçamento aplicáveis à Administração Pública, em especial à Administração Pública Direta e à Fundacional Pública.

4.1.1 Administração Direta

O conceito de Administração Direta, tal qual conhecido hodiernamente, tem sua base legal no art. 4º, I, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Em seu texto, o artigo dispõe que Administração Direta “se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios”. Decorre então desse conceito que a Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a titularidade e competência para executar serviços públicos. O que a diferencia dos outros entes é que essa ação ocorre de forma centralizada, por meio de órgãos internos e de forma direta, sem intermédios. Ressalte-se, ainda, que os órgãos da Administração Direta não possuem personalidade

própria, nem patrimônio próprio. São todos ligados diretamente ao poder público propriamente dito, o ente federal (União, estados e municípios).²¹

Pode-se dizer, então, que a Administração Pública Direta é o conjunto de órgãos públicos vinculados diretamente ao chefe da esfera governamental que integram, não possuindo personalidade jurídica própria, patrimônio e, de regra, autonomia administrativa e cujas despesas são realizadas diretamente através do orçamento da referida esfera.

Na esfera federal a Administração Direta é composta de órgãos principais que se dividem em duas classes: a Presidência da República e os ministérios. O presidente da República é o chefe do Poder Executivo e também líder da Administração (art. 84, II, da CR); e os ministérios são grandes órgãos administrativos, pelos quais se dividem as matérias de interesse público, servindo de apoio à Presidência da República.

Nos poderes Legislativo e Judiciário, a organização interna é definida nos próprios atos de organização administrativa. É regra que os órgãos que compõem esses poderes tenham a capacidade instituída por lei de disporem sobre sua administração, via regimento interno ou outro dispositivo legal cabível.

Na esfera estadual, existe certa semelhança com a disposição do poder na esfera federal; existindo, pois, o Governo do Estado, os órgãos de assessoria deste e as diversas secretarias e suas subdivisões. Legislativo e Judiciário, assim como o Executivo, também guardam simetria com a divisão federal. Já a esfera municipal tem como grande diferença das demais o fato de não possuir poder Judiciário, se assemelhando às demais nos outros aspectos.

O sistema em que se baseia a Administração Direta é defasado em várias áreas e, portanto, carece de reformulação para se adaptar às necessidades atuais. Tal revisão vem sendo buscada por meio de anteprojetos normativos em estudo, dentre outras medidas.

A última revisão ocorrida no modelo instituído pelo Decreto-Lei nº 200/1967 foi em 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, proposto à época pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (Mare). Tais mudanças persistem, mas não são mais suficientes para a situação atual da Administração, em face do dinamismo evolutivo inerente às relações administrativo-governamentais.

21 Para maiores detalhes, consultar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 408; e CARVALHO, Raquel Melo. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Podivm, 2008, p. 629.

Para se falar em modelo de governança da Administração Direta é importante lembrar que a República Federativa do Brasil adota forma de Estado Federativo, forma de Governo Republicano e sistema de Governo Presidencialista. Esse conjunto implica o fato de ser o presidente da República o mesmo que exerce os cargos e funções de chefe de Estado e de chefe de Governo.

A Constituição Federal, em seu parágrafo único do artigo 1º, nos ensina que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O artigo 1º do Decreto-Lei nº 200/1967 apregoa, por sua vez que “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado”.

O presidente da República na condição de representante máximo do povo, devidamente eleito, é o detentor, dentro de sua esfera de poder, da responsabilidade maior pelo governo do Estado. Sobre si recai a responsabilidade de governar, com autonomia, os destinos da nação.

Na condição de auxiliares, os ministros são subordinados ao presidente eleito, visto existir de fato e de direito uma hierarquia, cabendo ao presidente dispor sobre tais assentos.

Porém, tratando-se de ministros, todavia, prerrogativas são asseguradas, conforme estatui o artigo 2º do Decreto-Lei nº 200/1967: “O Presidente da República e os Ministros de Estado exercem as atribuições de sua competência constitucional, legal e regulamentar com o auxílio dos órgãos que compõem a Administração Federal”.

Os servidores de órgãos e entidades que compõem a Administração Federal, por sua vez, podem ser nomeados em cargos de livre exoneração, pelo próprio presidente da República, ou por seus ministros diretamente autorizados em face de delegações pretéritas.

Nesse arcabouço da Administração Direta, encontram-se os ministérios e órgãos equiparados, cuja responsabilidade precípua deveria ser a formulação e supervisão de políticas públicas nacionais (para todas as esferas) ou federais (exclusivas de responsabilidade da União).

Entretanto, dentro desses órgãos, atualmente, há diversas formas de execução de políticas públicas, variando de acordo com as competências de cada pasta, como, por exemplo, Receita Federal do Brasil, no Ministério da Fazenda, instituições de pesquisa no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e hospitais no Ministério da Saúde, sendo que algumas contemplando o exercício do poder de polícia e outras as atividades não exclusivas de estado.

Obviamente os requisitos de autonomias e flexibilidades para a formulação e supervisão de políticas são distintos dos necessários para as diversas formas de execução. Alguns órgãos, como se verá a seguir, possuem características especiais, que os qualificam, enquanto outros, em sua maioria, são peças de menor autonomia.

4.1.1.1 Órgão Autônomo

Órgãos autônomos são entidades participantes da administração direta, que possuem autonomia técnica, financeira e administrativa. Apesar disso, não possuem personalidade jurídica própria, sendo representados pela União. Os órgãos autônomos foram previstos já no Decreto Lei nº 200/1967, que assim dispunha:

Art. 172. O Poder Executivo assegurará **autonomia administrativa e financeira**, no grau conveniente, **aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da supervisão ou execução de atividades de pesquisa ou ensino, de caráter industrial, e de outras** que, por sua natureza especial, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos de Administração Direta, observada, em qualquer caso, a supervisão ministerial.

Parágrafo único. Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos. (grifos nossos).

A redação do artigo foi modificada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, a seguir transcrito:

Art. 172. O Poder Executivo assegurará **autonomia administrativa e financeira**, no grau conveniente **aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola**, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial.

§ 1º Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos.

§ 2º Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a **instituir fundos especiais de natureza contábil**,

a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extraorçamentários, inclusive a receita própria. (grifos nossos).

Ressalte-se que o texto vigente do Decreto-Lei nº 200/1967, correlacionou os órgãos autônomos com serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da **execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola**.

Os órgãos autônomos são órgãos, unidades administrativas, que integram a administração pública direta, executam políticas públicas, mas que por opção administrativa-legal, não foram apartados da administração direta, ou seja, não se constituíram em autarquias ou fundações, não dispõem de personalidade jurídica e patrimônio próprios ou representatividade política.

Em certos casos, apesar de não contemplados pelo rol de atividades do Decreto-Lei nº 200/1967, podem ser órgãos que integram a administração pública, mas que por terem demasiado poder, seja este fiscalizatório, inteligência ou outras modalidades, possuem características e regulação especiais; e, por essas características, não é conveniente ao Estado que disponham de personalidade jurídica e patrimônio próprios, bem como de representatividade política.

Em alguns casos, pode haver concessão de autonomia financeira, ficando o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, aos quais são levados todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extraorçamentários, inclusive a receita própria.

Porém, uma classificação mais abrangente e acertada quanto aos órgãos autônomos os dividiria em:

- **órgãos autônomos tradicionais – Decreto-Lei nº 200/1967; e**
- **neo-órgãos autônomos.**

Órgãos autônomos tradicionais são aqueles criados sob a observância estrita dos ditames do artigo 172 do Decreto-Lei n.º 200/1967, mediante ampliação de sua autonomia administrativa e financeira, atuantes nas atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diferenciado. Exemplos de órgãos autônomos tradicionais são: Instituto Nacional de Meteorologia (Inmet/Mapa), Comissão Executiva do Plano de Lavoura Cacaueira (Ceplac/Mapa), Instituto Nacional de Tecnologia

(INT/MCTI), tribunais marítimos²² (Comando da Marinha/MD), os extintos Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (Inan) e Central de Medicamentos (Ceme), ambos do Ministério da Saúde, entre outros.

Há outros exemplos de organizações que foram criadas como órgãos autônomos e posteriormente foram transferidos para a administração pública indireta como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Consideram-se, para efeito deste estudo, **neo-órgãos autônomos** aqueles aos quais o instrumento legal de criação assegurou autonomias e flexibilidades extraordinárias cujas atividades não estavam elencadas no Decreto-Lei nº 200/1967 (ex.: autonomia administrativa, orçamentária, financeira e/ou técnica etc.), em face da singularidade e relevância das atribuições que lhe são afetas, que não poderiam ser exercidas de forma descentralizada (ex.: autarquia), porém, não necessitam ou são incompatíveis de possuir personalidade jurídica própria, faltando a estes representatividade e independência política.

Exemplos de neo-órgãos autônomos são: Receita Federal do Brasil, Polícia Federal, comandos militares, representações diplomáticas, dentre outros.

Os neo-órgãos autônomos podem ser classificados, quanto à natureza de suas atividades, como prestadores de:

- **atividades civis de estado:** Abin, Receita Federal, Polícia Federal, embaixadas, consulados e assemelhados.
- **atividades militares de estado:** os três comandos militares.

Desses acima citados, caberia, para melhor compreensão, um detalhamento maior.

Discorrendo sobre o primeiro exemplo de neo-órgão autônomo, a Secretaria da Receita Federal (SRF) foi criada pelo Decreto nº 63.659, de 20 de novembro de 1968, substituindo a Diretoria-Geral da Fazenda Nacional, criada por Getúlio Vargas, em 1934.

Com a Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, ocorreu a fusão entre a Secretaria da Receita Federal (SRF) e a Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), sendo criada a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB).

A SRFB é um órgão autônomo e singular, o que não foi expressamente citado pela lei, mas consta que é subordinado ao Ministério da Fazenda, que

22 Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954.

exerce funções essenciais de administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do país.

A SRFB auxilia também o Poder Executivo Federal na formulação da política tributária brasileira, além de trabalhar para prevenir e combater a sonegação fiscal, o contrabando, o descaminho, a pirataria, a fraude comercial, o tráfico de drogas e de animais em extinção e outros atos ilícitos relacionados ao comércio internacional.

A Receita Federal do Brasil, assim como outros órgãos com autonomia no Ministério da Fazenda, dispõe de gestão direta de fundo público de natureza contábil, assim como disposto no § 2º do art. 172 do Decreto-Lei nº 200/1967.

Ainda no Ministério da Fazenda, encontramos outros dois órgãos com características similares, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a Escola de Administração Fazendária (Esaf). O Decreto nº 7.301, de 14 de setembro de 2010²³, esclarece:

Art. 8º8o À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, técnica e juridicamente subordinada ao Advogado-Geral da União e administrativamente ao Ministro de Estado da Fazenda, compete:

.....omissis.....

IX - gerir a subconta especial do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, de que tratam o Decreto-Lei no 1.437, de 17 de dezembro de 1975, e a Lei no 7.711, de 22 de dezembro de 1988, destinada a atender ao Programa de Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União;

.....omissis.....

Art. 29. À Escola de Administração Fazendária compete:

VII - administrar o Fundo Especial de Treinamento e Desenvolvimento, de natureza contábil, de que trata o Decreto no 73.115, de 8 de novembro de 1973.

O segundo neo-órgão autônomo citado é o Departamento de Polícia Federal. Sua origem remonta à época da ditadura de Getúlio Vargas, quando este, no ano de 1944, alterou a denominação da Polícia Civil do Distrito Federal para Departamento Federal de Segurança Pública (DFSP), por meio de um

23 O Decreto citado foi revogado pelo de nº 7.386, de 8/12/2010, e este pelo Decreto nº 7.391, de 13/12/2010. Hoje vigora o Decreto nº 7.482, 16/05/11.

Decreto Parlamentar. Atualmente, a Polícia Federal está prevista na Constituição, em seu art. 144, I.

Assim como a SRFB, a Polícia Federal também dispõe fundo público de natureza contábil, criado pela Lei Complementar nº 89, de 18 de fevereiro de 1997, que instituiu o Fundo para Aparelhamento e Operacionalização das Atividades-Fim da Polícia Federal (Funapol), regulamentado pelo Decreto nº 2.381, de 12 de novembro de 1997.

Outro exemplo já citado de neo-órgão autônomo é a Abin. A agência foi criada pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e regulamentada por vários decretos subsequentes. A área de atuação da Abin é definida pela Política Nacional de Inteligência, ditada pelo Congresso Nacional de acordo com indicativo do Poder Executivo Federal como de interesse do país.

Apesar do nome, a agência não tem natureza autárquica, tratando-se de órgão autônomo, que presta serviços diretamente à Presidência da República. É fiscalizada pelo controle externo exercido pelo Congresso Nacional, que possui uma comissão mista de senadores e deputados para este fim, denominada Comissão Mista de Controle da Atividade de Inteligência (CCAI).

Como a maior parte dos órgãos estatais, os cargos efetivos da Abin são preenchidos, desde sua criação por concurso público.

Outro item que merece aprofundamento refere-se aos três comandos militares, que talvez possam se classificar inclusive como um segundo grupo de neo-órgão autônomos – militares.

Os comandos militares, após a criação do Ministério da Defesa e da transformação dos respectivos ministérios da Marinha, Exército e Aeronáutica em Comandos, continuaram a operar de forma independente, inclusive com autonomia administrativa, orçamentária e financeira, com a participação crescente do Ministério da Defesa na consolidação e harmonização da peça orçamentária.

Outro indício desta diferenciação é que os três comandantes militares receberam assento constitucional, com prerrogativas próximas a de ministro de Estado, e até o decreto de organização de cada comando é específico e apartado do Ministério da Defesa.

Os três comandos dispõem, inclusive, de dois fundos cada, sendo um para as atividades finalísticas (Fundo Naval, Fundo do Exército e Fundo Aeronáutico) e outro para as atividades de saúde.

Nesse grupo, neo-órgãos autônomos, tentou-se demonstrar que a propalada autonomia administrativa e financeira, inclusive com a instituição de

fundos especiais de natureza contábil, tem se expandido, principalmente, pelas unidades administrativas de ministérios que realizam atividades estratégicas e exclusivas de estado, constituindo-se, na prática em órgãos autônomos independentemente de previsão legal expressa. E, o mais importante, devem assim permanecer.

4.1.1.2 Organização Militar Prestadora de Serviços da Marinha - OMPS

Conceitualmente, OMPS é a organização militar que presta serviços a outras organizações militares e, eventualmente, a organizações externas à Marinha em uma das seguintes áreas: industrial, de ciência e tecnologia, hospitalar, de abastecimento e de serviços especiais, efetuando a cobrança pelos serviços prestados, a partir dos custos e despesas por ela incorridos. Assim, é possível perceber que, à semelhança das empresas privadas, o relacionamento do tipo fornecedor/cliente passou a ser buscado pelas OMPS.

As OMPS são na verdade um subgrupo muito específico de órgãos autônomos e representam a primeira e, até o momento única, aplicação explícita pela União do disposto no § 8º do art. 37 da CR/88.

As OMPS foram instituídas em 1994 na Marinha, com o intuito de mudar o foco do sistema de gestão existente à época. Foi elaborado um modelo em que, pela apuração e apropriação de custos, por intermédio do Siafi – Sistema Integrado de Administração Financeira e de sistemas internos de informações gerenciais, fosse possível tornar essas organizações militares mais flexíveis e adaptáveis às rápidas mudanças que a era da globalização exige. As funções e competências das OMPS foram delimitadas pela Lei nº 9.724, de 1 de dezembro de 1998.

A intenção era, então, instituir organizações que produzissem bens e serviços com alta qualidade, ao menor custo possível, dirigidas ou comandadas por militares com criatividade e autonomia suficientes para reagir rapidamente às necessidades atuais, e que pudesse ser cobrado por resultados e não somente pelo cumprimento de normas e dispositivos legais.

Decorrentes da criação do Sistema OMPS, destacam-se, dentre outros, os seguintes benefícios para a Marinha: evitou-se o fluxo físico de recursos do Fundo Naval e do Tesouro entre uma OM e uma OMPS, tendo em vista que o pagamento pelos serviços prestados é feito de forma escritural; evitou-se a dupla execução dos créditos orçamentários e sua representação no balanço da Marinha do Brasil; permitiu o conhecimento do custo efetivo de operação

de uma OMPS, na forma mais real possível; e permitiu uma melhor aplicação dos recursos do Fundo Naval.

Diversas foram as dificuldades de implantação dessas organizações à época de sua criação. O maior obstáculo encontrado para implantação do Sistema OMPS foi a quebra de paradigmas, ou seja, a inserção e consolidação de uma cultura de custos e de gestão, logo após a saída do país de um longo processo inflacionário. A solução encontrada para minimizar o impacto dessas mudanças foi a normatização de procedimentos, a sensibilização quanto a necessidade de mudança e, por fim, a contratação de pessoal especializado para avaliar o custo/benefício e resultados das modificações implementadas.

A Lei nº 9.724/1998 previa as seguintes autonomias administrativas:

Art. 6º As OMPS poderão contratar mão-de-obra, com as seguintes estipulações:

I – investidura no emprego, com observância do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

[...]

Art. 7º É autorizada, no âmbito da Marinha, a contratação de até dez mil empregados, de nível superior e médio, conforme programação a ser aprovada em ato conjunto dos Ministros de Estado da Marinha e da Administração Federal e Reforma do Estado.

[...]

Art. 9º Os atuais servidores públicos lotados nas OMPS, respeitados os interesses da Administração, poderão optar pelo regime da CLT, processando-se, neste caso, a extinção do respectivo cargo, na forma prevista no art. 7º.

[...]

Art. 11. Aplicam-se para as OMPS os limites estabelecidos no parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, alterada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Além do limite de dispensa de licitação em dobro, a lei previa a adoção de pessoal pelo regime CLT, talvez vinculada à alteração do *caput* do art. 39 da CR/1988, que flexibilizada o regime de pessoal do setor público, cuja eficácia foi suspensa pelo STF.

A título de ilustração, incorporamos citação feita a uma OMPS no *site* da Marinha do Brasil: um exemplo de sucesso da implantação das OMPS é o Centro de Reparos e Suprimentos Especiais do Corpo de Fuzileiros Navais. Essa OMPS foi criada em 1994, transformando um antigo depósito de estoque de material do Comando Geral da Marinha, quase sem utilidade, em uma OMPS que oferece serviços de estoque, manutenção e reparo de equipamentos militares, gerindo seus recursos como uma empresa privada, provendo assim serviços de excelência.²⁴

4.1.2 Autarquias

4.1.2.1 Autarquia Comum

As autarquias comuns são entes da Administração Indireta, com previsão expressa na Constituição da República, que, em seu art. 37, XIX, estabelece sua criação por lei e que exercem as mais diversas atividades ligadas à Administração Pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada à instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

[...]

O conceito legal vigente de autarquia encontra-se no Decreto-Lei nº 200/1967, em seu artigo 5º:

Art. 5º Para os fins desta lei considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da

24 Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/cmcfm/CRep3.htm>>

Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵ nos ensina que a expressão autarquia surgiu na Itália, em 1897, tendo sido cunhada por Santi Romano, para a Enciclopédia Italiana, com estrita referência às comunas, províncias e outros entes públicos. No Brasil, instituições com natureza autárquica de fato surgiram anteriormente ao conceito legal, a exemplo do modelo inicial adotado pela Caixa Econômica Federal em 1861 (Império) e o posterior surgimento do Instituto de Aposentadoria e Pensões, já em 1923. Ainda dispõe: “O primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto-Lei n.º 6.016, de 22-11-43 que a definia como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

É mister salientar, porém, que o conceito de “autarquia” hodiernamente aceito pela doutrina, não é o mesmo que disposto na legislação comentada. Apresentam-se, a seguir, alguns conceitos de doutrinadores renomados:

Sinteticamente, mas com precisão, as autarquias podem ser definidas como “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa.”

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160.)

Pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 421).

Autarquia é uma pessoa jurídica de direito público que integra a Administração Indireta e Descentralizada do Estado, criada por lei específica, para o exercício de funções próprias e típicas do Estado, com independência de auto-administração e sujeição ao controle de tutela.

As autarquias têm por objetivo exercer as atividades típicas do Estado,

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 428.

o que inclusive se coaduna com a personalidade de direito público que lhe é característica.

Dentre as atividades típicas do Estado, tem-se autarquias que exercem atividade regulatória e poder de polícia (Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), outras que prestam serviços públicos de educação, além de autarquias especiais como as agências reguladoras que reúnem mais de uma atividade pública típica (Anatel que exerce atividade regulatória e de polícia administrativa no setor de telefonia). (CARVALHO, Raquel Melo Urbano.

Curso de Direito Administrativo. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 635 e 639).

As autarquias gozam de prerrogativas especiais, idênticas às da Fazenda Pública, ou seja, idênticas às da Administração Direta, das quais destacamos:

- a. prescrição quinquenal de suas dívidas:** os débitos de qualquer natureza prescrevem no prazo de cinco anos, conforme também prescrevem os da Fazenda Pública, não seguindo aos prazos comuns do Código Civil, maiores, propiciando segurança jurídica e melhor planejamento;
- b. imunidade tributária:** relativa a impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, prevista no artigo 150, inciso VI, da CR/88, deixando de recolher IPVA, IR, IPTU, Cofins, Imposto de Importação, FGTS, PIS, Salário Educação, Sesc, reduzindo ainda os encargos tributários e previdenciários, dentre outros, e revertendo a retenção do IRRF ao Município nos termos do artigo 158, inciso I, também da CR;
- c. prerrogativas Processuais:** idênticas à Fazenda Pública, prazo em quádruplo para responder e em dobro para recorrer, além de duplo grau de jurisdição;
- d. além de presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade.**

Outra característica que merece destaque é referente ao patrimônio, mais uma vez citamos a professora Raquel Melo Urbano de Carvalho:²⁶

O Patrimônio de uma autarquia é formado integralmente por bens públicos. Sendo bens públicos, os bens das autarquias caracterizam-se pela imprescritibilidade (insuscetíveis de usucapião), pela alienabilidade condicionada

26 *Idem*, p. 653.

(apenas os bens dominicais podem ser alienados, se cumpridas todas as exigências legais), pela não-onerabilidade (não podem ser objeto de direitos reais) e pela impenhorabilidade (impossível incidir penhora sobre os mesmos, até pela incidência do sistema de precatórios e de procedimentos executórios específicos).

Quanto ao pessoal, a matéria encontra-se em discussão, neste momento, em virtude da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal em medida cautelar “[...] para suspender a redação atribuída ao *caput* do Art. 39 pela Emenda Constitucional 19[...]”, na ADI nº 2.135-DF, em 2 de agosto de 2007.²⁷ Retorna-se a redação originária do *caput* do art. 39 da CR/88, que prevê a adoção de regime jurídico único. Ainda está pendente o julgamento do mérito da ação.

A decisão ainda cautelar, com efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da decisão, suscitou controvérsia. Muitos juristas têm defendido que isso implica na impossibilidade de adoção, a partir da decisão, de regime CLT para os quadros de pessoal das autarquias.

Outra discussão, com opiniões controversas entre os juristas, referente à pessoal, é a relativa à possibilidade de pessoal regido pela CLT exercer poder de polícia.

Ressalte-se que o STF adotou dois entendimentos diferentes em relação às autarquias, apesar de categorias e características diferentes. Em relação às agências reguladoras, foi suspensa a eficácia da lei que criava empregos públicos para o exercício do poder de polícia,²⁸ e, no caso das ditas autarquias corporativas, conselhos regionais de regulação e fiscalização profissional, foi admitido que o quadro de pessoal fosse regido pela CLT²⁹. Observe-se que as decisões foram adotadas antes da apreciação da medida cautelar retromencionada referente ao *caput* do art. 39 da CR/88.³⁰

27 Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007.

28 Liminar deferida, na ADI nº 2.130-DF, em 19 de dezembro de 2000, rel. min. Marco Aurélio.

29 ADI nº 1.717-DF, rel. min. Sydney Sanches, Pleno do STF, DJU de 28 de março de 2003.

30 Cautelar deferida, na ADI nº 2.135-DF, em 2 de agosto de 2007, Pleno do STF.

4.1.2.1.1 Agência Executiva – Inmetro

As agências executivas surgiram no Direito Brasileiro pelo advento da Lei nº 9.649/1998, que, em seus artigos 51 e 52, fez direta referência à criação desta figura jurídica pelo Poder Executivo, os requisitos para sua criação, bem como a previsão da aplicação de contrato de gestão neste caso.

Agência executiva não é, estritamente, um modelo mas sim uma qualificação dada a determinada organização pública que cumpre requisitos previstos na legislação e face a isto percebe flexibilidades de gestão.

Exemplo único, até o momento, da aplicação de tal lei é o Inmetro. Em 11 de dezembro de 1973, foi publicada a Lei nº 5.966, que criou o Inmetro, que, no âmbito de sua ampla missão institucional, tem por objetivo fortalecer as empresas nacionais, aumentando a sua produtividade por meio da adoção de mecanismos destinados à melhoria da qualidade de produtos e serviços.

O Inmetro é uma agência executiva, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que atua como Secretaria-Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro).

Objetivando integrar uma estrutura sistêmica articulada, o Sinmetro, o Conmetro e o Inmetro foram criados pela Lei nº 5.966/1973, cabendo a este último substituir o então Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM) e ampliar significativamente o seu raio de atuação a serviço da sociedade brasileira.

O Inmetro adota, em sua administração, a utilização de Contratos de Gestão, visando à fixação de objetivos, metas e indicadores de desempenho a serem alcançados pela instituição. Está em vigor atualmente um Contrato de Gestão firmado entre o MDIC e o Inmetro, mediante interveniência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Tal contrato se destina a fixar também as medidas de organização administrativa que ampliem a autonomia de gestão do Inmetro durante a vigência do referido contrato, em função de sua qualificação como agência executiva. Por fim, são delimitados ali todos os direitos e deveres de ambas as partes, de forma a criar um estímulo ao melhor oferecimento de serviços.

Foi também instituída, pela Portaria MDIC nº 319, de 6 de outubro de 2005, a Comissão de Avaliação de Resultados do Contrato de Gestão do Inmetro, que edita anualmente um relatório minucioso no qual se detalha o que foi cumprido e o que se deixou a desejar. Pelas avaliações recentes, o

contrato de gestão tem apresentado resultados positivos, com aumento da qualidade e produtividade dos serviços prestados, e os relatórios podem ser vistos na íntegra na página virtual do Inmetro.

Aparentemente, esse modelo não obteve outras adesões por duas razões básicas: a primeira por baixos incentivos; a exposição da organização e dos dirigentes é maior e as prerrogativas e flexibilidades para o alcance das metas são insuficientes, quase irrelevantes; a outra deve estar relacionada à reação de diversos setores, inclusive dentro do próprio Poder Executivo, ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a partir da extinção do Mare em 1999.

É uma experiência importante, que aparentemente obteve sucesso e poderia ser retomada e expandida.

4.1.2.2 Autarquia Especial

As autarquias especiais são autarquias que, pela natureza dos serviços que prestam, são dotadas, em seu ato constitutivo, de poderes especiais e mais abrangentes do que aqueles conferidos às autarquias comuns.

Para o professor José dos Santos Carvalho Filho, o que diferencia as autarquias comuns das especiais é o regime jurídico:³¹

É sob esse aspecto que se admite a classificação de dois grupos de autarquias quando se leva em conta o seu regime jurídico: a) **autarquias comuns** (ou de **regime comum**); b) **autarquias especiais** (ou de **regime especial**). Segundo a própria terminologia, é fácil distingui-las: as primeiras estariam sujeitas a uma disciplina jurídica sem qualquer especificidade, ao passo que as últimas seriam regidas por disciplinas específicas, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias.

Foi a Lei nº 5.540, de 28/11/1968, que, ao dispor sobre a organização do ensino superior, estabeleceu que as universidades e estabelecimentos de ensino, quando oficiais, se constituíriam em **autarquias de regime especial** [...]. Contudo, não definiu o que seria este regime especial, limitando-se exclusivamente a consignar que esse regime obedeceria às

31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 428-429.

“peculiaridades” indicadas na disciplina legal. Acolhendo essa qualificação, alguns doutrinadores adotaram o entendimento de que o regime especial se caracterizaria pelas regalias que a lei conferisse à autarquia, houvesse ou não referência em dispositivo legal. [...]

José dos Santos Carvalho Filho cita, por exemplo, Hely Lopes Meirelles que considerava autarquias de regime especial o Banco Central do Brasil (Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962) e a Universidade de S. Paulo (Decreto-Lei nº 13.855, 29 de fevereiro de 1944).

Ainda, segundo o Professor José dos Santos Carvalho Filho:³²

Diante tão reiteradas referências legais, seria de perguntar-se: quais os elementos definidores das autarquias de regime especial? Sem embargo de os autores não traçarem linhas rigorosamente idênticas a respeito de tais elementos, podemos dizer, numa visão geral, que corresponderiam às seguintes prerrogativas: 1º) poder normativo técnico; 2º) autonomia decisória; 3º) independência administrativa; 4º) autonomia econômico-financeira.

Segundo a Professora Raquel Melo Urbano de Carvalho:³³

No direito Brasileiro, algumas autarquias mereceram o qualificativo “especiais” por parte da doutrina e da jurisprudência. As Universidades Públicas Federais, p. ex., em razão de o artigo 207 da Constituição lhes assegurar autonomia didático, científica, administrativa e de gestão financeira ou patrimonial, foram categorizadas como autarquias especiais. Também algumas unidades escolares com atividades específicas e regulamentação diversa das demais autarquias receberam tal qualificativo nos tribunais,³⁴ [...]

Em todos estes casos, cumpre observar que a especialidade admissível ao regime jurídico destas entidades é somente aquela que resulta de

32 *Idem.*

33 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 665-666.

34 REsp nº 495.839-RJ, rel. min. Eliana Calmon, 2ª Turma do STJ, DJU de 21 de novembro de 2005, p. 176, referente ao Colégio Pedro II.

determinação expressa de legislação específica, desde que não haja qualquer ofensa às normas constitucionais. Com efeito, somente se admite exceção ao regime genérico das autarquias, diante de norma especial de mesma hierarquia ou de hierarquia superior que estabeleça, para uma dada categoria, preceitos específicos em sentido diverso. À obviedade, é imprescindível que haja observância integral dos limites das normas superiores, mormente princípios e regras constitucionais. [...], é indiscutível que, no fim do século XX, as agências reguladoras tornaram-se a principal categoria das autarquias especiais [...]

Poder-se-ia citar, a título de exemplo, o Banco Central do Brasil (Bacen), que é considerado uma autarquia especial, e suas respectivas autonomias, flexibilidades e peculiaridades, que o diferencia das autarquias “comuns”:

- independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica (diretoria como última instância administrativa, cabendo aos mesmos julgar recursos dos atos praticados na entidade);
- o presidente do Bacen é ministro de Estado;
- o presidente e os diretores têm mandato, são nomeadas pelo presidente da República após indicação pelo Poder Executivo e aprovação pelo Senado Federal;
- faculdade de reorganização interna;
- a diretoria pode alterar o quantitativo e a distribuição dos cargos em comissão e das funções comissionadas (sem aumento global de despesas)

Outro exemplo é a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), que dispõe de duas empresas estatais como subsidiárias.

Face ao exposto, na prática, cada autarquia especial; é um modelo em si mesmo, podendo ter características absolutamente distintas das demais.

4.1.2.2.1 Agências Reguladoras

As agências reguladoras são uma espécie ainda mais restrita e homogênea das autarquias especiais. São aquelas constituídas para regular, fiscalizar e supervisionar setores específicos da economia, contando com algumas autonomias excepcionais.

As agências reguladoras existentes atualmente no Brasil são: Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Todas essas autarquias possuem características especiais. As diretorias têm mandato, são nomeadas pelo presidente da República após indicação pelo Poder Executivo e aprovação pelo Senado Federal.

Para quem participou da diretoria, há um período de quarentena após o fim da nomeação a termo, para manter sigilo das informações obtidas. As agências reguladoras também têm faculdade de reorganização interna, sendo-lhes possível alterar o quantitativo e a distribuição dos cargos em comissão e das funções comissionadas, sem aumento global de despesas.

Para as autarquias especiais, existem regras próprias de compras e contratações além das previstas na Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os valores de dispensa são o dobro dos previstos no parágrafo único do art. 24 da mesma lei, dentre outras.

Cada autarquia especial tem uma característica própria, nem as agências reguladoras federais são idênticas entre si. Algumas, além das prerrogativas previstas em lei, fazem jus a outras em virtude da celebração de contrato de gestão, como, por exemplo, Anvisa e ANS.

No caso das agências federais com previsão de contrato de gestão, fazem jus a outras prerrogativas previstas em regulamento para as agências executivas. Ao mesmo tempo, o descumprimento injustificado do contrato de gestão é base para a demissão de diretores das referidas agências.

A principal característica das agências reguladoras é a sua independência administrativa, sua ausência de subordinação hierárquica. A diretoria colegiada, ou órgão equivalente, é a última instância administrativa, cabendo aos mesmos julgar recursos dos atos praticados na entidade. Esse é um requisito indispensável para a regulação de mercado, garantindo, juntamente com o mandato, a confiabilidade dos investidores e operadoras da independência das decisões técnicas das orientações políticas.

Nesse grupo, cabe uma observação que, apesar de não dispor da nomenclatura ou do arcabouço de agências reguladoras, diversas autarquias

especiais são de fato reguladoras de mercado, como, por exemplo, BACEN (CVM), SUSEP, PREVIC, DNPM, dentre outras.

De outro lado, algumas agências dispõem da classificação de Agências Reguladoras, mas não regulam mercado, e sim atuam em execução de políticas públicas e exercício do poder de polícias, como, por exemplo, a Anvisa, pois, neste caso, até a política de preço de medicamentos compete a uma comissão externa à agência.

4.1.2.2.2 Autarquias Regionais

As autarquias regionais são outro caso específico de Autarquias Especiais, cuja constituição se dá por meio de lei complementar e estão assentadas na Constituição da República, em seu art. 43.

Em relação às autarquias regionais, em passado recente, foram extintas e criadas agências sucessoras – Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e Agência de Desenvolvimento do Nordeste (Adene) –, e, posteriormente, estas também foram extintas, e criadas novas entidades com as denominações anteriores: Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e a Superintendência do Desenvolvimento do Centro Oeste (Sudeco).

as leis complementares atualmente vigentes são:

- nº 124, de 3 de janeiro de 2007, Sudam;
- nº 125, da mesma data, Sudene; e
- nº 129, de 8 de janeiro de 2009, Sudeco.

As três autarquias têm em comum:

- são autarquias especiais, administrativa e financeiramente autônomas, integrantes do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, e vinculadas ao Ministério da Integração Nacional;
- têm por finalidade promover o desenvolvimento **inclusivo** e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional; e
- tem por integrantes dos respectivos conselhos deliberativos governadores dos estados de sua área de atuação e ministros de Estado designados pelo presidente da República, além de representantes

da classe empresarial e dos trabalhadores, bem como do superintendente da Autarquia; e o presidente do banco da estatal federal da região (Banco da Amazônia S.A. e Banco do Nordeste S.A. – BNB).

O que diferencia as três, na prática, é o município sede, a área de atuação e os fundos que as financiam. Do ponto de vista de gestão, não há nenhuma previsão de características diferenciadora em relação a pessoas, aquisições e contratações e de execução orçamentária e financeira.

4.1.2.3 Autarquias Territoriais

As autarquias territoriais são o caso derradeiro de autarquias, podendo ser especiais ou não, cuja instituição se dá por meio de lei e estão previstas no art. 33 da Constituição da República.

Conforme já salientado não encontram-se, hoje no Brasil, exemplares de autarquia territorial, em face da transformação dos últimos territórios federais, do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, em Estados pela Constituição da República de 1988.

Como referência doutrinária, todavia, podemos citar a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵

“A autarquia territorial exerce múltiplas atividades no âmbito do seu território; praticamente se desincumbe das mesmas funções que normalmente são exercidas pelos Estados e Municípios, como distribuição de água, luz, gás, poder de polícia, proteção à saúde, educação; porém, diferem desses entes por não terem capacidade **política**, ou seja, por não terem competência para legislar com autonomia em relação ao governo central. São dessa modalidade os Departamentos, Regiões, Comunas, Províncias, dos Estados Unitários e, no direito brasileiro, apenas os territórios federais, hoje inexistentes, embora previstos no artigo 33 da Constituição.”

Todavia é um modelo latente, do qual o legislador federal pode dispor a qualquer momento desde que a realidade sócio-político-econômica assim o requeira.

Exemplo vigente de autarquia territorial é o Distrito Estadual de Fernando de Noronha do Estado de Pernambuco.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo – 23ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010 – P. 433

4.1.3 Fundação Pública

O modelo fundacional, antes da promulgação da Constituição da República, de 1998, era o modelo por excelência para a implementação de políticas sociais, que não tinha por objeto o lucro e sim o bem-estar social.

Fundações são pessoas jurídicas de direito público ou privado, sem fins lucrativos, que se formam a partir da existência de um patrimônio extraído de seu instituidor e/ou instituidores, por meio de escritura pública ou testamento, para servir a um objetivo específico de interesse público. Assim sendo, uma fundação nasce mediante a destinação de um patrimônio para determinada finalidade social.

Vários são os diplomas legais que regem o assunto. O Decreto Lei nº 200/1967, nos arts. 4º e 5º, IV, instituiu as fundações públicas; o Código Civil Brasileiro, no art. 44, prevê as fundações como pessoas jurídicas de direito privado. As fundações somente podem ser instituídas por lei, como prevê a Constituição da República, no art. 37, XIX.

Em 1998, com a Emenda Constitucional nº 19, foi alterado o inciso XIX do art. 37 da CR/88, suprimindo a expressão pública em relação às fundações e prevendo forma similar para a sua constituição. Essa alteração permitiu vislumbrar o resgate do modelo de fundação privada no âmbito da Administração Pública.

Art. 37.

.....omissis.....

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....omissis.....

Grifos Aditados.

Em 1999, houve uma Decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou as fundações públicas às autarquias (RE nº 101.126-RJ, relator min. Moreira Alves (RTJ113/314)). Tal entendimento daria às fundações natureza distinta daquela primordialmente desejada pelo legislador.

Na sequência, o STF passou a admitir que, embora haja “fundações de direito público, instituídas pela União e, portanto, integrantes da Administração

Pública Federal, certo é que a Administração, inclusive da União, pode ser constituída por fundações de natureza jurídica diversa, sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal”, conforme restou assentado em decisão do Pleno do STF, na ADI nº 2.794-DF, relatada pelo min. Sepúlveda Pertence (DJU de 30.03.2007).

De forma sucinta a evolução do modelo fundação no âmbito da Administração Pública Federal pode ser assim resumido:

- Decreto-Lei nº 200/1967, em seus artigos 4º e 5º;
- Decreto-Lei nº 900/1969, que revogou o § 2º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967;
- Decreto-Lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986 – regras financeiras e aplicação do Plano de Cargos e Salários da Administração da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, excetuadas as, deste último, as **fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais;**
- Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987;
- CR/88;
 - planejamento **e orçamento público, Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA);**
 - concurso **público e estabilidade dos servidores;**
 - plano de cargos e salários e criação de vagas e cargos efetivos e comissionados mediante lei;
- Lei nº 8.112/1990 – RJU;
- Lei nº 8.666/1993 – licitações e contratos;
- Emenda Constitucional nº 19/1998, art. 37, XIX, parte final;
- Projeto de Lei Complementar nº 92/2007 (em tramitação);

Vejamos:

Decreto-Lei nº 200/1967, redação original:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

[...]

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

[...]

§ 2º Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades. (grifo nosso).

Verifica-se, pela redação original do § 2º do Decreto-Lei nº 200/1967, a equiparação integral e irrestrita das fundações públicas às empresas públicas, mantendo todos os seus atributos privados.

Suas flexibilidades e autonomias eram muito maiores, pois, embora submetidas à supervisão ministerial, lhes eram aplicadas as regras do Código Civil e prevalecia em relação a essas a natureza jurídica de direito privado e seu consequente regime jurídico também de natureza privada.

O Decreto-Lei nº 900/1969 revogou a equiparação das fundações às empresas estatais (§ 2º do art. 4º) e criou regramento para a criação de novas fundações públicas. Verifica-se que, nesse período, as fundações, mesmo instituídas pelo Poder Público, passaram a ser considerados seres exógenos à Administração Pública.

A próxima alteração foi promovida pelo Decreto-Lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, que novamente alterou o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 e revogou o art. 3º do Decreto-Lei nº 900/1969 acima citado.

Pela análise dos dispositivos trazidos pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, verifica-se tratar de um período nebuloso para as fundações. Em tal período, as referidas instituições permaneciam como entes privados, não pertencentes à Administração Pública, porém, sofrendo limitações e ingerências próprias de entidade pública. Estabeleceu-se o ônus sem a contrapartida devida.

Logo em seguida, em um segundo momento, adveio a Lei nº 7.596/1987, que inseriu definitivamente as fundações públicas no rol de entidades pertencentes à Administração Pública Indireta, porém, mantendo ainda todos os seus atributos privados, em um verdadeiro sistema híbrido. Após a CR/88, com a adoção compulsória das Leis nº 8.112/1990 e nº 8.666/1993, o modelo fundacional, na prática, perdeu a razão de existir.

A questão passa por severos conflitos doutrinários e legislativos. A exemplo, para Hely Lopes Meirelles, as fundações não deveriam ser consideradas como autarquias. Já para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, as referidas devem ser tidas como autarquias em face, principalmente, de seu patrimônio e regime jurídico aplicável.

O professor José dos Santos Carvalho Filho, em postura mais moderada, crê na possibilidade de conjugação de dois tipos de fundações, as fundações

instituídas pelo poder público de caráter privado e as fundações públicas ou fundações autárquicas.

Com o advento do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em especial por seu artigo 44, III, que reafirma as fundações indistintamente como pessoas jurídicas de direito privado, a posição dual ganha força.

Espera-se que sejam dirimidas as dúvidas pela aprovação do Projeto de Lei das Fundações Privadas instituídas pelo poder público, já em tramitação no Congresso Nacional, fruto da Emenda Constitucional nº 19/1998, artigo 37, inciso XIX, parte final.

Infelizmente, porém, o Projeto de Lei Complementar nº 92-A/2007 em tramitação na Câmara dos Deputados, com parecer aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania(CCJC), na forma de substitutivo, no estágio atual no qual se encontra, restringe o modelo fundacional tornando-o mais uma vez limitado.

4.1.3.1 Fundação Pública de Direito Público – Fundação Autárquica

Fundações públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades de interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de amparo legal. São criadas por lei específica e regulamentadas por decreto, independentemente de qualquer registro. São exemplos de fundações públicas: (i) Fundação Biblioteca Nacional; (ii) Fundação Cultural Palmares; (iii) Fundação Nacional de Saúde; (iv) Fundação Alexandre de Gusmão; (v) Fundação Escola Nacional de Administração Pública; (vi) Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Avançada; e (vii) Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

É importante para a compreensão de seu atual estágio conceitual a leitura do histórico relatado na introdução das fundações. Todavia, com o advento da Constituição da República de 1988, do posicionamento dominante do STF (decisão sobre as fundações públicas), das leis do Regime Jurídico Único e de Licitações e Contratos, essas entidades de fato e de direito foram equiparadas às autarquias.³⁶ Na prática, a diferenciação da autarquia para a fundação pública seria o exercício ou não do poder de polícia.

Aplicam-se ao modelo fundacional público, todos os atributos elencados para as Autarquias no subitem 4.1.2.1.

36 Exemplo: STF – RE 215.741, 2ª Turma, rel. min. Maurício Corrêa, em 30 de março de 1999.

Nesse momento, configura-se uma situação surreal: a existência de modelos mais flexíveis que o da fundação pública nas autarquias e mesmo em órgãos autônomos.

Muitas atividades deveriam estar a cargo do modelo fundacional, como unidades de assistência à saúde (ex.: hospitais), unidades de implementação de política cultural (ex.: museus) e unidades de ensino (ex.: Colégio Pedro II), visto requererem, dadas as características das atividades, modelos mais flexíveis de gestão dos meios, gestão de pessoas, de aquisições e contratações, de patrimônio e de orçamento e finanças.

Frise-se que, para este estudo, propusemos uma classificação distinta para as entidades que em ensino superior e técnico e em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, sobre o qual veremos adiante, caso contrário, estariam inclusos nos exemplos acima citados.

4.1.3.2 Fundação Pública de Direito Privado – Fundação Estatal

Este modelo, apesar de constitucionalmente previsto ainda não pode ser caracterizado, dada a ausência do marco legal e, principalmente, pelas diferenças de posições entre legisladores, gestores públicos e juristas.

As fundações estatais, tal como idealizadas inicialmente no Projeto de Lei Complementar nº 92 /2007, serviriam como a solução de vários problemas operacionais cometidos pelo Governo nos serviços de atendimento ao cidadão.

Na concepção ideal, as Fundações poderiam implementar vários conceitos das empresas privadas aos serviços públicos, já que a forma de gestão administrativa faz-se à semelhança do que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas.

As fundações estatais teriam como objetivo primário resolver problemas estruturais graves de gestão. O novo modelo foi concebido com o intuito de dotar o governo de agilidade e efetividade, além de permitir autonomia administrativa, gerencial, financeira e orçamentária para setores da administração pública, através de contratos de resultados.

O projeto de lei complementar para regulamentação do inciso XIX do art. 37 da Constituição, define que a fundação estatal será integrante da administração pública indireta e poderá atuar nas áreas de saúde (inclusive hospitais universitários), assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio ambiente, previdência complementar do servidor público (para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal), comunicação social e promoção

do turismo nacional. Ressalte-se que a proposta já foi omissa em relação à educação.

A autonomia gerencial da fundação estaria vinculada ao estabelecimento de compromissos explícitos e metas de desempenho que seriam monitorados e avaliados periodicamente. O modelo é próprio para atuação do Estado em áreas que não lhe sejam exclusivas, ou seja, onde não é requerido o exercício do seu poder de autoridade.

Em julho de 2009, o ministro da Saúde, José Gomes Temporão, desistiu do projeto de implantação das fundações estatais de direito privado, que tramita no Congresso Nacional. O Conselho Nacional de Saúde defende uma proposta alternativa à que está em trâmite na Câmara. A proposta deverá tratar, dentre outros pontos, da regulamentação da autonomia administrativa e financeira dos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), prevista na Constituição Federal, além da profissionalização da gestão.

Tal notícia trouxe várias discussões polêmicas. Os estados da Bahia, de Sergipe e do Rio de Janeiro já haviam criado ou estavam em processo de criação e implementação de várias fundações estatais. Com a reprovação desse modelo pelo governo federal, a situação jurídica destas fundações está em cheque, havendo discussão judicial sobre a manutenção ou extinção de tais órgãos.

Esse é o modelo que deveria ser mantido flexível, criando alternativa para a implementação de políticas públicas nas áreas sociais, que não tem por objeto o lucro.

4.1.4 Entidades de Ensino Superior e Técnico e de Pesquisa Científica e Tecnológica

Esse grupo seria composto inicialmente pelas universidades e pelas instituições de pesquisa científica e tecnológica que dispõem de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e deveriam obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008, promoveu a reestruturação da rede federal de educação profissional, científica e tecnológica e equiparou os institutos federais às universidades federais, para alguns efeitos.

O artigo 207 da CR/88 assegura a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades. E, no § 2º do referido artigo, dispõe sobre a aplicação das autonomias das universidades às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Essas autonomias, além das didático-científicas, não foram devidamente **legisladas** em âmbito federal. A legislação evoluiu a passos lentos, tendo, porém, as instituições de ensino superior, com o advento da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), assegurado o poder de elegibilidade de seus dirigentes, configurando uma autonomia significativa no campo da gestão.

Atualmente as universidades federais são autarquias, autarquias especiais ou fundações, e as instituições federais de pesquisa científica são unidades de órgãos da Administração Direta, órgãos autônomos, autarquias e fundações, e mais recentemente, empresas públicas, conquanto inexistam uma categoria jurídica própria, legislativa, que as abarque. O Anexo traz a relação das universidades federais brasileiras e das instituições federais de pesquisa científica e tecnológica.

Tratar de legislação aplicada às instituições de ensino superior é andar por um terreno obscuro. Isso por inexistir um estatuto jurídico que discipline e regule objetivamente as disposições constitucionais que versam sobre a matéria, conquanto a LDB não exaurir a matéria.

Quanto às instituições federais de pesquisa científica e tecnológica encontramos poucas referências, além do § 2º do art. 54 da LDB, acima citada.

Mesmo as relações das entidades enquadradas como instituições federais de pesquisa científica e tecnologia é escasso. Em Lei, a referência encontrada foi a Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993, que dispôs sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia da Administração Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Federais.

Outra citação legal das instituições de pesquisas científica e tecnológica, mas não específica das federais é a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispôs sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Em seu art. 2º, considera-se:

V - Instituição Científica e Tecnológica - ICT: órgão ou entidade da administração pública cuja missão institucional seja preponderantemente voltada à execução de atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico, tecnológico ou de inovação; *(Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)*

As instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica possuem dotações orçamentárias próprias e algumas possuem, uma ou mais, fundações de apoio a ela vinculadas, na expectativa de ampliar suas

flexibilidades. As fundações de apoio serão tratadas no item das entidades de colaboração.

Não somente o ensino superior merece destaque. O ensino técnico e de pesquisa científica e tecnológica teve muito avanço no Brasil. Foi incluído nessa classificação pela previsão de realização e estimular a pesquisa aplicada e o desenvolvimento científico e tecnológico, assim como equiparação parcial às universidades.

O Governo Federal, no final de 2008, promoveu uma grande reestruturação da rede federal de educação profissional, científica e tecnológica, de acordo com a Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008. Em decorrência dessa reestruturação, emergiram quatro modelos, no âmbito federal:

Instituições:³⁷

- institutos federais de educação, ciência e tecnologia;
- centros federais de educação tecnológica;
- escolas técnicas vinculadas às universidades federais;
- universidade tecnológica federal.

4.1.4.1 Reordenamento³⁸

No ano de seu centenário, a rede federal dá mais um salto de qualidade. Desde 29 de dezembro de 2008, 31 centros federais de educação tecnológica (Cefets), 75 unidades descentralizadas de ensino (Uneds), 39 escolas agrotécnicas, sete escolas técnicas federais e oito escolas vinculadas a universidades deixaram de existir para formar os institutos federais de educação, ciência e tecnologia.

São 38 institutos federais presentes em todos estados, oferecendo ensino médio integrado, cursos superiores de tecnologia e licenciaturas. Também integram os institutos as novas escolas que estão sendo entregues dentro do plano de expansão da rede federal.

Essa rede ainda é formada por instituições que não aderiram aos institutos federais, mas também oferecem educação profissional em todos os níveis. São dois Cefets, 25 escolas vinculadas a universidades e uma universidade tecnológica.

37 Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/redefederal/instituicoes.php>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

38 Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/redefederal/reordenamento.php>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

Assim como as instituições de implementação de políticas públicas sociais requerem um modelo mais flexível, as entidades descritas neste capítulo também, com o acréscimo da autonomia didático-científica e de escolha de seu corpo diretivo.

Um modelo que poderia suportar estas necessidades seria o das fundações estatais, ou alguma variação deste.

O único risco que se deve antever e evitar é o da desvinculação, por conta da autonomia, das necessidades sociais e da auto-orientação quer por corporativismo, quer por alguma forma de patrimonialismo.

4.1.5 Consórcio Público

O modelo de consórcio público de direito privado, foi incorporado ao quadro normativo-legal brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação ao art. 241. Em sequência, foi adotada a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispôs sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. A referida lei também alterou o inciso IV do art. 41 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), equiparando as associações públicas às autarquias. A Lei nº 11.107/2005 foi regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

O Governo Federal começou a discutir a lei dos consórcios em agosto de 2003, com o objetivo de regulamentar o art. 241 da Constituição e dar mais segurança jurídica e administrativa às parcerias entre os entes consorciados. O grupo de trabalho foi coordenado pela Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais e contou com representantes dos ministérios da Casa Civil, da Integração Nacional, das Cidades, da Saúde e da Fazenda.

O projeto foi discutido também com governadores, prefeitos e gestores de consórcios em operação e entidades representativas das prefeituras do país. Foram incorporadas contribuições dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e de experiências utilizadas em outros países. Durante a discussão no Congresso, o governo aceitou unir sua proposta ao Projeto de Lei nº 1.071/1999, de origem parlamentar, que estava tramitando no Senado Federal. Essa composição foi um grande avanço político e acelerou a apreciação da matéria. Assim é possível afirmar que o texto representa um grande consenso.

O projeto de lei de regulamentação foi encaminhado ao Congresso Nacional em 30 de junho de 2004. Em março de 2005, o Congresso aprovou a

nova lei. Em 6 de abril, a lei foi sancionada pelo presidente da República.

Os consórcios públicos são parcerias formadas por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum, em qualquer área. Os consórcios podem discutir formas de promover o desenvolvimento regional, gerir o tratamento de lixo, água e esgoto da região ou construir novos hospitais ou escolas. Eles têm origem nas associações dos municípios, que já eram previstas na Constituição de 1937. Hoje, centenas de consórcios já funcionam no país. Só na área de saúde, 1969 municípios fazem ações por meio dessas associações. Porém, faltava a regulamentação da legislação dos consórcios para garantir regras claras e segurança jurídica para aqueles que já estão em funcionamento e estimular a formação de novas parcerias. É essa a inovação da lei atual. Ela busca, sobretudo, estimular a qualidade dos serviços públicos prestados à população.

Um dos objetivos é viabilizar a gestão pública nos espaços metropolitanos, em que a solução de problemas comuns só pode se dar por meio de políticas e ações conjuntas. O consórcio também permite que pequenos municípios ajam em parceria e, com o ganho de escala, melhorem a capacidade técnica, gerencial e financeira. Também é possível fazer alianças em regiões de interesse comum, como bacias hidrográficas ou polos regionais de desenvolvimento, melhorando a prestação de serviços públicos.

Os consórcios podem ser firmados entre todas as esferas de governo. Entretanto, a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados.

Os consórcios públicos adquirem personalidade jurídica a partir da ratificação, por lei, de um protocolo de intenções, firmado entre os entes interessados. Há a figura do contrato de rateio, pelo qual os consorciados se comprometem a dividir os custos do consórcio, e o contrato de programa, que contém os direitos e deveres de ambas as partes.

A fiscalização dos consórcios públicos é realizada pela administração direta de ambos os entes, tanto no aspecto contábil, quanto no operacional e patrimonial.

4.1.5.1 Consórcios Públicos de Direito Público

Tendo em vista ser tema recente a diferença dos consórcios públicos de direito público ou de direito privado, aparenta-nos poder ser adotados os

mesmos referenciais aplicados a autarquias e fundações, ou seja, aos primeiros cabem o exercício das atividades exclusivas do Estado e aos demais as atividades que o Estado atua mas são livres à iniciativa privada, sem fins lucrativos ou econômicos.

Outra possibilidade de ocorrência que extrapolaria o enunciado acima seria a opção de que os bens da entidade consorciada fossem bens públicos, com todos os seus atributos, assim como, obtivesse o manto da imunidade tributária aplicada à espécie.

À entidade de direito público aplica-se todos os atributos públicos aplicáveis ao modelo autárquico, elencados no capítulo específico deste documento.

Assim sendo, a flexibilidade dessa entidade seria baixa, a grande vantagem seria a racionalização de bens e serviços para a própria administração ou para o cidadão.

4.1.5.1.1 Consórcios Públicos de Direito Público Especial

Exemplo de consórcio público recentemente criado foi denominado Autoridade Pública Olímpica (APO), firmado entre a União em conjunto com o estado do Rio de Janeiro e o município do Rio de Janeiro, por intermédio da Medida Provisória nº 489, de 12 de maio de 2010.

Trata-se, todavia, conforme a própria ementa da medida provisória preconiza, de consórcio público de regime especial.

Isso porque em seus artigos há elementos jurídicos não previstos no artigo 241 da Constituição Federal, tampouco na Lei Federal nº 11.107/05.

Um primeiro exemplo interessante dessa afirmação aparece quando a medida provisória afasta a aplicação da norma geral inscrita no artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 11.107/2005, dispositivo que determina que o representante legal do consórcio seja o Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado. Na medida provisória, há disposição que o presidente da APO será indicado e nomeado pelo presidente da República, para exercer mandato de quatro anos, após aprovação pelo Senado Federal, podendo, para tanto, ser pessoa estranha à Chefia do Executivo dos entes consorciados.

Ademais, é importante salientar que os consórcios públicos são parcerias formadas por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum, em qualquer área.

Pelo conceito ordinário, todavia, como se pode observar, trata-se de autorização legislativa para gestão compartilhada por intermédio de criação de

pessoa jurídica própria, tão somente, não sendo envolvidas outras questões legislativas.

É importante salientar que a Medida Provisória nº 489/2010 não se limitou a tais propósitos. Inovou ao criar regramentos jurídicos próprios de licitações, estabelecendo um regime jurídico de compras exclusivo da APO, nos termos dos seus artigos 11 a 22.

Já na Exposição de Motivos da medida provisória, os excelentíssimos senhores ministros Waldemar Manoel Silva de Souza, Paulo Bernardo Silva e Nelson Jobim, expuseram conjuntamente (Exposição de Motivos nº 00011/ME/MP/MD):

[...]

5. Para assegurar a continuidade da gestão dos projetos que integram a Carteira de Projetos Olímpicos, a Autoridade Pública Olímpica contará com um Presidente, a ser escolhido pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para o exercício de um mandato de quatro anos, permitida sua recondução.

[...]

7. A presente Minuta de Medida Provisória apresenta, ainda, Senhor Presidente, regime específico para a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela APO.

8. O regime proposto observa integralmente os princípios constitucionais que regem a administração pública, porém inova ao possibilitar a utilização de mecanismos que propiciem maior agilidade nas contratações necessárias ao cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional, em especial quanto aos prazos requeridos, considerando tratem-se dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, eventos com datas certas e inalteráveis.

9. Em razão da urgência imposta pelos compromissos firmados pelo país, o regime proposto foi ampliado para agilizar o cumprimento das obrigações assumidas perante a Fédération Internationale de Football Association – FIFA, abrangendo também as contratações relativas à

infra-estatura aeroportuária necessária à realização da COPA DO MUNDO FIFA 2014, com o objetivo de permitir a utilização de procedimentos licitatórios mais eficientes para as reformas, construções e ampliações de aeroportos, sempre com a estrita observância dos princípios norteadores da administração pública.

10. Verifica-se, portanto, Senhor Presidente, que os ajustes propostos visam, tão somente, mitigar ao máximo os riscos de atrasos nos procedimentos licitatórios que possam impactar nas obras e serviços pertinentes à realização dos compromissos assumidos pelo país, além de salvaguardar os contratos celebrados quando da necessidade de alteração dos escopos por meio de modificações de projetos que vierem a ser solicitadas pelas entidades esportivas internacionais.

11. Destaque-se, por fim, que a minuta de Medida Provisória trata, também, da contratação de pessoal pela Autoridade Pública Olímpica – APO, que será efetivada por tempo determinado, na forma da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993 e equipara a APO, para fins de comprometimento da LRF. O que em outras situações de parceria com a iniciativa privada poderia ser utilizado para “escapar” da LRF, nos consórcios parece estar consecução dos objetivos previstos no art. 2º da minuta, às pessoas jurídicas referidas no art. 1º da Lei nº 8.745, de 1993.

Por tais razões, é que se entende como qualificada a posição do referido consórcio público em regime especial.

Além da elegibilidade diferenciada do mandatário gestor do ente, conta a APO com a possibilidade de contratação de pessoas por tempo determinado, contratação de empregados temporários, regime geral de previdência, possibilidade de requisição de servidores das três esferas consorciadas, estrutura interna de controladoria, auditoria e correição, inversão de fases no processo licitatório, regramento próprio de disputa aberta e fechada, pré-qualificação de interessados, dois novos tipos de critério de julgamento, a saber, o de melhor regulamentado técnico ou conteúdo artístico e o de maior retorno econômico, redução dos prazos entre o edital e abertura de propostas, negociação direta e restrição da publicidade de atos quando exigida “dada a natureza do objeto”.

Também foi compreendido algo que é vedado na Lei Geral de Licitações, o que se denominou de “contratação integrada”, em que uma mesma

licitação poderá compreender a “realização de projeto executivo, do fornecimento de bens e da realização de obras e serviços, montagem, execução de teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e a segurança especificadas”. Frise-se que o conceito é deveras mais abrangente que a “empreitada global”, mencionada na lei geral, pelo qual não se permitia que o elaborador do projeto fosse o executor deste.

A Medida Provisória nº 489/2010, perdeu eficácia, e posteriormente, a APO teve o seu protocolo de intenções de constituição ratificado pela Medida Provisória nº 503, de 22 de setembro de 2010, e aguarda regulamentação do Poder Executivo.

4.1.5.2 Consórcio Público de Direito Privado

O consórcio privado consiste na associação de dois ou mais entes federativos, na forma de consórcio com personalidade jurídica de direito privado, para busca de uma melhoria ou fim de comum interesse. É também denominado consórcio público de direito privado, sem fins econômicos.

Para que tal consórcio se efetive, basta que haja o atendimento dos requisitos da legislação civil. A exceção à regra está expressa pela própria lei, que determina que os consórcios públicos observem 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 CLT.

O Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que definiu as possibilidades jurídicas dos Consórcios públicos, entretanto, vedou a celebração de convênios com consórcios públicos que não seja associação pública. Mesmo na modelagem consórcio público de direito privado, a nova entidade receberá atributos e normas de direito públicos, quais sejam:

- realização de licitação e celebração de contratos (Lei nº 8.666/1993);
- admissão de pessoal (concurso público); e
- prestação de contas (tribunais de contas das esferas consorciadas).

Ou seja, apesar da característica privada, sua *performance* sofrerá a mesma limitação atualmente imposta à administração pública em relação ao processo de aquisição e contratação de bens serviços e obras, bem como a forma de admissão de pessoal.

4.2 EMPRESAS ESTATAIS E ASSEMELHADAS

A Constituição da República de 1988 tratou das empresas estatais em alguns dispositivos, a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

[...]

XIX – **somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista** e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a **criação de subsidiárias** das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a **participação de qualquer delas em empresa privada;**

[...]

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

[...]

II - o **orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;**

[...]

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

[...]

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, **a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida**

quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º **A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias** que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (grifos nossos).

Esse conjunto de modelos, por serem de direito privado, com derivações de direito público, tem maior flexibilidade que os modelos da Administração Pública de direito público, pois observam prioritariamente o regramento privado.

Apesar de críticas de alguns doutrinadores sobre a expressão “empresas estatais”, essa continua sendo uma referência direta ao conjunto formado por empresas públicas e sociedades de economia mista.

São, de fato, entidades determinadas por características muito semelhantes. As principais diferenças entre empresas públicas podem assim ser resumidas.

DIFERENÇAS ²⁹	EMPRESA PÚBLICA	SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
CAPITAL	Público. Recursos da Administração direta ou indireta.	Público + particular. Prevalência do controle de ações votantes pelo Poder Público.
FORMA	Qualquer forma societária dentre as em direito admitidas.	Sociedade anônima.
COMPETÊNCIA (âmbito federal)	Justiça federal.	Justiça estadual.

No que tange às empresas públicas e às sociedades de economia mista estaduais e municipais, é certo que essas paraestatais litigarão na justiça estadual, no juízo assim fixado na lei de organização judiciária do respectivo estado, consoante orientação pacífica do STJ.⁴⁰

Essas são as diferenças básicas existentes entre empresas públicas e sociedades de economia mista. Passa-se a expor mais sobre as referidas organizações a seguir.

Quanto às estatais, cabe destacar decisões e interpretações recentes que têm alterado suas características e impactado as suas autonomias e flexibilidades:

- a. quanto ao pessoal,⁴¹ corrente crescente de juristas têm defendido a estabilidade “principlológica”, pela qual mesmo sob regime celetista os empregados de empresas estatais somente poderiam ser

39 Adaptado de quadro semelhante de CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 738.

40 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 738.

41 Corrente que vem crescendo na doutrina do Direito Trabalhista e Administrativo, porém não há nenhum julgado do STJ e STF adotando esta interpretação, mas parte do Ministério Público do Trabalho, em especial em São Paulo, é adepta, inclusive, na Prefeitura de São Paulo temos o exemplo do que vem ocorrendo com a São Paulo Turismo S.A.

Ver voto do Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento pela 1ª Turma do STF do AGR-gimental no RE nº 461.452-PR, rel. min. Carmem Lúcia, DJU de 16 de fevereiro de 2007, p. 41.

demitidos, mediante processo administrativo, garantido o contraditório e a ampla defesa, análogo ao regime estatutário;

- b.** quanto ao patrimônio,⁴² ainda é considerado penhorável e executável pela maioria da doutrina e jurisprudência, mas há decisão do STF, com efeito não vinculante, no sentido de são bens públicos, que conforme descrito para as autarquias caracterizam-se por imprescritibilidade, alienabilidade condicionada, não onerabilidade e impenhorabilidade.

O modelo empresarial tem sofrido aperfeiçoamentos, com algumas experimentações que observaremos adiante, entretanto, cabe destacar que o aperfeiçoamento é fundamental para aquelas que de fato atuam no ambiente concorrencial, principalmente internacional. Sem maior flexibilidade a capacidade competitiva e a agilidade ficam menores e os custos maiores.

Nos últimos anos muitas das empresas estatais passaram a ser empresas multinacionais – transnacionais, com sede no Brasil, com atuação em diversos países e ações em bolsa de valores em alguns deles, o que significa outros regramentos além dos nacionais, assim como a fiscalização por outras entidades regulatórias e/ou fiscalizadoras de outros países.

4.2.1 Empresa Pública

As empresas públicas encontram-se normatizadas no Decreto-Lei nº 200/1967, em seu artigo 5º, inciso II. Empresa pública é a pessoa jurídica de capital público, instituída pelo Poder Público, com a finalidade prevista em lei. A finalidade pode ser de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos. Essas empresas têm em comum a atuação do Estado como explorador de um nicho de mercado específico, de forma a possibilitar o desenvolvimento de políticas públicas.

Com foco distinto do que disposto pelo Decreto-Lei nº 200/1967, apresentando conceito próprio sobre empresa pública, o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:⁴³

42 Matéria controversa, entendimento adotado pelo STF no MS nº 25.181-DF, rel. min. Marco Aurélio, Pleno do STF, DJU DE 16 de junho de 2006, P.06, com entendimento divergente posterior adotado pelo STJ: REsp nº 647.357-MG, rel. min. Castro Filho, 3º Turma do STJ, DJU de 23 de outubro de 2006; e REsp nº 841.506-AL, rel. min. José Delgado, 1º Turma do STJ, DJU de 26 de outubro de 2006, p. 248.

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186.

Deve-se entender que *empresa pública federal* é pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.*

Apresentando outro posicionamento, temos o entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho:⁴⁴

Empresas Públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.

Um fator deveras relevante nos dois conceitos de empresa pública foi a exclusão da expressão “exploração de atividade econômica”, visto que ambos os autores concebem a existência de empresas públicas prestadoras de serviços públicos, tal como previsto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, que teve redação alterada pela Emenda nº 19/1998.

No Brasil, as empresas públicas se subdividem em duas categorias: empresa pública unipessoal, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União e empresa pública de vários sócios governamentais minoritários, que unem seus capitais à União, tendo, essa, a maioria do capital votante. A empresa pública tanto pode ser criada, originariamente pelo Estado, como ser objeto de transformação de autarquia ou de empresa privada.

Quanto ao capital, difere-se das sociedades de economia mista, porquanto nestas, ainda que a titularidade também seja do Poder Público, o capital social é dividido também entre particulares, que adquire suas quotas por meios da compra de ações.

Empresa pública é a pessoa jurídica criada com força de autorização legal, como instrumento de ação do estado, dotada de personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras decorrentes da finalidade pública,

44 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 444.

constituídas sob qualquer das formas admitidas em direito, cujo capital seja formado unicamente por recursos públicos de pessoa de administração direta ou indireta. Pode ser federal, municipal ou estadual.

Criação e extinção dependem de autorização específica. Quanto à organização pode ser uma sociedade Comercial ou Civil, sendo organizada e controlada pelo Poder Público.

A administração das empresas públicas federais no Brasil é feita por dirigentes nomeados pelo presidente da República. A partir da Emenda Constitucional n.º 19/1998, contemplou-se como princípio basilar à atuação da empresa pública o princípio da eficiência, cujo objetivo é uma maior credibilidade e celeridade dos atos praticados pelas mesmas.

O ingresso na carreira do emprego público se dá somente por meio de concurso público, assegurado o acesso por todo brasileiro ou estrangeiro naturalizado. Além dos empregados de carreira, há outros trabalhadores que cumprem funções nessas empresas. É o caso dos terceirizados, estagiários e voluntários.

Embora tal pessoa jurídica seja pertencente à administração pública, houve a princípio divergência quanto à obrigatoriedade da licitação, haja vista o art. 171, §1º, da CR/88 preconizar um regime privado. Contudo, ainda não foi editado, portanto, o entendimento prevalente é no sentido de obediência ao art.1º da Lei nº 8666/1993, que a estabelece como destinatária.

A criação de empresas públicas é limitada pelo artigo 173 da CF, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

4.2.1.1 Empresas Públicas Dependentes

As empresas públicas dependentes são aquelas sustentadas por recursos repassados diretamente do erário – não possuindo, então, autonomia orçamentária. O conceito de empresa estatal dependente foi introduzido no mundo jurídico pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), assim disposto:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

[...]

III - **empresa estatal dependente: empresa controlada que receba** do ente controlador, **recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral** ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. [...] (grifos nossos).

Por este fato, toda a verba que lhes é destinada deve constar da LOA, desde as despesas com pessoal até as de insumos. Ao ser objeto da LOA, valem também para estas empresas e sua administração as regras da LRF.

Vale observar que uma empresa, mesmo estatal, que presta serviço ao Estado e, portanto, recebe recursos contra a prestação desses serviços, não é considerada, de regra, como empresa dependente, mas como controlada, conforme se verá a seguir.

Na operação, essas empresas têm maior controle estatal sobre sua operação, principalmente, na gestão de sua organização interna e de pessoal. Além de que seu orçamento é gerido diretamente pela Secretaria do Orçamento Federal (SOF).

4.2.1.2 Empresas Públicas não Dependentes

As empresas públicas não dependentes são aquelas que possuem autonomia financeira em relação ao Estado e a qualquer ente federativo. Elas próprias, por meio da atividade que exercem, estão incumbidas de gerar receita para todos seus gastos. Ou seja, por exclusão, são as que não recebem recursos para custeio e pessoal.

Dadas tais características, essas empresas detêm maior autonomia em relação ao Poder Executivo, em relação à gestão de seus meios.

4.2.1.2.1 Correios e Infraero

Dentro do modelo das Empresas Públicas não dependentes, os Correios e a Infraero apresentam uma peculiaridade que as diferem das demais empresas públicas não dependentes: ambas têm seus patrimônios considerados como bens públicos e possuem imunidade tributária. Essas duas diferenças as assemelham às autarquias e fundações públicas e trazem diversos impactos no modelo de gestão, de pessoas, dos bens, financeira (endividamento) e contábil.

Além dos Correios e da Infraero, podem haver outras empresas públicas federais com decisões similares. A pesquisa deve ser feita caso a caso. Em relação às duas empresas citadas esse assunto está pacificado pelo STF – a impenhorabilidade por equiparação à Fazenda Pública de bens de empresa pública prestadora de serviço público, dentre outras prerrogativas próprias de regime jurídico público, também pode ser observada na jurisprudência do Supremo.

Muito se discute sobre a extensão da imunidade tributária às empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço eminentemente público, a exemplo das decisões do STF que agraciaram a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) e a Infraero. Dentre os processos em tramitação no STF que versam sobre a matéria, pode ser citado o RE 580264/RS, interposto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A., sociedade de economia mista prestadora de serviços de saúde.

Vislumbra-se que, apesar de o mérito recursal ainda não ter sido analisado, já houve decisão do STF reconhecendo a repercussão geral sobre a matéria, com a consequente admissibilidade do recurso extraordinário. Seguramente, é de se considerar uma grande vitória o feito, haja vista o grande estreitamento dos critérios de admissibilidades recursais.

Cabe destacar que estas características já haviam sido adotadas anteriormente. A Lei nº 5.064, de 2 de setembro de 1970 conferiu ao Hospital das Clínicas de Porto Alegre, empresa pública prestadora de serviços públicos, a prerrogativa da isenção de tributos federais e caracterizou seus bens como públicos.

Outro processo que dispõe de igual pano de fundo é o RE 481525, interposto pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre, que busca o não pagamento de contribuições previdenciárias. Esse recurso pende de julgamento. Não tem, porém, repercussão geral declarada, e mesmo sendo processo anterior à regulamentação de 2008, deverá passar por tal crivo. Há parecer da Procuradoria-Geral da República por seu não provimento.

Caso essa modelagem seja pacificada, poderia ser uma alternativa prática a ausência do modelo da fundação estatal.

4.2.1.2.2 Brasil 2016

A Medida Provisória nº 488, de 12 de maio de 2010, que perdeu eficácia, autorizou a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A. (Brasil 2016), empresa pública sob a forma de sociedade anônima, responsável, dentre

outras atribuições, por executar e administrar a Carteira de Projetos Olímpicos e dar devida destinação ao legado esportivo das Olimpíadas de 2016.

Trata-se de uma empresa pública com arcabouço de prerrogativas diferenciado, em relação às demais empresas públicas federais ordinárias, não chegando, todavia, a se caracterizar como um *tertium genus* das empresas estatais.

É uma empresa pública, de sociedade anônima, que já possui, na medida provisória que lhe autoriza a criação a regulamentação parcial dos órgãos diretivos e respectivas delegações estatutárias, não informando claramente a MP, como se dará a relação com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a qual entendemos de aplicação indispensável.

A Brasil 2016 possui prazo de duração determinado (até 31 de dezembro de 2018, prorrogável por até mais dois anos) e seu quadro efetivo deverá ser formado por empregados concursados – CLT. A MP, porém, é silente em dar destinação a estes quando do fim das atividades comerciais da empresa, o que nos leva a crer que serão dispensados ou lei futura disporá sobre a situação especial desses.

Ainda, há, na MP, regime jurídico diferenciado:

- no art. 5º, parágrafo único, diz que a relação da empresa Brasil 2016 com as pessoas e entes públicos será contratual, porém, assegura-lhe a dispensa de licitação;
- nos arts. 12 e 13, tratam da contratação de pessoal temporário pela Brasil 2016, o primeiro pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, na forma do inciso IX do *caput* do art. 37 da CR/88 – de direito público –, e o segundo contratos de trabalho por prazo determinado, nas hipóteses e prazos previstos na CLT, excluído o contrato de experiência.

Essas são as características e peculiaridades da Brasil 2016, empresa pública especial.

Apesar da MP ter perdido eficácia demonstra a necessidade de reflexão dos modelos de implementação de políticas públicas, uma vez que a própria União, responsável pela Lei do Estatuto da Empresa Estatal, continua criando novos modelos, antes da concretização da referida lei.

4.2.2 Entidades Binacionais

A parceria de dois países para realizar um empreendimento é um instrumento comum hodiernamente. Dá-se a essas empresas o nome de binacionais

e elas têm como objetivo buscar conjugar dois interesses comuns, quais sejam, a constituição, ou melhor, a união entre duas nacionalidades diversas para alcançar uma finalidade. Parcerias desse tipo são realizadas mediante Tratados, no sentido de tentar harmonizar as legislações, criando-se uma lei única para que as empresas dos dois estados interajam entre si ampliando, portanto, os seus mercados.

O Brasil apresenta parcerias notáveis com países integrantes do Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), algumas delas com a Argentina.⁴⁵ O Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas originou-se da concordância de vontades entre os governos do Brasil e da Argentina e da necessidade de uma maior integração econômica entre os dois países vizinhos, com o escopo de se tornarem mais estreitas as relações comerciais, rumo à consolidação do Mercado Comum do Cone Sul, cujo principal sustentáculo funda-se no bom relacionamento entre os dois países em tela.

Há alguns projetos de criação de empresas binacionais Brasil-Argentina. A Eletrobras, em conjunto com a estatal argentina Ebisa (Emprendimientos Energéticos Binacionales Sociedad Anônima) deverão iniciar, em 2012, as obras de construção de duas grandes hidrelétricas binacionais nos rios Uruguai, Garabi e Roncador. Outra binacional que deve surgir é uma usina nuclear enriquecedora de urânio e geradora de energia.

Uma empresa binacional é considerada por alguns o tipo ideal para aqueles países que desejam participar de um processo de integração econômica, tal como é o Mercosul e, aliás, vem sendo reconhecido desde o fim da década dos anos 1960, quando se iniciavam em várias partes do mundo a formação de blocos comerciais entre os países, com o intuito de dinamizarem e desenvolverem o comércio e as economias regionais.

A principal característica de uma empresa binacional é o alargamento regional da sua constituição e base de produção industrial, o que representa uma vantagem econômica, pelo fato de se ampliar o mercado consumidor. As decisões serão controladas e localizadas nos próprios países integracionistas e em especial com metas voltadas para os mercados consumidores da região do mercado comum.

As empresas binacionais produzem conforme as necessidades do mercado regional, sempre atentas às transformações econômicas e políticas,

45 LAWAND, Jorge José. **Empresas binacionais brasileiro-argentinas no Mercosul**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>>.

de acordo com o que for estabelecido pelos países componentes do bloco econômico.

Ao se falar em empresa binacional, é impossível não tratar também da questão de Itaipu, entidade formada entre Brasil e Paraguai. O tratado que deu origem ao projeto foi firmado entre os países em 1973, mas ela se difere das demais empresas binacionais pelo fato de estar fundamentada em duas ordens jurídicas, podendo ser denominada, portanto, de pessoa jurídica de direito privado binacional. A natureza jurídica de Itaipu é, pois, essencialmente diversa daquela das organizações internacionais.

Por fim, cita-se também a parceria entre Brasil e Ucrânia na formação do Alcântara Cyclone Space, empresa que está fixada na Base de Alcântara e visa ao lançamento de satélites, unindo as tecnologias brasileiras e ucranianas para um fim comum.

Uma característica das empresas binacionais é que estas são regidas pelo acordo ou tratado bilateral específico celebrado e não pelas regras de cada país, a não ser que isso seja disposto no referido instrumento. Assim, por exemplo, podem ter regras diferenciadas de seleção e contratação de bens, serviços e pessoal, bem como dos respectivos controles.

4.2.3 Sociedade de Economia Mista

As sociedades de economia mista estão devidamente normatizadas também no Decreto-Lei nº 200/1967, em seu artigo 5º, inciso III. Diferenciando-se das empresas públicas, as sociedades de economia mista pressupõem a atuação de capital privado na exploração de atividade econômica, com exceção das atividades submetidas a monopólio estatal, dispostas no artigo 177 da CR/88.

Mais uma vez, apresenta conceito diverso ao legal a doutrina majoritária, encabeçada novamente pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Vejamos:⁴⁶

Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes dessa sua natureza auxiliar da atuação governamental,

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 190.

constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de *propriedade particular*.

Em nova manifestação, apresenta-se também o professor José dos Santos Carvalho Filho:⁴⁷

Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

Observe-se que, nos dois conceitos doutrinários, a expressão “exploração de atividade econômica” é deixada para trás na conceituação do instituto, voltando-se então à possibilidade de sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

4.2.3.1 De Capital Fechado

Não foi encontrado até o momento nenhuma sociedade de economia mista federal de capital fechado para ser citada.

A diferença desta modelagem para a de capital aberto é a existência de ações em bolsas de valores, na última. Muitos estados adotam essa modelagem em suas estatais.

No levantamento realizado, ficamos em dúvida se o Grupo Hospitalar Conceição seria enquadrado nessa modelagem, mas, por informações fornecidas pelo DEST/MP, este seria empresa pública.

4.2.3.2 De Capital Aberto

Por se tratar de uma sociedade por ações, as sociedades de economia mista podem ter ações negociadas na bolsa de valores, desde que siga os requisitos estabelecidos na Lei nº 6.404/1976 e nos normativos da CVM.

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 444.

A abertura de capital mediante IPO (*Initial Public Offering*) é a forma mais comum de angariar recursos do mercado para investimento interno e desenvolvimento empresarial. Porém, para que isso ocorra, uma empresa deve estar muito bem organizada e preparada para as benesses e reveses de ter capital externo e a conseqüente participação de terceiros na administração do negócio, direta ou indiretamente.

Acionistas querem resultados rápidos e práticas de gestão corporativas são indispensáveis para estabelecer confiabilidade mínima aos que querem investir.

Se abrir o capital pode ser a alternativa mais rápida de obtenção de recursos, pode também ser a forma mais provável de determinar a falência de uma empresa mal estruturada.

A estrutura de uma sociedade de economia mista de capital aberto é muita parecida com a de uma de capital fechado, porém, os sistemas e mecanismos de controle interno e externos tendem a ser muito mais rígidos.

É importante salientar que a maioria da doutrina caminha no sentido de que a obtenção de lucro, característica das empresas com ação negocial em bolsa de valores, não se coaduna com o exercício do poder de polícia administrativa.

É importante, também, tecer algumas considerações sobre o mercado de capitais brasileiro e sua variação diante o cenário internacional e a linha do tempo.

Após anos de descrédito, junto com o crescimento do país e de alguns ajustes internos exitosos, houve um grande influxo de capital estrangeiro ao mercado de valores brasileiro.

Um dos motivos que asseguraram tal influxo foi, sem dúvida, a revitalização do mercado brasileiro de capitais, aperfeiçoando a sua regulamentação e assegurando maior proteção ao investidor e a melhoria das práticas de governança de nossas empresas.

Entre as medidas internas adotadas a aprovação da Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001 e a criação do Novo Mercado e dos níveis 1 e 2 de governança corporativa pela Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), foram as mais importantes.

No cenário internacional grandes mudanças ocorreram. Diante de um grave escândalo financeiro internacional (Enron), os EUA modificaram sua legislação. A Lei Sarbanes-Oxley, apelidada de SOX, teve como objetivo evitar o esvaziamento dos investimentos financeiros e a fuga dos investidores causada pela aparente insegurança a respeito da governança no mercado de valores norte-americano.

Pela norma, foi determinada às empresas de capital aberto negociáveis em bolsas norte-americanas a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis, incluindo ainda regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de modo a mitigar riscos aos negócios, evitar a ocorrência de fraudes ou assegurar a existência de meios de identificação das ocorrências, garantindo a transparência na gestão das empresas.

Atualmente grandes empresas com operações financeiras no exterior seguem a Lei Sarbanes-Oxley. A lei também afetou dezenas de empresas brasileiras que mantêm ADRs (*American Depositary Receipts*) negociadas na NYSE, como a Petrobras.

As estatais enquadradas nesse grupo dispõem, além dos controles habituais do Ministério Público da União (MPU) e do Tribunal de Contas da União (TCU) e da supervisão ministerial, de conselho de administração, conselho fiscal, auditoria externa independente e auditoria interna.

Se a empresa for do setor financeiro com Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), além dos controles acima, haverá também, fiscalização e controle por parte do Bacen.

As características da gestão de meios é similar ao das empresas públicas, com adoção das normas públicas de licitação e contratação e concurso público.

Essa característica de dispor de ações negociadas em bolsas estrangeiras, talvez seja outra possibilidade de subclassificação a ser considerada futuramente.

4.2.3.2.1 Petrobras e Eletrobras (sistemática de compras específica)

Duas empresas atualmente podem ser enquadradas nesta subclassificação, a Petrobras e a Eletrobras, pois, além das características de sociedades de economia mista de capital aberto, dispõem de regime especial de compras, talvez uma espécie de antecipação do disposto no inciso III do § 1º do art. 173 da CR/88. A Petrobras, dado o volume de compras que executa e as peculiaridades de seu negócio, foi agraciada pela Lei nº 9.478, de agosto de 1997, com a previsão de um sistema de compras diferenciado do padrão licitatório da Lei nº 8.666/1993. Assim prevê o art. 67: “Art. 67. Os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”.

O Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998 traz, em seu anexo, o procedimento licitatório próprio para compras feitas pela Petrobras. Apesar de diferente do procedimento da Lei nº 8.666/1993, os requisitos licitatórios da Petrobras não são poucos.

Cabe salientar que o TCU proferiu a Decisão nº 663, de 8 de julho de 2002, entendendo pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/1997. E com base nisso, determinou que a Petrobras voltasse a seguir os ditames da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista a invalidade do decreto que regulamentava seu regime licitatório simplificado.

Esse entendimento, contudo, não foi acolhido pelo STF. Ao analisar mandado de segurança contra o ato (decisão) do TCU, o STF entendeu pela incompetência deste para declarar a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/1997. Consignou que o art. 71 da Constituição, veiculador das competências do TCU, não dispõe sobre análise de constitucionalidade de normas.

Em sede de liminares, o STF já concedeu diversas vezes a segurança para a Petrobras utilizar seu regime licitatório simplificado. Ainda assim, o TCU persiste nas declarações de inconstitucionalidade do referido dispositivo. Para tanto, vale-se da Súmula nº 347 do próprio STF, que lhe concedeu competência para isso ao dispor que: *“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”*.

A referida questão não tarda a ser pacificada.

Com relação à Eletrobras, podemos dizer que é uma sociedade de economia mista de capital aberto sob controle acionário do Governo Federal brasileiro e atua como uma *holding*, dividida em geração, transmissão e distribuição, criada em 1962 para coordenar todas as empresas do setor elétrico.

Suas funções e atribuições sofreram transformações ao largo do tempo, diminuindo-se por consequência da criação das Aneel, ONS, CCEE, EPE, entre outras instituições, conquanto a Eletrobras tenha figurado por um bom tempo no rol do Plano Nacional de Desestatização (PND), sendo excluída no ano de 2004.

Com relação ao procedimento especial de compras da Eletrobras, cabe trazer à baila a conversão, no dia 28 de maio de 2009, da Medida Provisória nº 450, de 10 de outubro de 2008, na Lei nº 11.943. Em seu artigo 19, restou conferida nova redação para o art. 15, § 2º, da Lei nº 3.890-A/1961 (que dispõe sobre a Eletrobras), inserindo a inovação que segue:

A aquisição de bens e a contratação de serviços pela Eletrobras e suas controladas poderão dar-se tanto na modalidade consulta e pregão,

observados, no que for aplicável, os arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos termos de regulamento próprio, **bem como poderá dar-se por procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República.** (grifo nosso).

Novamente, delegou-se competência ao chefe do Executivo para editar decreto criando sistema licitatório simplificado.

Até o momento não se tem conhecimento da edição do Decreto que estabelece o regime licitatório simplificado da Eletrobras. Todavia, espera-se do STF mesmo tratamento dado ao art. 67 da Lei nº 9.478/1997. Não obstante, até que haja uma decisão com efeito *erga omnes* do STF, é provável que o TCU oponha-se também às licitações da Eletrobras, cabendo a esta o ingresso individualizado de ações assecuratórias.

Novamente o entendimento do STF deverá trazer como argumento que a Eletrobras se trata de uma empresa da Administração Indireta e que deve estar em situação de igualdade para concorrer no setor privado.

Em verdade, o regime de aquisições e contratações mais moderno e ágil se faz necessário dada as características dessas duas estatais gigantes brasileiras, principalmente, quando, cada vez mais, se impõe sobre elas a necessidade de obter resultados, de rentabilidade e competitividades equivalentes aos seus concorrentes.

Entretanto, esse regime, certamente, seria muito útil nas demais estatais que concorrem nos seus respectivos mercados.

4.3 ENTIDADES PARAESTATAIS

Nesse grupo, incluímos dois universos muito distintos, as corporações profissionais e os serviços sociais autônomos. Ambos atuam justapostos ao Estado, entretanto o primeiro tem características públicas, inclusive poder de polícia e o outro não.

4.3.1 Corporações Profissionais

4.3.1.1 Autarquias Profissionais

À medida que vão surgindo, ou se tornando relevantes com o decorrer dos anos, as profissões necessitam de uma central que organize os procedimentos e

métodos empregados pelos profissionais, emita certificados e faça toda a parte burocrática da profissão: são as chamadas corporações profissionais.

Nem todas as profissões possuem uma corporação ou conselho. A profissão de artista, embora reconhecida e regulamentada por lei, não tem organização central. Há atualmente dezenas de projetos de lei em tramitação pretendendo a criação de conselhos profissionais, tendo em vista a ampliação do número de profissões existentes.

As corporações profissionais são pessoas jurídicas de direito público, mas não integram a máquina estatal. Entre suas competências estão a de regulamentar, fiscalizar e desenvolver toda a parte burocrática ligada à profissão que rege. Para exercer o poder de fiscalização, as corporações contam com poder de polícia, o qual já foi objeto de intensa discussão jurídica, podendo até mesmo afastar e impedir um profissional do exercício da profissão.

Apesar de terem sido previstas nas constituições de 1937 e de 1964, as corporações profissionais não foram listadas pela Carta Magna de 1988. Não obstante, sua criação somente se dá mediante lei, dado o caráter fiscalizatório dessas entidades.

A contratação de pessoal e a aquisição de bens e serviços são regidas pelo direito privado, não exigindo concurso público nem licitação especial, apesar de não ser pacífica ou uniforme a atuação dos diversos conselhos.

4.3.1.2 OAB – Entidade *Sui Generis*

A OAB é uma corporação profissional brasileira singular, em face do relevo constitucional atribuído às suas atividades. Regida pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, a OAB possui características tão diferentes das outras corporações que foi considerada uma entidade *sui generis* pela doutrina.

Segundo acórdão da ADIn nº 3.026-4 do DF, cujo relator foi o eminente min. Eros Grau, a OAB é considerada um serviço público independente, categoria exclusiva dessa instituição quando comparada às outras do direito brasileiro. Esse acórdão teve como fundamentação por ser a OAB a única corporação profissional com assento constitucional. Outra discussão que foi apaziguada por tal acórdão versa sobre a natureza jurídica da OAB. Consta do acórdão que a OAB “não está incluída na categoria na qual se inserem essas que tem se referido como autarquias especiais”.

A OAB não está subordinada ao controle estatal, nem configura entidade da administração indireta, sendo completamente independente. O Estatuto

da OAB, no art. 44, § 1º, estabelece essa independência, já confirmada pelo STF, senão vejamos:

Art. 44. [...]

§1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

4.3.2 Serviço Social Autônomo

Sobre a entidade – **serviço social autônomo** (SSA) –, escreveu Hely Lopes Meirelles:⁴⁸

São todos aqueles instituídos por lei, **com personalidade de Direito Privado**, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para fiscais. São entes **para-estatais, de cooperação com o Poder Público**, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. (grifos nossos).

Acrescenta o autor que tais entidades,

embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para fiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou. (grifo nosso)

Em resumo, SSA são entidades privadas, sem fins econômicos, criadas por Lei, não integrantes da Administração Pública Indireta, que atuam em

48 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 338.

colaboração com o Poder Público, em atividades de interesse coletivo e utilidade pública, entretanto sem subordinação hierárquica e segundo as regras do setor privado.

A Constituição Federal não prevê explicitamente a possibilidade de criação de novos SSA. Porém, tal matéria deve ser entendida como de competência infraconstitucional.

Não obstante, existem excertos da CR/88 alusivos às SSA direta ou indiretamente. Nesse sentido, cabe ressaltar o artigo 149, *caput*, quando estabeleceu competência exclusiva da União para legislar sobre contribuições sociais de interesse de categorias profissionais e econômicas, que, conforme o conceito de SSA já apresentado, são receitas possíveis de manutenção dos mesmos.

Em semelhante campo de abordagem, podemos citar o artigo 150, inciso VI, alínea c, da CF/88, quando dispõe sobre a vedação parcial ao direito de tributar pela não criação de impostos sobre patrimônio, renda e serviços das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos. Por conseguinte, e de forma mais explícita, foram resguardadas de qualquer questionamento as vantagens dos SSA criados anteriormente à CF/88, pela manutenção de suas contribuições mantenedoras, nos termos do artigo 240.

Preparando campo para a criação de nova entidade sob a modalidade de SSA, os Atos e Disposições Constitucionais Transitórios estabeleceram em seu artigo 62 a previsão de criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar). Por derradeiro, quanto ao histórico legislativo dos SSA, vale lembrar que, no âmbito infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 200/1967 já previa a necessidade de Controle Externo pelo Estado dos SSA. O referido modelo fora concebido na década de 1940 pelo conjunto atualmente conhecido como Sistema S (Do **Governo Federal – pré-CR/88**): Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai – 1942); Serviço Social da Indústria (Sesi – 1946); Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac – 1946); Serviço Social do Comércio (Sesc – 1946).

Após a Constituição de 1998, o Governo Federal realizou a expansão do modelo S, mediante a criação das seguintes entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar – 1991); Serviço Social de Transporte (Sest – 1993); Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat – 1993); Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae – 1990); Associação das Pioneiras Sociais (APS – 1991), responsável pela Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor; Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop – 1998); Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil – 2003); e Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI – 2004).

Três são os modelos básicos de SSA: serviços mantidos por contribuições para fiscais; serviços mantidos por orçamento público (contrato de gestão ou convênio); e, atualmente, vem se adotando o modelo de serviço gestor de fundo especial.

Podemos definir as vantagens e desvantagens do modelo SSA pelo cortejo de suas características aos órgãos da Administração Direta, aos entes da Administração Indireta e às pessoas jurídicas de direito privado. Temos um modelo próximo do Poder Público e não submetido às regras públicas; sua instituição autorizada por lei, e na forma da lei, é controlada pelo Poder Público; e é, na prática, tão flexível quanto as entidades de colaboração.

O sistema de contratação de pessoal segue regras próprias elaboradas por cada SSA, sendo o regime de trabalho o da CLT. É efetuada uma pesquisa para que sejam pagos salários com valores condizentes com o do mercado.

Para as compras, são utilizadas regras próprias de licitação e contratos (procedimento similar). A definição da estrutura e organização interna, bem como a do orçamento de custeio/investimento, ficam exclusivamente a cargo da SSA.

O controle dos SSA pode ser realizado por um conselho de administração (decisões e designação dos conselheiros); um conselho fiscal (designação dos conselheiros); ou por contrato de gestão (políticas, diretrizes, indicadores, metas, plano de ação).

Um fator realmente importante e que merece destaque é que os empregados e dirigentes dos SSA não estão submetidos ao teto remuneratório do serviço público, fato que servirá de especial atrativo para absorção e manutenção de mão de obra qualificada na entidade nascente.

Tal fato se justifica por tratarem-se os SSA de sociedade, associação ou fundação de caráter **privado**. Porém, somente este requisito não o afastaria da aplicação do “teto remuneratório” constitucional, visto que a outros entes de personalidade jurídica privada, em regime híbrido de aplicação do direito, se aplicam o referido teto.

Em verdade, a Carta Magna, em seu artigo 37, inciso XI, cria a limitação remuneratória, aplicando o teto remuneratório aos

ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos.

Já no § 9º do mesmo artigo, estende-se a limitação remuneratória “às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias” dependentes.

Ora, os SSA **não são** entidades pertencentes à Administração Pública Direta ou Indireta. São entes de cooperação privados e interpretação diversa levaria a equipará-los integralmente ao regime aplicável às empresas públicas e/ou sociedades de economia mista, sendo que tornaria desnecessária sua existência no mundo fenomênico. Esses últimos, não obstante serem privados, se submetem à supervisão e tutela direta do Estado e a eles, por força constitucional, aplicam-se o referido teto.

A matéria do teto remuneratório aplicado aos SSA ainda não foi discutida pelo egrégio STF. Porém, em face das decisões que antecedem ao tema, em especial as últimas deliberações da corte que são unânimes em extrair os SSA do rol de entes pertencentes à Administração Pública, é de se crer que caminhe neste sentido a evolução jurisprudencial.

Inferem-se decisões que são categóricas em afirmar o caráter privado dos SSA e a necessidade de evolução dos modelos de atuação do Estado. Vejamos:

ADI 1864/PR-PARANÁ

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 08/08/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-01
PP-00089

Parte(s)

REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO - CNTE

ADVDS.: JULIANA ALVARENGA DA CUNHA E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: LUIZ ALBERTO DOS SANTOS E OUTROS

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ

ADV.: MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

REQDA.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida. 2. **O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública - Educação.** 3. **A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.** 4. **A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado.** No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998. 5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao

Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, § 3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná.

Nesse sentido, criticando posicionamento anterior adotado pelo egrégio TCU o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho³⁹ já se manifestava explicitamente por ser inaplicável o teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da CF/88, aos serviços sociais autônomos. Vejamos:

Diante desses elementos, não abonamos, com a devida vênia a recomendação que o Tribunal de Contas da União tem dirigido a algumas dessas entidades no sentido de que seus dirigentes tenham limitação remuneratória, na forma do art. 37, XI, da CF. Chega a ser surpreendente essa posição do TCU. O art. 37 da Constituição tem como destinatários apenas a Administração Direta e as entidades da Administração Indireta, conforme está expresso em seu texto, e, se assim é, não pode o intérprete alargar os parâmetros que o Constituinte fixou. O dispositivo, portanto, não alcança dirigentes e empregados dessas entidades. A recomendação, por conseguinte, está contaminada de vício de legalidade e de constitucionalidade, rendendo ensejo à sua invalidação.

Em que pese o posicionamento equivocado firmado primeiramente pelo colendo TCU, hodiernamente, após revisão de entendimento, vige a tese

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 483.

no tribunal de ser inaplicável o teto remuneratório aos serviços sociais autônomos. Vejamos:

Os serviços sociais autônomos, embora não integrem o rol de entidades sujeitas aos limites remuneratórios constantes do inciso XI do art. 37, devem ter como balizadores os salários praticados pelo mercado AC-2788-36/06-1 MV. 9. Como se vê, a nova redação dada ao inciso XI do art. 37 da Carta Magna enumera as entidades que devem obedecer ao limite remuneratório ali fixado. Considerados entes paraestatais, os serviços sociais autônomos, como o Sebrae/CE, não se incluem nem no universo da administração pública direta nem no da administração indireta. Da mesma forma, por não serem empresas públicas nem sociedades de economia mista, a eles não se aplica o contido no § 9º do mesmo artigo. 10. Assim, a interpretação literal da norma indica que os limites remuneratórios previstos na Constituição Federal não mais se aplicam às entidades do Sistema "S". 11. Nesse sentido, cito duas recentes deliberações da 1ª Câmara, Acórdãos nº 2.788 e 3.441/2006 (sessões de 3/10 e 28/11/2006, respectivamente), mediante as quais aquele Colegiado, ao apreciar recursos de reconsideração em processos referentes ao Sebrae e ao Sesc/SP, entendeu que os serviços sociais autônomos, a partir da EC nº 41/2003, não mais se sujeitam aos limites remuneratórios de que trata o art. 37 da Constituição Federal. 12. Nos votos que embasaram as mencionadas deliberações, os relatores deixam claro que tal posicionamento não significa que o Sebrae, e por extensão as demais entidades pertencentes ao Sistema "S", terão total liberdade para estipular os salários que bem entender para sua diretoria. Tais entidades recebem recursos de natureza parafiscal, prestam contas ao TCU e estão sujeitas à observância dos princípios da moralidade, da economicidade e da impessoalidade, entre outros. Além disso, uma decisão sobre quaisquer acréscimos remuneratórios é submetida a diversas instâncias deliberativas internas e sujeita-se aos órgãos próprios de administração e controle, e terá como balizadores os salários praticados pelo mercado. Ademais, eventuais excessos nesse sentido poderão ser questionados pelo próprio TCU. AC-2328-49/06-P UA. Ver também: AC-3441-44/06-1 AN, AC-0495-07/07-1 MV.

A remuneração nos SSA, porém, não é de todo livre, devendo observar estritamente os padrões de mercado.

No âmbito dos SSA – autorizados a serem instituídos por leis federais – que atuam em capacitação e formação profissional, destacamos: Senai, Senac, Senar, Senat e SESCOOP. Além do Sebrae, que atua não só em capacitação, mas também em extensão e consultoria para o setor alvo.

Essas instituições demonstraram amplamente a capacidade de produção de resultados, ou seja, a oferta de profissionais qualificados para a atuação nos respectivos segmentos econômicos. Esse resultado é traduzido na imagem positiva e no amplo reconhecimento que gozam na sociedade brasileira.

Recentemente, mais especificamente em julho de 2008, o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Educação, fechou acordo com o Sistema S, visando à ampliação do atendimento gratuito a estudantes e trabalhadores de baixa renda, demonstrando atuação de tais instituições em atendimento às necessidades das políticas públicas. Diferentemente dos modelos de OS e OSCIP, o modelo SSA não dispõe de uma lei quadro, nem mesmo de um padrão.

4.3.2.1 Sebrae, Apex e ABDI

Dentre os SSA, alguns merecem destaque por suas peculiaridades. É o caso do Sebrae, da Apex e da ABDI.

O Sebrae foi a primeira derivação do modelo SSA, pois foi o primeiro a não se enquadrar diretamente no escopo do art. 240 da CR/88, ou seja, entidades privadas de serviço social e de formação profissional.

Apesar de se enquadrarem como SSA, tanto a Apex quanto a ABDI foram instituídas por Lei (Lei nº 10.668, de 14 de maio de 2003, para a Apex, e Lei nº 11.080, de 30 de dezembro de 2004, para a ABDI). Além disso, uma fração da contribuição parafiscal que é encaminhada ao Sebrae é redirecionada a essas duas entidades, numa forma especial de fomento. Para financiá-las, a lei determinou um aumento nas contribuições que sustentam o Sistema S em 0,3% sobre a folha salarial das empresas recolhido pelo INSS. Esses 0,3% são divididos entre Sebrae, Apex e ABDI, na proporção de 85,5%, 12,5% e 2%, respectivamente.

Não obstante sejam SSA, Apex e ABDI não têm seus serviços voltados especificamente para o povo. Suas ações se voltam para o ramo empresarial, das micro e pequenas empresas, sendo uma forma distinta de serviço social.

Nesta classificação, talvez pudéssemos subdividi-la em dois grupos um para o Sebrae e outro para a Apex e ABDI, pois as últimas dispõem de contrato

de gestão para alinhamento das ações às políticas e diretrizes públicas e o primeiro não.

Coincidentemente, os três SSA elencados nessa classificação atuam de forma paralela ao MDIC. Quanto ao modelo de gestão, todos dispõem de conselho deliberativo e de conselho fiscal e uma diretoria, em alguns casos, todos indicados pelo presidente da República.

4.3.2.2 Rede Sarah

A Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação é um SSA que foi instituída pela Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, sob o nome de Associação das Pioneiras Sociais. A associação administra a Rede SARAH por meio de um contrato de gestão, firmado, em 1991, com a União Federal. O recrutamento de pessoal é feito via concurso público.

Apesar de não estar legalmente sujeita aos rigores da Lei nº 8.666/1993, a Rede Sarah observa, em seus procedimentos de compras, os princípios da Lei Geral de Licitações Públicas. Isso garante mais transparência e maior eficiência dos recursos alocados.

Todos os recursos financeiros que fomentam as unidades da Rede Sarah são fornecidos exclusivamente pelos cofres da União, conforme previstos no orçamento anual do Ministério da Saúde e no contrato de gestão entre eles assinalado. Diferentemente, de todos os outros SSA instituídos pela União, a APS não dispõe de contribuição parafiscal.

O controle desse repasse é feito pelo TCU, com ênfase na avaliação dos resultados finais dos investimentos garantidos por recursos públicos.

4.4 ENTIDADES DE COLABORAÇÃO

As entidades de colaboração aqui classificadas são todas de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos, constituídas, por particulares, para apoiar o Estado na implementação de políticas públicas.

Pelo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406/2002, as entidades de colaboração podem ser associações civis e fundações. No Brasil, assim como em outros países, ocorre o crescimento do terceiro setor que, por sua vez, coexiste com dois outros setores: primeiro setor, representado pelo governo, cumprindo este uma função administrativa dos bens públicos; e o segundo setor, representado pelo mercado, ocupado pelas empresas privadas com fins lucrativos.

No Brasil, a partir da década de 1970⁵⁰, verificou-se uma grande expansão de associações civis, movimentos sociais e organizações não governamentais (ONGs), as quais contribuíram para uma forte articulação desses conceitos na Constituição da República de 1988.

Há algo em comum entre o terceiro setor e o Estado: ambos devem cumprir uma função eminentemente coletiva. Agrupam-se uma grande variedade de instituições no terceiro setor: ONGs, fundações e institutos empresariais, associações comunitárias, entidades assistenciais e filantrópicas, assim como várias outras instituições sem fins lucrativos.

A consequência foi a necessidade de redefinição do papel do Estado, propugnando, de um lado, o reforço de sua função reguladora e promotora de desenvolvimento e, de outro, relegando a responsabilidade direta pela execução de alguns serviços que não envolvem exercício do poder de polícia a entidades particulares que atuarão em colaboração com o Estado, ainda que direta ou indiretamente financiados por estes, considerada a possibilidade de controle direto pela sociedade civil.

Originaram-se da participação das entidades sem fins lucrativos no Brasil, que é datada no final do século XIX. Pode-se até mesmo citar o exemplo das santas casas que remontam mais atrás, na segunda metade do século XVI, e traz consigo uma tradição da presença das igrejas cristãs que direta ou indiretamente atuavam prestando assistência à comunidade.

Após o inegável avanço trazido pela Constituição de 1988 no que diz respeito aos direitos de cidadania política e princípios da descentralização na promoção de políticas sociais, constata-se, nas últimas décadas, um crescimento quantitativo e qualitativo do terceiro setor como um todo, em especial das ONGs. Com a consolidação democrática, através das pluralidades partidárias, formação de sindicatos e fortalecimentos de movimentos sociais urbanos e rurais, abre-se espaço para uma atuação mais efetiva das ONGs.

Em virtude da atuação ineficiente do Estado, em especial na área social, o terceiro setor vem crescendo e se expandindo em várias áreas, visando atender a demanda por serviços sociais, requisitados por uma quantidade expressiva da população menos favorecida, em vários sentidos, de que o Estado e os agentes econômicos não têm interesses ou não são capazes de provê-la. Seu crescimento vem em virtude, também, de práticas cada vez mais efetivas de

50 DELGADO, Maria Viviane Monteiro. **O Terceiro Setor no Brasil: uma visão histórica**. Maringá, Universidade Federal de Maringá. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br>.

políticas neoliberais do capitalismo global, produzindo instabilidade econômica, política e social, principalmente nos países do terceiro mundo.

Algumas se caracterizam como modelos, como, por exemplo, fundações de apoio, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, organização civil de recursos hídricos, dada alguma especificação em lei ou decreto, e foram estas as inseridas neste estudo.

De antemão, a pluralidade de modelos de entidades de colaboração nos aparenta um excesso. Talvez pudessem ser resumidos a um único modelo.

4.4.1 Fundação de Apoio

As fundações de apoio surgiram da ideia de se garantir alguma flexibilidade para órgãos governamentais que requerem um trânsito mais ágil de verbas e contratação de serviços. Extremamente úteis às universidades e outros órgãos que atuam na área de pesquisa, tais fundações, que têm regime jurídico privado, substituem os procedimentos da Lei de Licitações e Contratos por próprios, tornando o processo de compra e contratação muito mais ágil.

Muitas destas fundações já existiam e atuavam em parcerias com o Poder Público nas áreas de ensino e pesquisa, mesmo antes da adoção do marco legal.

A legislação que introduziu as fundações de apoio no universo jurídico brasileiro foi a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, regulamentada pelo Decreto nº 5.205, de 14 de setembro de 2004. Definem-se ali todos os requisitos que uma entidade necessita preencher para atuar como fundação de apoio, bem como as limitações de autonomia e prestação de contas. Assim dispõe a lei:

Art. 1º As **instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica** poderão celebrar com as fundações de apoio contratos ou convênios, mediante os quais essas últimas prestarão às primeiras apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, por prazo determinado. (grifos nossos)

Apesar dessa utilidade, o TCU pretende acabar com tal autonomia. Recentemente, um acórdão do tribunal apontou irregularidades na relação das universidades federais com suas fundações de apoio. Foi realizada uma auditoria em 464 contratos e convênios de 14 instituições federais, nos quais foram identificadas uma série de irregularidades.

Para o TCU e para o Ministério da Educação, porém, a decisão decorrente desta auditoria pretende apenas pôr um fim no abuso cometido por entidades públicas, que, em muitos casos, podem se beneficiar de seu regime jurídico diferenciado para burlar a lei de licitações ou assumir tarefas fora de sua competência. Vários projetos de pesquisa precisam de agilidade para contratar pessoal, realocar recursos ou fazer compras, e a burocratização desse processo pode engessar completamente a atuação desses setores. Algumas universidades ingressaram no STF visando continuar utilizando as fundações de apoio como forma de repasse de verbas, e ainda não houve decisão consolidada no assunto. Exemplo dessas é o Mandado de Segurança nº 27.799-8, impetrado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) no STF em 17 de dezembro de 2008, que teve como objetivo central resguardar a autonomia da universidade para definir, nos termos da lei, que projetos e ações são necessários ao seu próprio desenvolvimento institucional.

4.4.2 Organizações Sociais

A organização social pode ser doutrinariamente conceituada como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, a que o Poder Público outorga qualificação específica que a habilita a firmar contrato de gestão, cujo objeto é o exercício de atividades não exclusivas, pertinentes aos **setores de saúde, educação, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico e proteção e preservação do meio ambiente**.⁵¹

Integra o conceito do chamado terceiro setor, que designa o conjunto de iniciativas provenientes da sociedade, organizado sob a forma de entidades dotadas de autonomia e administração própria, voltados à produção de bens e serviços de interesse público.

O movimento legal que iniciou este processo foi chamado de Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que instituiu a figura das organizações sociais e que tinha como pressuposto a realização de serviços públicos não exclusivos por pessoas jurídicas de direito privado com possibilidade de operarem com maior autonomia, flexibilidade, ênfase nos resultados, qualidade de serviços e controle social.

51 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 883.

A atuação em cooperação é, talvez, a maior aposta do Direito Administrativo desde muito tempo. Diferentemente da prestação de serviços comuns, que visam ao lucro, a atuação em cooperação/parceria visa a atuação da sociedade organizada, sem fins lucrativos, no amplo espectro de serviços não exclusivos, possibilitando à Administração Pública atingir um maior número de cidadãos.

Por certo que já se visualizavam parcerias entre o Estado e sociedade, anteriormente à Lei nº 9.637/1998, ainda que tímidas, as quais institucionalizavam e fomentavam o terceiro setor, já mencionado. Pode-se observar que já no texto do antigo Código Civil de 1916 havia a previsão das associações de utilidade pública, com atuação prioritária em casas de saúde, saneamento, proteção e preservação de bens públicos.

A figura das organizações sociais inseriu-se no ordenamento jurídico como mais uma possibilidade para a pretendida evolução histórica de parceria entre o público e o privado, firmando conceitos e persistindo com a ideia de que a sociedade deve participar mais ativamente na execução de serviços de interesse público, liberando o Estado para assuntos estratégicos de regulação e controle. Isso não significa que o Estado pode renunciar às tarefas que lhe são impostas constitucionalmente. Admitir a participação da sociedade civil não significa paralisação do Estado.

Segundo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵²

organizações sociais, como resulta da Lei nº 9.637/1998, são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º) e a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e preencha alguns poucos requisitos substanciais, travando contrato de gestão com o Poder Público.

Verifica-se do art. 2º da mencionada lei os requisitos legais exigidos para que uma entidade privada possa requerer a habilitação como organização social. *In verbis*:

52 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 234-235.

Art. 2ª São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Analisando um pouco mais a matéria, o Professor José dos Santos Carvalho Filho leciona:⁵³

53 CARVALHO FILHO, José dos Santos . **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 318.

Uma vez qualificadas como **organizações sociais**, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2º, II), as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (arts. 11 e 12). Admissível será, ainda, a cessão especial de servidor público, com ônus para o governo, vale dizer, o governo poderá ceder servidor seu para atuar nas organizações sociais com a incumbência do pagamento de seus vencimentos (art.14).

A discricionariedade deferida ao ministro responsável no âmbito da União para autorizar a qualificação da entidade como organização social, sem a necessidade de consulta a qualquer outro órgão estatal ou a sociedade civil, gerou críticas ao instrumento legal.

A propósito, a Lei nº 9.637/1998 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADI nº 1.923 e ADI nº 1.943. No julgamento da medida cautelar da ADI nº 1.923, o STF assentou não existir, à primeira vista, incompatibilidade da lei com a Constituição. O julgamento da ADI nº 1.943 está sobrestado, aguardando julgamento final da ADI nº 1.923.

As entidades privadas qualificadas como organizações sociais são pessoas jurídicas privadas independentes do Estado e não se integram à Administração centralizada, apesar de serem obrigadas a manter em seus órgãos de deliberação colegiada, representantes do Poder Público.

Exercem suas atividades por intermédio de um contrato de gestão, que lhes assegura as prerrogativas, autonomias e flexibilidades inerentes à gestão dos bens e direitos públicos que lhes forem afetas às finalidades, e lhes impõe metas a serem cumpridas para a melhor consecução das finalidades de interesse público.

A partir da qualificação e da celebração do contrato de gestão, a OS, recebe delegação estatal para atuar de forma suplementar à Administração e beneficia-se de recursos, bens e servidores públicos que lhes foram cedidos e, por isso, sujeita-se às metas pactuadas e a princípios e regras de ordem pública derogatórias de regras de direito privado.

A fiscalização da execução do contrato de gestão compete ao órgão ou entidade supervisora vinculada, cabendo à entidade apresentar relatório de execução do contrato ao término de cada exercício, ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público.

OTCU ao proferir a Decisão nº 592/98, nos autos do Processo nº 004.170/1998-9, firmou entendimento de que as organizações sociais estão sujeitas à sua fiscalização quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de todos os seus atos de gestão que envolvam recursos orçamentários e bens públicos.⁵⁴

Havendo fundados indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública os legitimados poderão requerer ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e/ou do sequestro dos bens dos administradores, se o caso.

Constatando-se o descumprimento do contrato de gestão poderá haver a desqualificação da entidade como organização social, com a respectiva reversão de bens e valores ao erário.

Observa-se, entretanto, que a Lei nº 9.637/1998 não cuidou de garantir a necessária proteção à Administração Pública, no tocante à capacidade técnica econômica e financeira das entidades que se propõem trabalhar sob o manto da qualificação como organizações sociais.

A lei não exige patrimônio ou capital mínimo da própria associação/entidade, o que não garante à Administração Pública o ressarcimento em casos de malversação de recursos destinados à entidade, caso não haja análise criteriosa da situação desta, antes de com ela assinar o contrato de gestão.

Nesse aspecto, o pressuposto adotado foi de que haverá análise criteriosa por parte do Poder Público antes de deferida a qualificação, assim como no contrato de gestão, estando dispostos os instrumentos necessários para o acompanhamento e controle da entidade, inclusive os relativos às condições patrimoniais, econômicas e financeiras.

Deverão as organizações sociais adotar procedimentos próprios para contratação de obras, serviços e compras.

Os empregados originários das organizações sociais, tendo em vista seu caráter privado, serão regidos pela CLT e a entidade poderá contar ainda com servidores cedidos pelo Poder Público, os quais serão pagos por este e integrarão quadro em extinção, como medida de fomento da atuação do Estado no terceiro setor.

A possibilidade de cessão de servidores, de outro lado, promove diferenças nos regimes de trabalho de servidores cedidos e servidores contratados pela entidade, de sorte que os benefícios de uns não se comunicam com outros, o que pode gerar desconforto, caso não seja tratada adequadamente

54 *Idem.*

a matéria, sem falar da dificuldade em se gerenciar pessoal com regimes diferenciados.

Em relação ao pessoal, destaque-se que o modelo, inicialmente, preocupou-se em uma transição pacificada entre o modelo de execução direta estatal para o modelo de execução em parceria, em que, em alguns casos, haveria servidores públicos atuando, e não seria razoável, que estes simplesmente fossem colocados em disponibilidade ou desvio de função, pela mudança de estratégia do Estado. A alternativa encontrada foi a cessão especial com ônus para o próprio poder público, como mais uma forma de fomento.

Os bens públicos dominicais (não destinados a qualquer finalidade pública) também poderão ser destinados às organizações sociais, mediante permissão de uso, se houver previsão expressa no contrato de gestão.

O modelo organização social desde a origem pressupunha a existência de legislações estaduais e municipais análogas, o que de fato veio a se concretizar nos anos posteriores.

Os resultados apontaram para uma *performance* superior de entes geridos no modelo organização social, em relação ao mesmo grupo de controle integrante da administração pública, não apenas nos indicadores econômico-financeiros, mas também nos indicadores de qualidade e produtividade.

Nessa classificação cabe uma observação no sentido de que apesar de no âmbito federal haver apenas seis organizações sociais, o modelo proliferou por quase todos os estados-membros e muitos municípios.

4.4.3 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Outra qualificação surgida recentemente, diga-se tomando por base o prazo para evolução da legislação administrativa, foi a criação da qualificação Oscip.

Segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho (2009)⁵⁵,

“para que se qualifiquem como organizações da sociedade civil de interesse público, a lei exige que os estatutos da entidade preencham alguns requisitos expressos, por exemplo, o da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; e, ainda, o atendimento aos princípios básicos da contabilidade, a publicidade do

55 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

relatório de suas atividades e a sujeição a auditorias externas independentes. O requerimento da qualificação, devidamente instruído, é formulado ao Ministério da Justiça, que, verificando o atendimento dos requisitos legais e o fato de não se enquadrar a entidade dentre aquelas vedadas por lei, deferirá o pedido e expedirá o respectivo certificado de qualificação.

Novamente note-se tratar de uma qualificação pública conferida a um ente privado. Seu relacionamento com o poder público dar-se-á, quanto às finalidades institucionais, pelo denominado termo de parceria, em que deverão estar formalizados, de modo detalhado, os direitos e as obrigações dos pactuantes.

O modelo Oscip tem uma trajetória distinta do modelo OS, porquanto inicialmente, idealizado para ser um título nacional, assim inicialmente foi interpretado como alteração extraordinária ao Código Civil. Entretanto com o advento do novo Código Civil, em 2002, em que este não foi recepcionado, alguns entes da Federação adotaram a interpretação de se tratava de uma legislação federal e não nacional.

Nesse contexto, esses entes adotaram medidas/procedimentos diversos, uns editaram legislação própria, casos do Acre e de Minas Gerais, outros recepcionaram por lei ou decreto o modelo federal. Outro exemplo é o do estado de São Paulo, que recepcionou a legislação federal, entretanto adotou legislação estadual própria para o instrumento de formalização da parceria.

A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, criou uma nova qualificação para pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Esse título público, conferido pelo Governo Federal, pode ser obtido por associações civis e fundações privadas mediante requisitos e procedimentos objetivos estabelecidos em lei. Essa lei buscou reconhecer o caráter público de um conjunto de organizações da sociedade civil até então não reconhecidas pelo Estado, criando um novo sistema classificatório que procurou também diferenciar organizações sem fins lucrativos de interesse público daquelas de benefício mútuo e de caráter comercial. A referida Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

Cabe destacar algumas das funções em que as Oscips podem atuar:

- promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações;

- promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações;
- promoção da segurança alimentar e nutricional;
- defesa, preservação, conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- promoção do voluntariado;
- experimentação sem fins lucrativos de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas acima, e outros.

Também, nesse caso, cabe uma observação que o modelo foi adotado por pelo menos dois estados-membros: Acre e Minas Gerais, com inúmeras entidades qualificadas. Esses modelos estaduais foram idealizados como modelos híbridos OS/Oscip. O estado de São Paulo, por sua vez, adotou lei para tratar da celebração do termo de parceria do estado com as Oscip.

Outra variante foi a recepção do modelo federal por lei ou decreto por estados ou municípios, sendo que em alguns casos com definição de requisitos para celebração do termo de parceria na respectiva esfera.

Uma das características que distinguia o modelo de Oscip federal era a vedação, posteriormente suprimida, de participação de representantes do Estado no conselho de administração das entidades.

O fomento das Oscips decorre da permissão de uso de bens, transferência de recursos financeiros e a isenção tributária, mediante dedução do IRPJ de parcela das doações realizadas às entidades.

4.4.4 Entidades Delegatárias – Organização Civil de Recursos Hídricos

As OCRH, assim como OS e Oscip, são entidades privadas sem fins econômicos, constituídas por particulares para atuar em parceria com a ANA.

Nesse caso muito específico, cabe ressaltar a evolução da gestão dos recursos hídricos no Brasil.

O primeiro modelo foi o burocrático, com estrutura altamente hierarquizada e normatizada: as entidades públicas que tratavam dos recursos hídricos tinham natureza burocrática, concentravam a autoridade e o poder. Os escalões hierárquicos eram responsáveis pela aplicação dos dispositivos legais (concessões, licenciamentos, fiscalização e multas).

O segundo modelo foi o financeiro, que perdurou de 1948 até 1997. Era marcado pelo uso prioritário de instrumentos econômicos e financeiros para a promoção do desenvolvimento econômico, buscando atender a prioridades setoriais do Governo Federal, com base em programas de investimentos (saneamento, irrigação, eletrificação etc.). A base atual foi instituída pelas leis nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e nº 10.881, de 9 de junho de 2004.

O fomento das OCRH decorre da permissão de uso de bens, transferência de recursos orçamentários e de transferências da ANA provenientes das receitas da cobrança pelos usos de recursos hídricos em rios de domínio da União, e possibilidade de cessão temporária de servidores públicos.

Uma grande diferença desse modelo é a previsão de que a ANA publicará a norma própria contendo os procedimentos que a entidade delegatária adotará para a seleção e recrutamento de pessoal, bem como para compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos públicos, a qual observará os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, o que aparenta invasão excessiva na organização e funcionamento de entidade privada.

4.4.5 Outras Entidades de Colaboração

Nessa classificação, incluímos todas as entidades de colaboração que encontramos com características distintas das usuais, criadas ou autorizadas a criação por Lei, dentro do aparato estatal, que atuam na fronteira do poder de Polícia ou, ainda, que emulam outras formas de entidades de colaboração.

4.4.5.1 Operador Nacional do Sistema Elétrico

O ONS é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, autorizada a ser constituído pela Lei nº 9.648/1998. A entidade é responsável pela

coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da Aneel.⁵⁶ Em 2004, com a instituição do atual modelo do setor elétrico, o ONS teve suas atribuições ratificadas pelo Decreto nº 5.081, de 14 de maio de 2004.

O atual estatuto foi aprovado pela Resolução Autorizativa nº 328 da ANEEL, de 12 de agosto de 2004. São também documentos importantes a Lei nº 9.648 de 27 de maio de 1998, que criou o ONS, e o Decreto nº 2.655 de 02 de junho de 1998 que a regulamentou. O ONS teve seu funcionamento autorizado pela Resolução 351 da ANEEL, de 11 de novembro de 1998.

A Resolução nº 66, da Aneel, de 16 de abril de 1999, estabeleceu o objeto da atuação do ONS ao definir a rede básica do SIN. A Resolução nº 68, da Aneel, de 8 de junho de 2004, estabeleceu os procedimentos para acesso e implementação de reforços nas demais instalações de transmissão, não integrantes da rede básica, e para a expansão das instalações de transmissão de âmbito próprio, de interesse sistêmico, das concessionárias ou permissionárias de distribuição.

A Resolução nº 247, da Aneel, de 13 de agosto de 1999, por sua vez, estabeleceu as condições gerais de prestação de serviços de transmissão e contratação de acesso. Em 28 de dezembro de 2001, a Resolução nº 715, da Aneel, estabeleceu as regras para a contratação do acesso temporário aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, e, por fim, cabe citar a Resolução nº 270, da Aneel, de 26 de junho de 2007, que estabeleceu as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, associada à disponibilidade das instalações integrantes da rede básica.

O ONS é estruturado em torno de uma diretoria geral e suas quatro ramificações: Diretoria de Administração dos Serviços de Transmissão (DAT), Diretoria de Planejamento e Programação da Operação (DPP), Diretoria de Operação (DOP) e a Diretoria de Assuntos Corporativos (DAC).

Apesar de as atividades a cargo do ONS serem plenamente compatíveis com a natureza da entidade constituída, de todos os modelos incluídos nesse grupo de outras entidades de colaboração, este nos aparenta o mais delicado, pois é uma entidade constituída pelo Estado, de direito privado, não elencada na CR/88.

56 Disponível em: <<http://www.ons.org.br>>.

4.4.5.2 Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações

O CPqD (Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações), originalmente criado em 1976, transformou-se na Fundação CPqD, uma fundação de direito privado sem fins lucrativos, conforme aprovou a assembleia geral extraordinária (AGE) que homologou a cisão das empresas do Sistema Telebras, em 22 de maio. Essa decisão foi tomada em virtude da importância da preservação da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico das telecomunicações no âmbito da Telebras, conforme previsto na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, vejamos:

Art. 190. Na reestruturação e desestatização da Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras deverão ser previstos mecanismos que assegurem a preservação da capacidade em pesquisa e desenvolvimento tecnológico existente na empresa.

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no *caput*, fica o Poder Executivo autorizado a criar entidade, que incorporará o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da Telebras, sob uma das seguintes formas:

I - empresa estatal de economia mista ou não, inclusive por meio da cisão a que se refere o inciso I do artigo anterior;

II - **fundação governamental**, pública ou **privada**.

Os empregados da Telebras que foram lotados no CPqD tiveram seus direitos, seus benefícios, suas vantagens e suas obrigações assegurados pela Fundação CPqD, via convênio com a Fundação Sistel de Seguridade Social.

A principal fonte de receita da Fundação CPqD vem da prestação de serviço às operadoras do Sistema Telebras (empresas de telefonia fixa, celular e Embratel) nas áreas de desenvolvimento tecnológico e de sistemas (*softwares*). Além da receita obtida com a prestação de serviços, a Fundação CPqD obtém recursos por meio da exploração de direitos autorais próprios ou de terceiros; recursos governamentais ou não destinados à pesquisa tecnológica; auxílios e contribuições de pessoas físicas ou empresas nacionais ou estrangeiras; dotações ou subvenções eventuais feitas pela União, estados e municípios e doações ou legados. Em contrapartida, a Fundação CPqD não distribui dividendos, nem qualquer parcela de seu patrimônio, lucro ou participação nos seus resultados.

A administração da Fundação CPqD é exercida por um conselho curador, diretoria executiva e conselho fiscal. Integram o conselho curador um representante do Ministério das Comunicações; um do MCTI; um da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep); um do BNDES; dois representantes das operadoras de telecomunicações; dois representantes dos clientes brasileiros da Fundação CPqD; dois da comunidade científica e tecnológica e dois de entidades representativas da sociedade civil.

Esse é outro modelo curioso, tendo em vista que uma lei autorizou a constituição de uma entidade privada não prevista na CR/88 até aquela data. Posteriormente, poder-se-ia até enquadrá-la como a primeira fundação estatal federal.

4.4.5.3 Centro de Pesquisas de Energia Elétrica

Em uma assembleia geral extraordinária da Eletrobras, realizada em dezembro de 1971, foi instituído o Fundo de Desenvolvimento Tecnológico (FDT). A criação de tal fundo representou a efetivação, para o setor de energia elétrica, das medidas preconizadas pelo MME e permitiu o desenvolvimento de um centro de pesquisas de energia elétrica.⁵⁷

O Cepel foi então criado, em 1974, por iniciativa do Ministério de Minas e Energia (MME) e de empresas do setor de energia elétrica, para pesquisas restritas a trabalhos realizados por institutos eletrotécnicos ligados a universidades e por departamentos de estudos e pequenos laboratórios de algumas concessionárias de energia elétrica.

De acordo com o estatuto publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 21 de janeiro de 1974, o objetivo do Cepel seria “promover uma infraestrutura científica e de pesquisa, visando ao desenvolvimento, no país, de avançada tecnologia no campo de equipamentos e sistemas elétricos”.

O CepeL é mantido pelos seus sócios, que se encontram divididos em três categorias distintas: associados (Eletrobras, Furnas Centrais Elétricas S.A., Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte, Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S.A. – Eletrosul, Cia. Hidro Elétrica do São Francisco – Chesf; colaboradores (Cia. de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE, Tractebel Energia S.A., Light Serviços de Eletricidade S.A., Petrobras, ONS e Eletrobras Termonuclear S.A. – Eletronuclear) e Participantes (CEB, CEEE,

57 Disponível em: <http://fbds.org.br/article.php3?id_article=373>

Celesc, Celpe, Cemig, CFLCL, Cepisa, Cesp, CTEEP, Coelba, Copel, Energipe S.A., Enersul e Escelsa).

4.4.5.4 Fundação Atech

A Atech (Fundação Aplicação de Tecnologias Críticas) é uma organização brasileira voltada para desenvolvimento e aplicação de tecnologias.⁵⁸

Pessoa jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, foi instituída sob a modalidade fundacional em 1997 como integradora do Sistema de Vigilância da Amazônia (Sivam).

Nos anos seguintes se viu responsável pela realização de outros projetos críticos no país, sobretudo em contratos com o governo brasileiro na área de controle aéreo e defesa. Atualmente, a Atech passa por uma cisão parcial, conquanto o seu conselho de administração, observada a anuência da curadoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, terem autorizado a criação da Atech – Negócios em Tecnologias S.A.

A cisão separa as atividades de engenharia das atividades tradicionais de fundação, conforme estabelecido no novo Código Civil.

A Fundação Atech passa a concentrar atividades em ensino, pesquisa, ações de responsabilidade social e no desenvolvimento científico, tecnológico e industrial em áreas de tecnologias críticas, de modo a preservar e ampliar a autonomia tecnológica do Brasil.

4.4.5.5 Organização Nacional de Acreditação

A Constituição de 1988 definiu “saúde” como direito social universal, fazendo que os hospitais deixassem de ser os centros do modelo assistencial, transferindo aos municípios a gestão dos serviços de saúde. Passou-se então a se observar a importância do desenvolvimento de instrumentos gerenciais relacionados com a avaliação dos serviços oferecidos à população.⁵⁹

No início da década de 1990, surgiram no Brasil iniciativas regionais relacionadas diretamente com a acreditação hospitalar, mais especificamente nos estados de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Paraná e do Rio Grande do Sul. O assunto acreditação começa a ser discutido com maior intensidade no

58 Disponível em: <<http://www.atech.br>>

59 Disponível em: <<https://www.ona.org.br/Pagina/23/Historico>>

âmbito do Ministério da Saúde, em junho de 1995, com a criação do Programa de Garantia e Aprimoramento da Qualidade em Saúde (PGAQS).

A partir de amplo levantamento sobre manuais de acreditação utilizados no exterior, experiências estaduais e o estabelecimento de um consenso de opiniões para alcançar padrões de avaliação comuns a todos, foi lançado, em 1998, o Manual Brasileiro de Acreditação Hospitalar.

Dada a necessidade da existência de um conjunto de regras, normas e procedimentos relacionados com um sistema de avaliação para a certificação dos serviços de saúde, constituiu-se em abril/maio de 1999, a Organização Nacional de Acreditação (ONA), iniciando-se a partir daí a implantação das normas técnicas, o credenciamento de instituições acreditadoras, código de ética e qualificação e capacitação de avaliadores.

A ONA é, então, uma organização não governamental caracterizada como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e de interesse coletivo, com abrangência de atuação nacional, que tem por objetivo geral promover a implementação de um processo permanente de avaliação e de certificação da qualidade dos serviços de saúde, permitindo o aprimoramento contínuo da atenção, de forma a garantir a qualidade na assistência aos cidadãos brasileiros, em todas as organizações prestadoras de serviços de saúde do país.

A ONA foi concebida pela ANVISA, por meio da Resolução nº 921, de 9 de maio de 2002. Essa resolução instituiu a ONA como órgão competente e autorizado a operacionalizar o desenvolvimento do processo de acreditação de organizações e serviços de saúde no Brasil.

4.4.5.6 Associação Brasileira de Normas Técnicas

Fundada em 1940, a ABNT é o órgão responsável pela normalização técnica no país, fornecendo a base necessária ao desenvolvimento tecnológico brasileiro.⁶⁰ Trata-se de entidade privada, sem fins lucrativos, reconhecida como único foro nacional de normalização pela Resolução nº 7, do Conmetro, de 24 de agosto de 1992.

Portanto, a ABNT é a única e exclusiva representante no Brasil das seguintes entidades internacionais: ISO (*International Organization for Standardization*), IEC (*International Electrotechnical Commission*); e das entidades de

60 Disponível em: <<http://www.abnt.org.br>>

normalização regional Copant (Comissão Panamericana de Normas Técnicas) e a AMN (Associação Mercosul de Normalização).

Apesar de ser uma instituição privada da qual o Estado faz parte, na prática, dispõe de um poder de polícia administrativo, pois um padrão por ela definido, tem de ser adotado por todos, caso negativo estará fora do mercado.

4.4.5.7 Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

O Ecad é uma associação civil de natureza privada sem finalidade econômica e sem fins lucrativos, constituída por associações de direitos de autor e outros direitos conexos, na forma do que preceitua a Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as alterações ditadas pela nova Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.⁶¹

O Ecad atua em nome e pratica todos os atos necessários à administração e defesa dos direitos de autor e conexos que lhe foram conferidos, agindo como substituto processual, em faculdade que lhe foi conferida pelo § 2º do art. 99 da Lei n.º 9.610/1998. Tal dispositivo deixa claro que o Ecad pode autorizar ou proibir a execução pública de obras musicais, literárias com sons e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais, podendo, ainda, fixar preços e efetuar a respectiva arrecadação e distribuição em todo o território nacional.

Muito se discute sobre a natureza jurídica e a legitimidade do Ecad de arrecadar e distribuir a renda proveniente dos direitos autorais. O STF já pacificou a discussão no colendo acórdão RE 217274 AgR, onde reconhece e reafirma a legitimidade do Ecad como defensor dos direitos de seus associados.

Assim como a ABNT, o Ecad é outro ente privado que, na prática, por delegação legal, dispõe de algumas das formas do poder de polícia administrativo, que teve sua conformação recepcionada pelo STF.

4.4.5.8 Associação Amigos de Museus

Incluímos essa classificação, mas ela precisa ser aprofundada. Aparentemente, as associações de amigos de museus tem atuado junto aos museus federais de forma similar às fundações de apoio, sem nenhuma regulamentação

61 Disponível em: <<http://www.ecad.org.br>>

específica. Inclusive com arrecadação de bilheteria e/ou ingresso, a título de doação ou não, nas instituições.

O estudo desse grupo precisa ser aprofundado em estudo posterior, mas, como exemplo, destacamos a seguir o estatuto de uma dessas entidades.

Criada em 1988, a Associação dos Amigos do Museu Histórico Nacional é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, destinada a promover o aprimoramento e o desenvolvimento do Museu Histórico Nacional (MHN). Conta com um presidente e um conselho deliberativo, que reúne 33 Conselheiros.

O Art. 3º do estatuto social estabelece, como finalidades da associação, a promoção do aprimoramento e o desenvolvimento das atividades do MHN e a contribuição para estender a ação do museu junto à população, cabendo em especial:

- a.** adquirir acervo de acordo com a política de aquisição do MHN;
- b.** sustentar o programa de processamento técnico, de conservação e da restauração dos acervos museológico, bibliográfico e arquivístico do MHN;
- c.** apoiar e/ou promover cursos, conferências, seminários e simpósios sobre aspectos específicos de sua área de atuação;
- d.** incentivar estudos e pesquisas nas áreas ligadas ao MHN;
- e.** conceder bolsas de estudo, prioritariamente aos técnicos do MHN, no Brasil e no exterior para a realização das atividades mencionadas nos itens *b* e *d*;
- f.** promover concursos de monografias;
- g.** incentivar e apoiar a realização de exposições especiais com acervo do MHN ou provenientes do Brasil ou do exterior;
- h.** promover visitas programadas ao MHN com especialistas brasileiros ou estrangeiros;
- i.** incentivar a produção filmográfica, videográfica e de outros recursos audiovisuais sobre aspecto das áreas ligadas ao MHN;
- j.** elaborar projetos especiais e viagens com o acompanhamento de especialistas do MHN ou especialistas convidados;
- k.** estabelecer e manter intercâmbio com outras associações e entidades afins, no país e no exterior;
- l.** indicar publicações relacionadas com a produção técnico-científica do MHN, especialmente nas áreas de Museologia, de História e de ciência afins, de acordo com o programa editorial do MHN;
- m.** reproduzir documentos e objetos dos acervos do MHN de acordo com o programa de reprodução do MHN;

- n.** vender publicações e artigos diversos;
- o.** fazer realizar recitais de música, canto e outras manifestações artísticas;
- p.** incentivar a integração cultural com a comunidade do bairro, do município, do estado e do país;
- q.** angariar recursos financeiros, matérias e técnicos para a realização dos objetivos da associação.

4.4.5.9 Cruz Vermelha Brasileira

A Cruz Vermelha Brasileira foi incluída neste estudo por ser outra entidade privada sem fins econômicos ou lucrativos, cujo estatuto é aprovado por decreto do presidente da República com base em convenção internacionais: as convenções de Genebra, de 22 de agosto de 1864 e de 6 de julho de 1906.

Reproduzimos aqui o decreto de aprovação dos estatutos, que em suas considerações relata brevemente o histórico.

DECRETO Nº 4.948, DE 7 DE JANEIRO DE 2004, que aprovou o Estatuto da Cruz Vermelha Brasileira, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 1º do **Decreto-Lei nº 426, de 21 de janeiro de 1969**, e

Considerando que a Cruz Vermelha Brasileira, constituída para os fins previstos nas Convenções de Genebra das quais o Brasil é signatário, é uma sociedade de socorro voluntário, auxiliar dos poderes públicos e, em particular, dos serviços militares de saúde, consoante disposto no **Decreto nº 2.380, de 31 de dezembro de 1910**;

Considerando que a Cruz Vermelha Brasileira é uma entidade de utilidade internacional, declarada de caráter nacional pelo **Decreto nº 9.620, de 13 de junho de 1912**, cuja organização federativa, composta por seu órgão central e por associações da Cruz Vermelha existentes no Brasil, encontra-se disciplinada no **Decreto nº 23.482, de 21 de novembro de 1933**; e

Considerando, ainda, que referidas associações, intituladas "Filiais Estaduais", e os demais integrantes da Assembleia Geral da Cruz Vermelha Brasileira elaboraram e aprovaram, democraticamente, nos termos de sua competência, projeto de novo Estatuto que atende aos anseios e finalidades dessa entidade de natureza filantrópica;

DECRETA:

Art. 1º Fica aprovado o Estatuto da Cruz Vermelha Brasileira, na forma do Anexo a este Decreto.

[...]

A N E X O

CRUZ VERMELHA BRASILEIRA

PROJETO DE REFORMA ESTATUTÁRIA

CAPÍTULO I

Constituição, Princípios, Utilidade Pública e Finalidades

Seção I

Constituição e Princípios

Art. 1º A Cruz Vermelha Brasileira, fundada em 5 de dezembro de 1908, é constituída com base nas Convenções de Genebra, das quais o Brasil é signatário e nos princípios fundamentais da Cruz Vermelha, aprovados pela XX Conferência Internacional de Viena, a saber:

[...]

§ 1º A Cruz Vermelha Brasileira é uma sociedade civil sem fins lucrativos, de natureza filantrópica, independente, com prazo de duração indeterminado, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, Capital Federal quando da instituição da Entidade, conforme estabelecem o Decreto nº 2.380, de 31 de dezembro de 1910, o Decreto nº 9.620, de 13 de junho de 1912, e o Decreto nº 23.482, de 21 de novembro de 1933.

§ 2º Todas as suas rendas e recursos serão aplicados na consecução de seus objetivos e fins estatutários, exclusivamente dentro do país, sem prejuízo de suas obrigações como integrante do Movimento Internacional da Cruz Vermelha, e seus membros, que não responderão, direta ou subsidiariamente, pelas obrigações sociais, não participarão de seus resultados, ou de seu patrimônio, na hipótese de dissolução, assim como não perceberão qualquer remuneração quando no exercício de cargos em órgãos de direção, fiscalização ou deliberação.

§ 3º Tendo em vista que a Cruz Vermelha Brasileira é uma entidade de utilidade pública internacional, assim reconhecida pelo Decreto nº 9.620, de 13 de junho de 1912, poderá, na hipótese de ocorrência de calamidades em outros países, captar recursos e doações especificamente para tais fins, enviando-os para referidos países, de conformidade com o estabelecido nas Convenções de Genebra e nos Estatutos da Federação Internacional

da Cruz Vermelha e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

§ 4º A Cruz Vermelha Brasileira compõe-se de um Órgão Central e de associações afiliadas, com personalidades jurídicas independentes, intituladas «Filiais».

§ 5º A Filial com sede na capital do Estado tomará o nome deste e as do interior adotarão as denominações das cidades em que têm sede, ficando ligadas àquela Filial e desenvolvendo-se assim a organização federativa das associações da Cruz Vermelha.

[...]

4.4.6 Entidades Filantrópicas da Saúde

No Brasil, um dos grandes problemas sociais é a falta de assistência de saúde de qualidade para toda a população. Frente a essa dificuldade, o legislador buscou meios de incentivar a iniciativa privada a participar, por meio de assistência social e filantropia, do oferecimento de serviços hospitalares e de saúde em geral.

Para que as entidades filantrópicas possam gozar de certos incentivos fiscais oferecidos pela Constituição, legislação tributária, bem como, pela previdenciária é necessário o cumprimento de certas obrigações acessórias ou mesmo o preenchimento de requisitos para sua caracterização.

As entidades que podem ser caracterizadas como filantrópicas são fundações, templos de qualquer culto, partidos políticos, entidades sindicais, associações, entidades culturais, de proteção à saúde, instituições de ensino dentre outras.

No que diz respeito à área da Saúde, a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, em seu art. 4º, dispõe sobre os requisitos e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Entretanto, algumas entidades, dado seu nível de qualidade e tipo de prestação de serviços, não realizam atendimentos propriamente ditos pelo SUS. Alternativamente, entidades como o Hospital Sírio-Libanês e Albert Einstein desenvolvem projetos de consultoria em saúde, na forma autorizada pelo art. 11, para se qualificarem como entidades filantrópicas. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.237, de 20 de julho de 2010.

Aparentemente, embora não tenhamos encontrado normativos do Ministério da Saúde, tais entidades têm firmados pactos com o Ministério da Saúde para prestação de consultoria ao SUS em valores equivalentes à isenção que usufruem.

Essa classificação também requer maior aprofundamento em estudo posterior.

4.5 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Uma **sociedade de propósito específico** (conhecida também como **SPE** - *Special Purpose Entity* ou **SPC** – *Special Purpose Company*) é uma sociedade empresária cuja atividade é bastante delimitada, podendo em alguns casos ter prazo de existência determinado, normalmente utilizada para isolar o risco financeiro da atividade desenvolvida.

A SPE foi formalizada no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Lei das Parcerias Público Privadas, que prevê no art. 9º, que antes da celebração do contrato de PPP, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

O instrumento de constituição da SPE é o contrato ou estatuto social celebrado entre os sócios, cujas cláusulas essenciais deverão seguir a legislação que regulamenta o tipo societário com o qual a SPE revestir-se-á.

O capital social da SPE pode ser integralizado pelos sócios com dinheiro, bens móveis e imóveis e, ainda, com direitos, desde que a estes possa ser atribuído valor econômico, e, uma vez integralizado o capital, as contribuições dos sócios passam a compor o patrimônio da SPE, que desses se torna legítima proprietária.

Uma vez constituída, a SPE adquire personalidade jurídica própria e, portanto, estrutura destacada das sociedades que a constituíram. Assim, provida de personalidade jurídica, a SPE, sob uma das formas societárias previstas no ordenamento jurídico, passa a responder pelos direitos e obrigações decorrentes da realização do empreendimento para o qual foi constituída, podendo, inclusive, ser acionada em juízo.

Para o investidor, uma das maiores vantagens de uma SPE está no fato de permitir um perfeito isolamento das outras atividades comerciais dos acionistas controladores e um acesso direto e menos complicado aos ativos e recebíveis do empreendimento pelos agentes financiadores, nos casos de inadimplência.

A Lei n.º 11.079/2004 estabelece ainda que:

- a. a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, e legislação;

- b.** a sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado;
- c.** a sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento;
- d.** fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante dessas sociedades;
- e.** a vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Observa-se, também, que a Administração Pública pode assumir o controle do capital votante da SPE por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Além do dispositivo acima citado, em seu art.5º, a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispôs sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, também tratou empresas de propósito específico.

Exemplos de sociedades de propósito específico relacionadas ao Governo Federal são a Nova Marlim Petróleo S.A., criada pela Petrobras, e a Estruturadora Brasileira de Projetos S.A., criada pelo BNDES.

Recentemente, a Petrobras anunciou a compra de uma SPE, a Nova Marlim Petróleo S.A., criada para a complementação do desenvolvimento da produção de hidrocarbonetos do Campo de Marlim, na Bacia de Campos.

Outra SPE será a empresa constituída para construir submarinos para a Marinha brasileira com a participação da DCN (Direction des Constructions Navales) francesa.

Há informação que as SPE estariam sendo constituídas para serem, no futuro, com a inversão do capital, novas empresas controladas, constituindo-se assim nova forma de criação de subsidiárias. Entretanto, não tivemos como confirmar esta informação. Assim, recomendamos aprofundamento da pesquisa.

Em continuidade sobre o tema, também, para complementar e facilitar o acesso a esse tipo especial de compras, surgiram algumas sociedades de propósito específico. Modalidade relativamente nova no âmbito jurídico

brasileiro, tais sociedades são uma espécie de *joint venture*, ou seja, união entre duas ou mais empresas para alcançar um fim comum específico.

Assim sendo, as SPEs são criadas para tentar transpor a série de dificuldades impostas pelo regulamento específico de compras, tais como concluir o procedimento de pré-qualificação e cadastro; identificar um interlocutor apropriado para a sua categoria de produto/serviço dentro da empresa, já que não há uma central única de compras; e, finalmente, conseguir ser convidada a participar de uma licitação, a forma mais fácil de ingressar nesse tipo de licitação.

5. QUADROS RESUMOS DAS DIFERENÇAS ENTRE OS MODELOS

Com relação aos modelos jurídico-administrativos estudados, cabe a nós apresentar um quadro comparativo das principais características de flexibilidade e autonomia gerencial, como forma de apresentar vantagens e desvantagens ínsitas a cada modelo.

Optamos por dividir em cinco quadros, um geral e os outros por grupos. Vejamos:

ERAL (Regras Gerais)

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL (S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente)	Administração Direta, Autárq. e Fund.	Empresas Estatais	Entidades Para-estatais	Entidades de Colaboração
RECURSOS HUMANOS				
Regime Jurídico Único	S	N	N	N
Concurso Público	S	S	N	N
Estabilidade	S	N	N	N
Autonomia para definição de quadro de pessoal	N	S	S	S
Autonomia para definição de carreira, salário e benefícios	N	S	S	S

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL (S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente)	Administração Direta, Autárq. e Fund.	Empresas Estatais	Entidades Para-estatais	Entidades de Colaboração
LICITAÇÕES E CONTRATOS				
Lei nº 8.666/93	S	S	N	N
Regras flexíveis de seleção de fornecedores	N	N	S	S
Regras ágeis de seleção de fornecedores	N	N	S	S
Formação de parceria de longo prazo	N	N	S	S
ORÇAMENTO & FINANÇAS				
Orçamento Geral da União (programas, grupos e elementos de despesas)	S	N	N	N
Orçamento de investimento	N	S	N	N
Flexibilidade orçamentária	N	R	S	S
Autonomia financeira	N	S	S	S
Reaplicação de excedentes financeiros	N	S	S	S
Capacidade de endividamento/fomento	N	S	S	S
ORÇAMENTO & FINANÇAS				
Privilégios tributários	S	S	S	N ⁶²
PATRIMÔNIO				
Bens públicos	S	N	R	N
Garantia para financiamentos	S	N	R	N
ORGANIZAÇÃO & GESTÃO				
Autonomia para definir estrutura	N	R	S	S
Autonomia para definir estrutura de cargos em comissão e funções gratificadas	N	R	S	S

62 Depende do modelo ou da área de atuação.

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL (S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente)	Administração Direta, Autárq. e Fund.	Empresas Estatais	Entidades Para-estatais	Entidades de Colaboração
COMERCIALIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS				
Possibilidade	N	S	R	S
Auferir lucro	N	S	N	N
Auferir resultados – excedentes financeiros para reinvestir na finalidade	N	S	S	S
SELEÇÃO E FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ESTRATÉGICAS				
Possibilidade	R	R	S	S
Constituição de sociedade de propósito específico	N	R	N	S
Participação societária em entidade privada	N	R	N	S
CONTROLE				
Auditoria externa	N	S	S	S
CGU	S	S	R	R
TCU	S	S	S	R
PGR/MPF	S	S	S	R

Administração Direta, Autárquica e Fundacional

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Adm. Direta	Órgão Autô-nomo	Autar- quia	Autar- quia Especial	Agência Reguladora	Fundação Pública	Fundação Privada	Consórcio Público	Consórcio Privado
RECURSOS HUMANOS									
Regime Jurídico Único	S	S	S	S	S	S	N	NS	N
Concurso público	S	S	S	S	S	S	NS	S	NS
Estabilidade	S	S	S	S	S	S	N	S	N

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL	Adm. Direta	Órgão Autô- nomo	Autar- quia	Autar- quia Espe- cial	Agência Reguladora	Fundação Pública	Fundação Privada	Consórcio Público	Consórcio Privado
S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente									
Autonomia para definição de quadro de pessoal	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
Autonomia para definição de carreira, salário e benefícios	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
LICITAÇÕES E CONTRATOS									
Lei nº 8.666/1993	S	S	S	S	R	S	NS	S	NS
Regras flexíveis de seleção de fornecedores	N	N	N	N	S	N	S	N	S
Regras ágeis de seleção de fornecedores	N	N	N	N	S	N	S	N	S
Formação de parceria de longo prazo	N	N	N	N	N	N	NS	N	NS
ORÇAMENTO & FINANÇAS									
Orçamento Geral da União (programas, grupos e elementos de despesas)	S	S	S	S	S	S	N	NS	N
Orçamento de investimento	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Flexibilidade orçamentária	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
Autonomia financeira	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
Reaplicação de excedentes financeiros	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
Capacidade de endividamento/ fomento	N	N	N	N	N	N	S	N	S
Privilégios tributários	S	S	S	S	S	S	N	S	N
PATRIMÔNIO									
Bens públicos	S	S	S	S	S	S	N	S	N
Garantia para financiamentos	N	N	N	N	N	N	S	N	S
ORGANIZAÇÃO & GESTÃO									
Autonomia para definir estrutura	N	N	N	R	S	N	S	NS	S
Autonomia para definir estrutura de cargos em comissão e funções gratificadas	N	N	N	R	S	N	S	NS	S

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Adm. Direta	Órgão Autô- nomo	Autar- quia	Autar- quia Espe- cial	Agência Reguladora	Fundação Pública	Fundação Privada	Consórcio Público	Consórcio Privado
COMERCIALIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS									
Possibilidade	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
Auferir lucro	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Auferir resultados – excedentes financeiros para reinvestir na finalidade	N	N	N	N	N	N	S	N	S
SELEÇÃO E FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ESTRATÉGICAS									
Possibilidade	R	R	R	R	R	R	S	S	S
Constituição de sociedade de propósito específico	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Participação societária em entidade privada	N	N	N	N	N	N	N	N	N
CONTROLE									
Auditoria externa									
CGU	N	N	N	N	N	N	S	NS	S
TCU	S	S	S	S	S	S	S	R	R
PGR/MPF	S	S	S	S	S	S	S	R	R

Empresas Estatais e Assemelhadas

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Empresa Pública Dependente	Empresa Pública Não Dependente	Correios e Infraero	Empresa BI-Nacional	Sociedade de Economia Mista	Petrobras e Eletrobras
RECURSOS HUMANOS						
Regime Jurídico Único	N	N	N	N	N	N
Concurso público	S	S	S	NS	S	S
Estabilidade	N	N	N	N	N	N

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL	Empresa Pública Dependente	Empresa Pública Não Dependente	Correios e Infraero	Empresa BI-Nacional	Sociedade de Economia Mista	Petrobras e Eletrobras
S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente						
Autonomia para definição de quadro de pessoal	R	S	S	S	S	S
Autonomia para definição de carreira, salário e benefícios	R	S	S	S	S	S
LICITAÇÕES E CONTRATOS						
Lei nº 8.666/1993	N	N	N	NS	S	N
Regras flexíveis de seleção de fornecedores	N	N	N	S	N	S
Regras ágeis de seleção de fornecedores	N	N	N	S	N	S
Formação de parceria de longo prazo	N	N	N	NS	N	R
ORÇAMENTO & FINANÇAS						
Orçamento Geral da União (programas, grupos e elementos de despesas)	N	N	N	N	N	N
Orçamento de investimento	S	S	S	N	S	S
Flexibilidade orçamentária	R	S	S	S	S	S
Autonomia financeira	R	S	S	S	S	S
Reaplicação de excedentes financeiros	S	S	S	S	S	S
Capacidade de endividamento/fomento	S	S	S	S	S	S
Privilégios tributários	N	N	S	NS	N	N
PATRIMÔNIO						
Bens públicos	N	N	S	N	N	N
Garantia para financiamentos	S	S	N	NS	S	S
ORGANIZAÇÃO & GESTÃO						
Autonomia para definir estrutura	R	S	S	S	S	S
Autonomia para definir estrutura de cargos em comissão e funções gratificadas	R	S	S	S	S	S
COMERCIALIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS						
Possibilidade	S	S	S	S	S	S
Auferir lucro	S	S	S	NS	S	S
Auferir resultados – excedentes financeiros para reinvestir na finalidade	R	S	S	S	S	S

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Empresa Pública Dependente	Empresa Pública Não Dependente	Correios e Infraero	Empresa Bi-Nacional	Sociedade de Economia Mista	Petrobras e Eletrobras
SELEÇÃO E FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ESTRATÉGICAS						
Possibilidade	R	R	R	S	R	S
Constituição de sociedade de propósito específico	N	NS	NS	NS	NS	NS
Participação societária em entidade privada	N	NS	NS	NS	NS	NS
CONTROLE						
Auditoria externa	S	S	S	NS	S	S
CGU	S	S	S	NS	S	S
TCU	S	S	S	NS	S	S
PGR/MPF	S	S	S	NS	S	S

Entidades Paraestatais (principais modelos)

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Corporação Profissional	OAB	Serviço Social Autônomo	APS (Rede Sarah)
RECURSOS HUMANOS				
Regime Jurídico Único	N	N	N	N
Concurso público	NS	N	N	NS
Estabilidade	N	N	N	N
Autonomia para definição de quadro de pessoal	S	S	S	S
Autonomia para definição de carreira, salário e benefícios	S	S	S	S
LICITAÇÕES E CONTRATOS				
Lei nº 8.666/1993	N	N	N	N
Regras flexíveis de seleção de fornecedores	S	S	S	S
Regras ágeis de seleção de fornecedores	S	S	S	S
Formação de parceria de longo prazo	S	S	S	S

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL	Corporação Profissional	OAB	Serviço Social Autônomo	APS (Rede Sarah)
S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente				
ORÇAMENTO & FINANÇAS				
Orçamento Geral da União (programas, grupos e elementos de despesas)	N	N	N	N
Orçamento de investimento	N	N	N	N
Flexibilidade orçamentária	S	S	S	S
Autonomia financeira	S	S	S	S
Reaplicação de excedentes financeiros	S	S	S	S
Capacidade de endividamento/fomento	S	S	S	S
Privilégios tributários	S	S	S	S
PATRIMÔNIO				
Bens públicos	S	S	N	N
Garantia para financiamentos	N	N	S	S
ORGANIZAÇÃO & GESTÃO				
Autonomia para definir estrutura	S	S	S	S
Autonomia para definir estrutura de cargos em comissão e funções gratificadas	S	S	S	S
COMERCIALIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS				
Possibilidade	N	N	S	N
Auferir lucro	N	N	N	N
Auferir resultados – excedentes financeiros para reinvestir na finalidade	S	S	S	S
SELEÇÃO E FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ESTRATÉGICAS				
Possibilidade	S	S	S	S
Constituição de sociedade de propósito específico	N	N	N	N
Participação societária em entidade privada	N	N	N	N
CONTROLE				
Auditoria externa	S	NS	S	S
CGU	S	N	S	S
TCU	S	N	S	S
PGR/MPF	S	N	S	S

Entidades de Colaboração (Principais Modelos)

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente	Fundação de Apoio	OS	Oscip	Entidade Delegatária (OCRH)	ONS	Fundação CPqD
RECURSOS HUMANOS						
Regime Jurídico Único	N	N	N	N	N	N
Concurso público	N	N	N	NS	NS	N
Estabilidade	N	N	N	N	N	N
Autonomia para definição de quadro de pessoal	S	S	S	S	S	S
Autonomia para definição de carreira, salário e benefícios	S	S	S	S	S	S
LICITAÇÕES E CONTRATOS						
Lei nº 8.666/1993	N	N	N	N	N	N
Regras flexíveis de seleção de fornecedores	S	S	S	NS	NS	S
Regras ágeis de seleção de fornecedores	S	S	S	NS	NS	S
Formação de parceria de longo prazo	S	S	S	NS	NS	S
ORÇAMENTO & FINANÇAS						
Orçamento Geral da União (programas, grupos e elementos de despesas)	N	NS	N	N	N	N
Orçamento de investimento	N	N	N	N	N	N
Flexibilidade orçamentária	S	S	S	S	S	S
Autonomia financeira	S	S	S	S	S	S
Reaplicação de excedentes financeiros	S	S	S	S	S	S
Capacidade de endividamento/fomento	S	S	S	S	S	S
Privilégios tributários	S	N	N	N	N	N
PATRIMÔNIO PRÓPRIO						
Bens públicos	N	N	N	N	N	N

REQUISITOS DE FLEXIBILIDADE E AUTONOMIA GERENCIAL	Fundação de Apoio	OS	Oscip	Entidade Delegatária (OCRH)	ONS	Fundação CPqD
S=sim N=não R=com restrições NS=não necessariamente						
Garantia para financiamentos	S	S	S	S	S	S
ORGANIZAÇÃO & GESTÃO						
Autonomia para definir estrutura	S	S	S	S	S	S
Autonomia para definir estrutura de cargos em comissão e funções gratificadas	S	S	S	S	S	S
COMERCIALIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS						
Possibilidade	S	S	S	S	S	S
Auferir lucro	N	N	N	N	N	N
Auferir resultados – excedentes financeiros para reinvestir na finalidade	S	S	S	S	S	S
SELEÇÃO E FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ESTRATÉGICAS						
Possibilidade	S	S	S	NS	S	S
Constituição de sociedade de propósito específico	S	S	S	S	S	S
Participação societária em entidade privada	N	S	S	N	S	S
CONTROLE						
Auditoria externa	S	S	S	S	S	S
CGU	S	S	S	S	S	S
TCU	S	S	S	S	S	S
PGR/MPF	R	R	R	R	R	R
MPE	S	R	R	R	R	S

Obs.: Os demais modelos relatados devem ser analisados caso a caso.

Os quadros a seguir apresentam uma comparação mais detalhada dos modelos de opções institucionais. Optamos, mais uma vez, por dividir em cinco quadros, um geral e os outros por grupo.

GERAL (Regras Gerais)

DIMENSÃO	Administração Direta, Autárquica e Fundacional	Empresas Estatais	Entidades Paraestatais	Entidades de Colaboração
DEFINIÇÃO JURÍDICA	Pessoa Jurídica de direito público	Pessoa jurídica de direito privado, com derrogações de direito público	Pessoa jurídica de direito público ou privado	Pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos
FORMA DE CRIAÇÃO	Por lei	Lei autoriza	Lei cria ou autoriza	Iniciativa de particulares
OBJETIVO	Executar atividades exclusivas de estado, típicas da administração ou prestação de serviços públicos	Exploração de atividades econômicas ou prestação de serviço público	Fiscalização do exercício de profissões ou serviço social e de formação profissional	Colaboração com o Poder Público
CONTROLE A AVALIAÇÃO	MPF, CGU e TCU	Conselhos de administração e fiscal, auditoria externa, MPF, CGU e TCU	Conselhos de administração e fiscal, auditoria externa, MPF, CGU e TCU (com exceções)	Conselho(s) de administração e/ou fiscal, auditoria externa, MPF, CGU e TCU e alguns casos contrato de gestão ou termo de parceria
PATRIMÔNIO	Bem público (impenhorável e inexecutável)	Próprio (penhorável e executável)	Bem público ⁶³ (impenhorável e inexecutável) ou próprio ⁶⁴ (penhorável e executável)	Próprio (penhorável e executável)
ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS	Imunidade tributária	Aplicação da carga tributária (com exceções)	Imunidade tributária	Aplicação da carga tributária (com exceções)
EXTINÇÃO	Por lei	Iniciativa de particulares		

63 Corporações profissionais.

64 Serviços sociais autônomos.

Administração Direta Autárquica e Fundacional

DIMENSÃO	Administração Direta	Órgão Autônomo	Autarquia	Autarquia Especial	Agência Reguladora	Fundação Pública	Fundação Privada	Consórcio Público	Consórcio Privado
DEFINIÇÃO JURÍDICA	Pessoa Jurídica de direito público	Pessoa jurídica de direito privado ⁶⁵	Pessoa Jurídica de Direito Público (Associação Pública)	Pessoa jurídica de direito privado, com derrogações de direito público					
FORMA DE CRIAÇÃO	Lei cria, e estrutura regimental aprovada por decreto	Lei autoriza instituir, Estatuto aprovado por decreto	Lei autoriza instituir, estatuto aprovado por decreto e registro em cartório	Lei de ratificação de protocolo de intenção	Lei autoriza instituir, estatuto aprovado em assembleia geral e registro em cartório				
OBJETIVO	Formulação e supervisão de políticas públicas	Execução de atividades exclusivas de estado, inclusive poder de polícia	Executar atividades da administração	Prestação de serviços públicos sem fins econômicos	Execução de atividades exclusivas de estado, inclusive poder de polícia	Prestação de serviços públicos sem fins econômicos			
CONTROLE A AVALIAÇÃO	MPF, CGU e TCU	MPF, MPE, CGU e TCU	MPF, MPE, CGU, TCU e TCE						
PATRIMÔNIO	Bem público (impenhorável e inexecutável)	Próprio (penhorável e executável)	Bem público (impenhorável e inexecutável)	Próprio (penhorável e executável)					
ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS	Imunidade tributária								
EXTINÇÃO	Por lei								
MODELO JURÍDICO	Dec.-Lei nº 200/67	PLP nº 92/2007	Lei nº 11.107/2005						

65 Há controvérsia sobre a incidência ou não de derrogações de direito público de origem constitucional.

Empresas Estatais e Assemelhadas

DIMENSÃO	Empresa Pública Dependente	Empresa Pública Não Dependente	Correios e Infraero	Empresa Bi-Nacional	Sociedade de Economia Mista	Petrobras e Eletrobras
DEFINIÇÃO JURÍDICA	Pessoa jurídica de direito privado, com derrogações de direito público	Pessoa jurídica de direito privado (entidade binacional)	Pessoa jurídica de direito privado, com derrogações de direito público			
FORMA DE CRIAÇÃO	Lei autoriza instituir, estatuto aprovado por decreto e registro em cartório	Acordo internacional bilateral	Lei autoriza criação, estatuto aprovado em assembleia geral e registro em cartório			
OBJETIVO	Exploração de atividades econômicas ou prestação de serviço público					
CONTROLE A AVALIAÇÃO	Conselhos de administração e fiscal, auditoria externa, MPF, CGU e TCU (e Bacen no caso de instituição financeira)	Conselho de administração e auditoria externa	Conselhos de administração e fiscal, auditoria externa, CVM, MPF, CGU e TCU (e Bacen no caso de instituição financeira)			
PATRIMÔNIO	Próprio (penhorável e executável)	Bem público (impenhorável e inexecutável)	Próprio (penhorável e executável) ⁶⁶	Próprio (penhorável e executável)		
ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS	Aplicação da carga tributária	Imunidade Tributária	Aplicação da carga tributária	Aplicação da carga tributária		
EXTINÇÃO	Por lei	Acordo internacional bilateral	Por lei			
MODELO JURÍDICO	Dec.-Lei 200/1967	Dec.-Lei 200/1967 e decisão do STF	Acordo internacional bilateral específico	Dec.-Lei nº 200/1967 e Lei nº 6.404/1964	Dec.-Lei nº 200/1967, Lei nº 6.404/1964 e Lei espec. de Licit. e Contrat.	

66 Pode ser impenhorável a critério do acordo bilateral.

Entidades Paraestatais

DIMENSÃO	Corporação Profissional	OAB	Serviço Social Autônomo ⁶⁷	APS (Rede Sarah)
DEFINIÇÃO JURÍDICA	Pessoa Jurídica de direito público	Entidade <i>sui generis</i>	Pessoa jurídica de direito privado	
FORMA DE CRIAÇÃO	Lei cria	Lei autoriza ou determina criação, estatuto aprovado na forma da lei, e registro em cartório		
OBJETIVO	Fiscalização do exercício de profissões	Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito; e fiscalização do exercício de profissões	Serviço social e de formação profissional	Prestar assistência médica qualificada e gratuita, desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público
CONTROLE A AVALIAÇÃO	Conselho, auditoria externa, e TCU	Conselho e auditoria externa	Conselho de administração, auditoria externa, CGU e TCU	Conselho de administração, auditoria externa, contrato de gestão e TCU
PATRIMÔNIO	Bem público (impenhorável inexecutável)	Próprio (penhorável e executável)		
ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS	Imunidade tributária			
EXTINÇÃO	Por lei			
MODELO JURÍDICO	Dec.-Lei nº 968/1969	Lei nº 8.906/1994 e Decisão STF ADI nº 3.026-DF	Dec.-Lei nº 200/1967 CR/88 – art. 240	Lei nº 8.246/1991

67 O Sebrae, Apex e ABDI tem objetivos distintos.

Entidades de Colaboração (Principais Modelos)

DIMENSÃO	Fundações de Apoio	OS	Oscip	Entidade Delegatária (OCRH)	ONS	Fundação CPqD
DEFINIÇÃO JURÍDICA	Pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos					
FORMA DE CRIAÇÃO	Estatuto aprovado e, após autorização do MPE, registro em cartório	Estatuto aprovado em assembleia geral e registro em cartório	Lei determina criação e registro em cartório	Lei autoriza criação e registro em cartório		
OBJETIVO	Colaborar com o Poder Público – apoiar universidades e centros de pesquisa	Colaborar com o Poder Público na implementação de políticas públicas não exclusivas de Estado	Entidade delegatária de atividade de agência de água	Atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica	Pesquisa e desenvolvimento tecnológico em telecomunicações	
CONTROLE A AVALIAÇÃO	Conselho curador, auditoria externa, MPE, MPF/CGU e TCU	Conselhos de Administração e fiscal, contrato de gestão, comissão de avaliação, auditoria externa, MPF, CGU e TCU	Conselho fiscal, termo de parceria, auditoria externa, MPF, CGU e TCU	Comitês de bacias, conselhos de administração e fiscal, contrato de gestão, comissão de avaliação, auditoria externa, MPF, CGU e TCU	Auditoria externa, auditoria interna conselhos de administração e fiscal corregedoria, TCU e MPF	
PATRIMÔNIO	Próprio (penhorável e executável)					
ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS	Imunidade tributária	Aplicação da carga tributária	Aplicação da carga tributária / isenção IRPJ para doadores	Aplicação da carga tributária		
EXTINÇÃO	Por decisão do conselho curador e aprovação do MPE	Por decisão da assembleia geral dos associados na forma do estatuto	Por lei			
MODELO JURÍDICO	Lei nº 8.958/1994	Lei nº 9.637/1998	Lei nº 9.790/1999	Leis nºs 9.433/1997 e 10.881/2004	Lei nº 9.648/1998	Lei nº 9.472/1997

Obs.: em boa medida, a diferenciação das entidades de colaboração podem ser oriundas dos modelos as-sociação civil e fundação privada, por decorrência do Código Civil, além das próprias leis específicas.

6. QUADROS DE DISTRIBUIÇÃO DOS MODELOS PELAS FUNÇÕES PÚBLICAS

Nesse capítulo, tentaremos, à luz das funções elencadas no capítulo 3 e às características relatadas no capítulo 4, estruturar uma distribuição ideal das funções públicas a cargo do Poder Executivo da União *vis-à-vis* os modelos encontrados.

A seguir, apresentamos três quadros de distribuição, que visam melhor elucidar essa proposição:

- I. geral – modelos por funções;
- II. poder de polícia; e
- III. atividades sistêmicas.

Quadro de Distribuição dos Modelos pelas Funções Públicas

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS									
	Relações Exteriores	Defesa e Segurança Nacional	Inteligência	Formulação e Supervisão de Políticas Públicas	Poder de Polícia Administrativo e Judiciário	Fomento	Execução Atividades Exclusiva do Estado	Execução Atividades Não Exclusivas do Estado	Exploração Direta de Atividade Econômica	Empresas que não Exploram Atividade Econômica
Administração Direta										
Ministério e órgão equiparado	X	X		X						
Órgão Autônomo		X	X		X					
Organizações militares prestadoras de serviço da Marinha (OMPS)										
Autarquia										
Autarquia “comum”					X					
Agência executiva – Inmetro					X					

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS									
	Relações Exteriores	Defesa e Segurança Nacional	Inteligência	Formulação e Supervisão de Políticas Públicas	Poder de Polícia Administrativo e Judiciário	Fomento	Execução Atividades Exclusiva do Estado	Execução Atividades Não Exclusivas do Estado	Exploração Direta de Atividade Econômica	Empresas que não Exploram Atividade Econômica
Autarquia especial					X					
Agências reguladoras					X					
Autarquia territorial					X					
Fundação Pública										
de direito público ("autárquica")						X	X	X		
de direito privado ("estatal" – instituída por lei)						X		X		
Entidades de ensino superior e técnico e de pesquisa científica e tecnológica								X		
consórcio público										
de direito público					X	X	X	X		
de direito privado						X		X		
Empresa Pública										
Dependente						X	X	X		X
Não dependente						X	X	X		
Correios e Infraero (bem público e imunidade tributária)										

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS									
	Relações Exteriores	Defesa e Segurança Nacional	Inteligência	Formulação e Supervisão de Políticas Públicas	Poder de Polícia Administrativo e Judiciário	Fomento	Execução Atividades Exclusiva do Estado	Execução Atividades Não Exclusivas do Estado	Exploração Direta de Atividade Econômica	Empresas que não Exploram Atividade Econômica
Entidades Binacionais						X		X	X	
Sociedade de Economia Mista										
de Capital Fechado						X		X	X	
de Capital Aberto						X		X	X	
Petrobras e Eletrobras (sistemática de compras específica)										
Corporações Profissionais										
Autarquias Profissionais					X					
Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (entidade <i>sui generis</i>)					X					
Serviços sociais autônomos										
Serviços sociais autônomos – clássicos (art. 240 CR/88)								X		
Sebrae, Apex, ABDI (modelos derivados com contribuição parafiscal)								X		
Rede Sarah – APS (sem contribuição parafiscal)								X		
Fundação de Apoio								X		
Organização Social (OS)								X		

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS									
	Relações Exteriores	Defesa e Segurança Nacional	Inteligência	Formulação e Supervisão de Políticas Públicas	Poder de Polícia Administrativo e Judiciário	Fomento	Execução Atividades Exclusiva do Estado	Execução Atividades Não Exclusivas do Estado	Exploração Direta de Atividade Econômica	Empresas que não Exploram Atividade Econômica
Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip)								X		
Organização Civil de Recursos Hídricos (OCRH)								X		
Outras Entidades de Colaboração								X		
Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS								X		
Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento de Telecomunicações								X		
Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (Cepel)								X		
Fundação Atech								X		
Organização Nacional de Acreditação (ONA)								X		
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)					X (?)			X		
Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)					X (?)			X		
Associação de Amigos de Museus								X		
Cruz Vermelha Brasileira								X		
Entidade Filantrópica de Saúde (de reconhecida excelência)								X		
Sociedade de Propósito Específico						X		X	X	

Obs.: (E) por entidade e questionamento sobre exercício legal ou prático de poder de polícia administrativo ou judiciário pela ABNT ou Ecad.

Detalhamento Poder de Polícia Administrativo e Judiciário

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS PODER DE POLÍCIA						
	Registro	Normatização (Regulamentação Administrativa)	Arrecadação de Tributos	Arrecadação de Taxas	Licenciamento, Autorização de Funcionamento, Permissão, Concessão	Fiscalização	Regulação
Administração Direta							
Ministério e órgão equiparado	X	X					
Órgão autônomo	X	X	X	X	X	X	
Autarquia							
Autarquia “comum”	X	X		X	X	X	
Agência Executiva – Inmetro	X	X		X	X	X	
Autarquia especial	X	X		X	X	X	
Agências reguladoras	X	X		X	X	X	X
Autarquia territorial	X	X		X	X	X	

Detalhamento Atividades-Meio do Estado

MODELOS	FUNÇÕES PÚBLICAS Atividades Meio Sistêmicas – Normatização e Supervisão						
	Planejamento	Coordenação	Gestão	Finanças	Controle	Jurídicas	
Administração Direta							
Órgãos de ministério e órgão equiparado			X	X	X	X	X

Em relação ao primeiro quadro, as **outras atividades estatais** foram agrupadas pelas suas ações macro, independente dos objetos (políticas) em que atuam. Assim, foram agrupadas em cinco componentes: fomento; execução de atividade exclusiva de Estado (inclusive prestação de serviço público); execução de atividade não exclusivas do Estado (inclusive prestação de serviço público); exploração direta de atividade econômica (nos casos previstos na CR/88, imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo); e empresas que não exploram atividade econômica (este tópico foi incluído para agregar as demais empresas públicas que não se enquadrem em nenhum dos itens anteriores).

Em relação ao segundo quadro, as atividades de Estado, conforme apresentado no capítulo 3, foram subdivididas em três grupos:

- **Atividades Exclusivas de Estado e da União** – atividades que todos os Estados Nacionais reservam para si, na sua mais alta esfera, e que, no nosso caso, foram fixadas na CR/88. Dentre as principais destacamos as mais clássicas: Relações Exteriores; Defesa e Segurança Nacional; e Inteligência.
- **Atividades Exclusivas de Estado** – embora haja exceções, são as atividades a cargo da **Administração Direta** (ministérios e órgãos equiparados) de **formulação de políticas públicas**. Incluímos a **supervisão** nesse grupo por entender que não há formulação de políticas sem a respectiva supervisão, que permite avaliar seu cumprimento, assim como a sua adequabilidade, sendo instrumento fundamental de *feedback*.
- **Atividades exclusivas de Estado – poder de polícia administrativo e judiciário – “poder de Estado”** – neste grupo, há diversas atividades que vem sendo executadas pela Administração Direta, autárquica e, em alguns casos, fundacional. Em outras esferas, há casos destas atividades serem executadas por empresas estatais. Dentre as atividades destacamos: registro; normatização (regulamentação administrativa); arrecadação; licenciamento, autorização, concessão e permissão; fiscalização; regulação; e polícia (*stricto sensu*);

No caso da Receita Federal e da Polícia Federal, dada a extensão das atribuições e a gama de poder envolvidos, entendemos que não devam ter personalidade jurídica própria, mas ao mesmo tempo, devem dispor de autonomia, administrativa, orçamentária, financeira e técnica.

Em relação ao terceiro quadro, **atividades-meio do estado: incluímos** as atividades sistêmicas de planejamento, gestão, finanças, controle e jurídicas. As funções de execução das atividades-meio do Estado perpassam todos os modelos da Administração Direta e Indireta. Por outro lado, as funções de Controle e Jurídicas poderiam ter outra segmentação:

- o controle interno do Poder Executivo poderia ficar focado nas organizações de direito público, ficando os modelos de direito privado sujeitos aos conselhos de administração e fiscal, e às auditorias internas e externas contratadas no mercado pelo próprio Órgão central de controle interno;
- as atividades jurídicas de consultoria jurídica, dívida ativa e de defesa judicial, do presidente da República e dos ministros, bem como as relativas ao exercício do poder de polícia devem ser executadas por advocacia estatal. Podendo as demais ser exercidas por escritórios de advocacia contratados no mercado por cada órgão ou entidade;
- nesse quadro, apenas estão referidas as atividades sistêmicas de normatização e supervisão planejamento, gestão, finanças, pois a execução destas está a cargo de cada órgão ou entidade;
- para melhor compreensão dos componentes deste grupo, utilizamos as seguintes apropriações;
- as atividades de normatização, expedição de normas, fixação de regras e definição de sistemas automatizados;
- as atividades de supervisão, acompanhamento, orientação e correção da execução;
- coordenação – as atividades de alinhamento, de conjugação da atuação;
- planejamento – as atividades de planejamento e orçamento;
- gestão – as atividades de gestão de pessoas, do patrimônio, da tecnologia da informação e comunicação, das aquisições e contratações, dos serviços gerais, da logística e demais atividades administrativas não enquadradas nos demais grupos;
- finanças – as atividades de administração financeira e contábil;
- controle – as atividades de controle administrativo, verificação da aplicação administrativa dos princípios constitucionais e das leis e regulamentos;
- jurídicas – atividades de consultoria jurídica, defesa judicial e representação do estado, nos campos específicos, como, por exemplo, as da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/MF).

7. CONTRATUALIZAÇÃO DE RESULTADOS

Durante a pesquisa da governança nos diversos modelos; nos deparamos com a contratualização de resultados, sendo que este conceito foi aplicado de diversas formas e finalidades, principalmente, devido à natureza jurídica do contratante e do contratado, o que motivou relatar o tema neste capítulo específico.

A contratualização de resultados vem sendo apontada como uma das características do Estado regulador, que vem substituindo o Estado positivo ou intervencionista (MAJONE, 1999)⁶⁸. É também apontada como uma das três principais estratégias da nova gestão pública, dentre as que mais promoveram mudanças substantivas na qualidade dos serviços públicos (JANN; REICHARD, 2002)⁶⁹.

O modelo brasileiro foi inspirado principalmente pelos modelos francês e inglês.

O modelo francês adotado, principalmente, para as empresas estatais, teve diversas denominações e características, ao longo dos anos: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos. Em todos eles eram definidas metas para as empresas e compromissos para o Poder Público de forma a permitir e/ou possibilitar que as empresas alcançassem os resultados pactuados.

No modelo inglês, decorrente do sistema de planejamento e da reforma adotada pela primeira-ministra Margareth Thatcher, foram utilizados os *framework*, derivados do sistema de planejamento nacional, com o intuito de alinhar os entes administrativos ao referido plano, por meio de metas e de autonomias ou compromissos por parte do contratante, o Poder Público.

Tal iniciativa tem muitos méritos, mas há de se ressaltar que a previsão original desse instituto, na França e Inglaterra, faz muito mais sentido, na forma que foi adotado, uma vez que o ordenamento jurídico local é muito mais flexível do que o Direito Administrativo Brasileiro.

Perceba-se que, no Brasil, há muito menos ou quase nenhum espaço para o exercício da liberdade – arbítrio do administrador –, porque, a teor do que consta no *caput* do art. 37 da Constituição da República, a Administração

68 MAJONE, Giandomenico, Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Revista do Serviço Público, 1999.

69 JANN, Werner e CHRISTOPH Reichard, Melhores práticas na modernização do Estado, Revista do Serviço Público, 2002.

Pública há de se pautar, entre outros, pelo Princípio da Legalidade. A figura do contrato de gestão, portanto, só poderia ser aplicada quando devidamente prevista em lei.

No âmbito do Governo Federal brasileiro, podemos encontrar diversos modelos, passados e atuais, que pretendem contratualizar resultados e focalizar organizações em contrapartida de maior autonomia administrativo, orçamentária e financeira.

Diógenes Gasparini⁷⁰ assim define o contrato de gestão:

Ajuste celebrado pelo Poder Público com órgãos e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos.

7.1 MODELOS DO PASSADO

O contrato de gestão é uma figura jurídica relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, cuja definição conceitual e de seus limites de aplicabilidade causa enorme divergência entre os doutrinadores.

A primeira norma de nossa legislação que fez previsão expressa do contrato de gestão e que trata das hipóteses de sua utilização foi o Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991.

O referido decreto tinha como objetivo “promover a eficiência e a competitividade das empresas estatais” (art. 1º), sendo que tal supervisão seria feita pelo Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE), nos moldes do previsto no art. 8º.

Os contratos de gestão, previstos no art. 8º daquele decreto, serviriam então para estipular “os compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a empresa”. Havia ainda previsão de cláusulas que especificariam os objetivos, metas, indicadores de produtividade, prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato, critérios de avaliação de desempenho e, até mesmo, as penalidades aos administradores que descumprissem as resoluções do conselho ou as cláusulas contratuais.

Esse processo foi interrompido pelo TCU por avaliação de que não havia, naquele momento, amparo constitucional.

70 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 602-603.

7.2 MODELOS ATUAIS

Posteriormente, em 2 de fevereiro de 1998, foi publicado o Decreto nº 2.487, que tratou com minúcias sobre a aplicação dos contratos de gestão entre máquina estatal e autarquias/fundações, especialmente no tocante às agências executivas.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello fez uma breve compilação das referências de textos legais que citam os contratos de gestão⁷¹, são eles:

Decreto s/n de 30/9/91, que aprovou a reforma do Estatuto da Petrobras (art.40); Decreto nº 370/91, que institui o Serviço Social Autônomo das Pioneiras Sociais (art. 7º); Decreto nº 808/93, que aprovou a estrutura regimental da Casa Civil e da Assessoria de Comunicação Institucional da Presidência da República (art. 5º); Decreto nº 1.068/94 (art. 9º); Decreto nº 2.335/97, que constituiu a Aneel (art.9º); Decreto nº 2.344/97 (art. 1º) e Decreto nº 2.405/97 (art. 2º).

Após modesta normatização surgida no início da década de 1990, foi então que se regulamentaram os contratos de gestão. Previstos na Emenda Constitucional nº 19/1998 (na alteração do art. 37, §8º, da CR), tais contratos permitem que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira das administrações direta e indireta sejam ampliadas mediante contrato firmado entre seus administradores e o Poder Público.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, acrescentou ao art. 37 o disposto no § 8º, no qual se lê:

Art. 37. [...]

§8º [...] 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 responsabilidades dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

71 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 226-227.

Embora o dispositivo mencione de forma genérica, é nele que se encontra a previsão constitucional que dá respaldo ao chamado contrato de gestão. No entanto, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19/1998, os decretos nº 2.487 e nº 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998, amparados nos arts. 51 e 52 da Medida Provisória nº 1.549-38, de 31 de dezembro de 1997, convertida na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, tratavam do contrato de gestão, cuja celebração era um dos requisitos para que autarquias e fundações recebessem a qualificação especial de agências executivas.

Além da celebração desse contrato, as autarquias e fundações que pretendessem a qualificação de agência executiva deveriam ter plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e a redução de custos.

A única entidade federal que aderiu a este modelo até o momento foi o Inmetro.

Outras duas modalidades de contratualização de resultados na Administração Pública, os previstos para as OMPS e os de algumas agências reguladoras (ex.: Aneel, Anvisa e ANS. No caso da Aneel, o modelo foi adotado antes mesmo da Emenda nº 19/1998.

A Lei das OMPS, Lei nº 9.274, de 1 de dezembro de 1998, foi a primeira e expressa aplicação do dispositivo constitucional (Art. 37, § 8º) introduzido pela EC nº 19/98.

Além das modalidades de contratualização de resultados previstas para órgãos e entidade de direito públicos, há outras previstas para as entidades públicas de direito privado, empresas estatais, que foram constituídos pela LRF, Lei Complementar nº 101/2000, art. 47.

Mais tarde, em 15 de maio de 1998, foi publicada a Lei nº 9.637, que dispõe sobre a qualificação de instituições não governamentais como organizações sociais, voltadas à prestação de atividades de interesse público, mediante várias formas de fomento pelo Estado.

Essas atividades de interesse público são aquelas de prestação não exclusiva por parte do Estado, na área dos serviços sociais, abertos à iniciativa privada, tais como cultura, saúde, educação e outras.

Outras duas modalidades de entidades de colaboração que adotaram modalidades de contratualização de resultados foram as Oscip e as OCRH, com instrumentos muito similares, entretanto, no caso de Oscip, denominado termo de parceria.

Os objetivos a serem alcançados, com a formalização de um contrato de gestão, serão variáveis, conforme se trate de pacto firmado entre a Administração Direta e seus órgãos, entre essa e entidades da Administração Indireta ou entre o Estado e entidades paraestatais ou de colaboração.

Nos primeiros casos, o contrato de gestão tem como objetivo principal a concessão de uma maior autonomia ao órgão da administração direta ou à entidade da administração indireta, para permitir que as metas estabelecidas no contrato sejam atingidas ao final do prazo, ali também definido. Mas não é só: presta-se ele também para fixar as metas a serem atingidas e os meios de redução de custos, bem como para prever um controle de resultados, por meio do qual a Administração poderá decidir sobre a conveniência da manutenção ou da resolução do contrato.

Ou seja, trata-se de um meio de adequar a prestação de serviços, de forma desconcentrada ou descentralizada, aos planos nacionais, conforme previstos na política de governo. Nesses casos, o contrato de gestão tem como objetivo aumentar a maleabilidade do regime jurídico administrativo, concedendo efetivamente às entidades da administração direta maior autonomia gerencial, operacional e financeira.

Todavia, quando se trata de contrato firmado com as entidades paraestatais e entidades de colaboração, o contrato de gestão tem efeito contrário, já que, em vez de permitir a submissão integral ao regime jurídico privado, exige-se da entidade a obediência a determinadas normas e princípios próprios do regime jurídico público. Assim, para que possam merecer o repasse de verbas públicas, resultante da realização do contrato, tais entidades submetem-se a um rígido controle de resultados.

O instituto já foi extensivamente discutido pela doutrina brasileira, valendo citar o pensamento da ilustre Profa. Maria Silvia Zanella di Pietro:⁷²

Embora o dispositivo constitucional não mencione a expressão contrato de gestão, é a esse tipo de contrato que quis referir-se, com a peculiaridade de que o mesmo poderá ser celebrado não apenas com entidades da Administração Indireta, como também com órgãos (sem personalidade jurídica) da própria Administração Direta. Isto significa que poderá ocorrer que dois órgãos sem personalidade jurídica própria celebrem

72 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 289-290.

acordo de vontade. Em qualquer caso, o objetivo é definir metas de desempenho, ampliar a autonomia e permitir o controle de resultados em função das metas estabelecidas.

A seguir, apresentamos quadro com as duas principais modalidades de contratos de gestão, *lato sensu*, segundo a natureza dos entes contratualizados.

NATUREZA DOS ENTES CONTRATUALIZADOS	
ENTRE O PODER PÚBLICO E ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	ENTRE O PODER PÚBLICO E ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL
- Órgãos e entes em geral (§ 8º, art. 37, CR/88)	- Organizações sociais (OS)
- Agências executivas	- Organizações civis de recursos hídricos (OCRH)
- Agências reguladoras (algumas)	- Serviço Social Autônomo – SSA (alguns – Apex, ABDI e APS-Sarah)
- Organizações militares prestadoras de serviços (OMPS)	- Organizações Sociais Civis De Interesse Público (Oscip) ⁷³
- Estatais, na forma de LRF	---
- Hospitais universitários	---

Cada um dos instrumentos acima citados, apesar da mesma nomenclatura contrato de gestão, se constituem em instrumentos absolutamente diversos, pois os conteúdos e as características do contratado são absolutamente distintos.

Embora em âmbito Federal o § 8º do art. 37 da CR/88 somente tenha sido regulado para as organizações militares prestadoras de serviço da Marinha, vários estados-membros regulamentaram o referido dispositivo, alguns, inclusive, associando-os ao disposto no § 7º do art. 39, que trata da reaplicação de economias com despesas correntes também da CR/88, como, por exemplo, Minas Gerais, Bahia, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

73 A lei que instituiu e regulamentou as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), Lei nº 9.790/1999, não utilizou a nomenclatura Contrato de Gestão, mas se valeu da denominação termo de parceria. Esse instrumento de contratualização teleologicamente se assemelha aos primeiros, objeto de estudo.

8. CONTROLE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Este capítulo foi incluído apenas para apontar possibilidades de pesquisa e aprofundamento sobre esse tema, que se apresentou durante a investigação deste trabalho.

O Brasil, nos últimos tempos, tem criado alguns instrumentos de controle e participação social. O **primeiro** foi a ampliação cada vez maior da transparência, ou seja, disponibilização de informação para a sociedade, partindo-se do pressuposto que não há participação ou controle sem informação. Esse processo foi muito facilitado com a incorporação da Internet ao Estado e à sociedade brasileira. Temos como exemplos: a disponibilização do orçamento e da execução orçamentária *on-line*, do quantitativo, das remunerações e das despesas de pessoal, dos atos e normas dos dirigentes e das organizações etc.

O **segundo** instrumento foi a participação na Administração, e podemos destacar os conselhos de políticas públicas, os conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, as comissões de acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão de organizações sociais, os consultores *ad hoc* da CAPES e do CNPq, e, mais recentemente, as Consultas e audiências públicas.

Em alguns estados e municípios, foi adotada outra forma de participação, na construção da peça orçamentária, denominados “orçamentos participativos”, aproximando ainda mais as decisões das necessidades das comunidades.

As Consultas e as Audiências Públicas, bem como a universalização da adoção de ouvidorias, podem se constituir no **terceiro** instrumento, audição da sociedade.

As consultas e/ou audiências públicas têm sido utilizadas, principalmente, para validação de propostas de regulamento e normas, assim como para processos licitatórios.

O **quarto** é o controle social, que também tem se utilizado dos conselhos de políticas públicas, dos conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, mas também das **ações populares**, denúncias aos órgãos de controle internos e externos, administrativos ou da legalidade.

Desse grupo, o instrumento mais forte é a ação popular de cidadãos contra atos e decisões de gestores públicos, como pode ser compreendido do art. 5º, LXXIII, da CR/88 e do art. 1º da Lei nº 4.717/1965.

Outra forma que tem se adotado de participação da sociedade, a **quinta**, é a constituição de comissões de juristas ou notáveis para a elaboração de propostas para a administração, inclusive de marcos legais.

Em resumo:

MODALIDADE	PRINCIPAIS FORMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO
Transparência	<ul style="list-style-type: none">• Disponibilização de dados e informações na Internet• Publicação de todos atos e fatos no Diário Oficial da União
Participação na Administração	<ul style="list-style-type: none">• Indicação de representantes para conselhos de políticas públicas, de administração, curador ou fiscal
Controle social	<ul style="list-style-type: none">• Ação popular (além da indicação de representantes para conselhos)
Audição da sociedade	<ul style="list-style-type: none">• Ouvidorias, consultas e audiências públicas
Comissões para elaboração de propostas	<ul style="list-style-type: none">• De juristas ou notáveis

Dois grandes cuidados a se ter nessa dimensão da governança do Estado brasileiro são:

- 1º)** captura dos instrumentos de participação por grupos de interesse, descaracterizando o interesse coletivo; e
- 2º)** utilização dos instrumentos de controle para obstruir regulamentações, ações ou, mesmo, processos licitatórios.

9. HIPÓTESES DE MODELOS SUPERPOSTOS

Há alguns modelos que aparentam estar superpostos, por exemplo: autarquia e fundação pública de direito público, pois ambas dispõem das mesmas características, prerrogativas e regramento constitucional e infraconstitucional.

Poder-se-ia dizer que uma é para atuar em atividades de Estado – Autarquia – e a outra, em atividades em que o Estado e a iniciativa privada podem atuar conjuntamente – fundações –, mas tendo características idênticas não faz sentido o duplo modelo.

No passado, antes da CR/88 e sua regulamentação posterior, de fato, os dois modelos eram distintos e faziam sentido.

Melhor exemplo dessa discussão observa-se nas universidades federais, visto que algumas se enquadram no modelo autárquico e outras no modelo fundacional, e, na prática, não dispõem de nenhuma distinção.

Merece também reflexão as entidades paraestatais como o serviço social autônomo Associação das Pioneiras Sociais, algumas das entidades de colaboração, tais como, fundações públicas, OS, Oscip, OCRH e, até mesmo, o ONS ou a Fundação CPqD, assim como, algumas empresas públicas e o modelo das fundações públicas de direito privado – “fundação estatal”.

Esse conjunto atua em objetos e de forma muito similares, não justificando ou requerendo modelos diferenciados. Em qualquer Estado moderno, deve existir uma pluralidade de modelos de colaboração, mas, no caso específico do Estado brasileiro, os modelos pudessem talvez ser racionalizados.

Claramente, essas variações de modelagem decorrem do esgotamento do modelo fundacional emergente pós-CR/88, pois a grande diversificação que ocorreu foi nas atividades que eram, ou são, realizadas pelas entidades enquadradas, no passado, como fundações privadas instituídas pelo Poder Público.

A alcunha “fundação estatal”, ou seja, fundação com características privadas ou estatal sem fins lucrativos é muito feliz, pois caracteriza plenamente uma lacuna no modelo atual que requer uma entidade mais flexível que a fundação pública, mas não visa ao lucro como o modelo empresarial. Em resumo:

TIPOLOGIA	MODELOS COM SOBREPOSIÇÃO
Fundação pública	Autarquias ou fundações “estatal” (ainda cabe a existência do mesmo?)
Fundação estatal	Com várias empresas públicas prestadoras de serviços, fundações públicas, serviços sociais autônomos, fundações de apoio, OS, Oscip, OCRH, ONS e Fundação CPqD.
Entidades de Colaboração	Fundação de Apoio, OS, OSCIP e OCRH (precisa-se de tantas modelagens de colaboração?)
Entidades de ensino superior e técnico e de pesquisa e desenvolvimento tecnológico	Autarquias, fundações e fundações de apoio

10. CONTROLES PÚBLICOS E O IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

No curso da pesquisa para a construção do instrumento, nos deparamos com diversas formas e instrumentos de controle e supervisão, quais sejam:

MODALIDADES DE CONTROLE	ÓRGÃO(S) OU UNIDADE(S) RESPONSÁVEL(IS)
Parlamentar (político)	Congresso Nacional
Externo	Congresso Nacional ⁷⁴ e TCU ⁷⁵
Externo da legalidade	MPU ⁷⁶ e OAB
Interno	Controladoria-Geral da União (CGU) ⁷⁷
Interno da legalidade	Advocacia-Geral da União (AGU) ⁷⁸
Sistêmico	Ministério da Fazenda (MF): Secretaria do Tesouro Nacional; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP): Secretaria de Gestão (Seges); Secretaria de Orçamento Federal (SOF); Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos (SPI); Secretaria do Patrimônio da União (SPU); Secretaria de Recursos Humanos (SRH); Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI); e Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST).
Supervisão presidencial ou ministerial	Presidente da República; Casa Civil (como auxiliar do presidente da República); e Ministro de Estado.
Conselhos de Políticas Públicas (Acompanhamento)	P. ex.: Conselho Nacional de Saúde; Conselho Nacional de Educação; Conselho Nacional de Assistência Social; etc.
Social	Mídia/impressão; Ouvidorias; Ação popular (interposta por cidadão)
Ético	Comissão de Ética Pública
De Resultados (em alguns casos)	Contrato de gestão
Órgãos, Autarquias e Fundações Públicas ⁷⁹	Controle ou auditoria interna; e Consultoria jurídica, procuradoria e assessoria jurídica ⁸⁰
Empresas Estatais	Conselho de administração; Conselho fiscal; Área de controle ou auditoria interna; e Área de assessoria jurídica

74 Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo – CR/88, art. 70.

75 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União – CR/88, art. 71.

76 Defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – CR/88, Art. 127

Nesses, não estão inclusos os órgãos ou entidades que promovem a normatização, regulação ou fiscalização de atividades não exclusivas de estado, ou seja, nas quais o estado atua e ao mesmo tempo é facultada a participação de agentes privados, como, por exemplo, Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf), Bacen, Anvisa etc.

Esse conjunto de controle impõe uma carga desproporcional de controle sobre os diversos órgãos e entidades da Administração Pública bem como em relação às entidades paraestatais e de colaboração, especialmente sobre os Gestores.

Há situações em que o TCU tem agravado sobremaneira a relação entre controladores e controlados, principalmente, em virtude da interpretação equivocada de que diversas formas de fomento são recurso público, em face do disposto no parágrafo único do art. 70 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/ 1998:

Art. 70. [...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, **que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos** quais a União responda, **ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Grifos nossos

Em muitos casos, o tribunal tem determinado que entidades de colaboração se utilizem de regras públicas para a realização de suas atividades, o que nos parece uma afronta direta a outro dispositivo constitucional, qual seja:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País

77 Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida... e pelo sistema de controle interno de cada Poder – CR/88, art. 70, parte final.

78 Atividades de consultoria e assessoramento jurídico – CR/88, art. 131.

79 Em caráter geral, há algumas autarquias ou fundações que dispõe ainda de conselho deliberativo ou curador.

80 Substituídos, na maioria das autarquias e fundações, pela Procuradoria-Geral Federal – Lei nº 10.480/2000.

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a **criação de associações** e, na forma da lei, a de cooperativas **independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento**;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

Grifos adotados

O principal foco das críticas identificadas pelos gestores públicos ao longo do estudo foi ao TCU e, em segunda posição, a Controladoria-Geral da União, com várias menções ao Ministério Público da União e à atuação da Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. O maior problema relatado é a sobreposição e duplicidade de controles, fiscalizações e pedidos de respostas, bem como, exorbitação de suas competências, em vários casos, tentando entrar no mérito da política pública, ou, como nos casos de entidades de colaboração, publicizando-as.

Os gestores de órgãos e entidades responsáveis pela execução, implementação, produção ou prestação de serviços, destacam, quase por unanimidade, que tem havido um desequilíbrio na aplicação dos princípios constitucionais, com prevalência dos da “legalidade”, “moralidade” e “impessoalidade” sobre os da “eficiência”, “finalidade”, “razoabilidade” ou “proporcionalidade”.

Esse desequilíbrio tem acarretado uma significativa perda de eficiência da Administração Pública impactando os resultados quali-quantitativos entregues para a sociedade.

Nessa medida, seria importante restabelecer o que previa o art.14 do Decreto-Lei nº 200/1967:

Art.14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e **supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidenciadamente superior ao risco.** (grifos nossos).

Além disso, deve-se tomar cuidado com o risco de interrupção de ações do executivo, bem como os impactos nos custos. Assim, seria importante adotar-se como praxe que toda interrupção de licitação ou contrato deva ser precedida da análise os impactos – custos e riscos – das interrupções.

O modelo vigente da AGU/PGF provocou a perda de aderência, comprometimento, pulverizou o conhecimento e reduziu a eficiência, eficácia e efetividade da área jurídica, segundo depoimentos colhidos nas entrevistas.

Outro aspecto que merece destaque é de que os órgãos de controle foram muito fortalecidos nas últimas décadas, com alocação prioritária de recursos, ampliação de quadros, constituição de carreiras específicas com melhores níveis remuneratórios para promover o ajuste fiscal do Estado. Essa realidade alcançou o TCU, MPU, AGU, PGF, CGU, MF (PGFN, SRFB, e STN) e MP (SOF, SPI e a carreira de especialista em políticas públicas e gestão governamental, que tem por órgão responsável a Seges).⁸¹

Esse mesmo movimento não contemplou outros órgãos centrais como o DEST, SRH, SLTI e SPU.

Nos ministérios setoriais, até os últimos anos, o processo não foi diferente desses últimos órgãos centrais, com ausências de carreiras específicas, sendo que as existentes com baixa remuneração e formação.

Este mesmo processo pode ser observado nas autarquias e fundações, à exceção do Bacen, CVM, Susep e agências reguladoras.

O resultado desta política para a implementação de políticas públicas foi a baixa capacidade de implementação de políticas públicas nos ministérios setoriais, e em autarquias e fundações, em especial nas áreas-meio destes.

Aparentemente, o Governo percebeu esse processo de baixa institucionalização e, nos últimos anos, iniciou o investimento em carreiras para áreas finalísticas, entretanto, aparentemente, ainda não surtiram os efeitos desejados, mas já se encontra na direção correta.

Outro efeito adverso identificado é que muitos servidores de carreira não se dispõem a serem ordenadores de despesa tendo em vista os riscos pessoais envolvidos e a baixa efetividade das áreas-meio, quer pelo excesso de normas e controle, quer pela baixa capacidade das equipes.

81 Outras carreiras mais preservadas foram as da Polícia Federal e do Ministério das Relações Exteriores.

11. A PROPOSTA DE NOVA LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL – REFLEXÕES

Apesar de este estudo não ter sido direcionado pela proposta⁸² da Nova Lei Orgânica da Administração Pública Federal, conforme orientado pelos representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cabem reflexões com base nos estudos e entrevistas realizadas.

Dentre as principais inovações, cabe destacar a proposição de a Administração Pública deixar de ter uma postura insulada e autocentrada, bem como isolacionista e preconceituosa, pois o APL alcança além da administração direta e a indireta, as entidades paraestatais e de colaboração, assim como prevê participação tanto do setor público quanto do privado em fundações “estatais” e em capital de empresas não estatais.⁸³

Cabe, nesse ponto, rememorar a proposta da **Nova Lei** Orgânica da Administração Pública Federal, a qual apresentou a seguinte racionalização nos modelos atuais:

- Administração Direta
- Administração Indireta
- **Entidades estatais de direito público**
 - Autarquias
 - Autarquias especiais (regionais, as com “maior grau de autonomia”, consórcio público constituído sob a forma de associação pública);
- **Entidades estatais de direito privado**
 - Empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista);
 - Fundações estatais;
 - Consórcios públicos com personalidade de direito privado
- **Entidades Paraestatais**
 - Corporações profissionais
 - Serviços sociais autônomos

82 Apresentada pela Comissão constituída para elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, conforme Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, alterada pela Portaria nº 84, de 23 de abril de 2008.

83 MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, p. 364.

- **Entidades de colaboração** (associação ou fundação, com contrato de colaboração celebrado com a Administração Pública);

E ainda disciplinou o **contrato de autonomia** para as entidades da Administração Direta e Indireta.

Além dessas, o anteprojeto de lei traz várias inovações que melhorariam a *performance*, ou seja, a eficiência, eficácia e efetividade dos órgãos e entidades da Administração Pública. Dentre esses, podemos destacar:

- alcance nacional da legislação, possibilitando pacificações de entendimentos, além de acelerar a implantação das inovações nas demais esferas;
- participação no capital de empresas não estatais, no capital e controle de empresa fora do território nacional, no capital de entidades de previdência complementar e manter vínculo de colaboração com o terceiro setor,
- auto-organização interna das autarquias;
- caracterização das autarquias de regime especial;
- fundação estatal;
- previsão de subsidiárias para entidades da Administração Indireta (constituindo-se em conglomerados);
- possibilidade de manutenção de fundação em conjunto com particulares;
- dispensa da obrigatoriedade de bens para fundações estatais;
- fundação estatal pode virar uma fundação privada;
- fundação estatal mantida por mais de uma pessoa político-administrativa;
- possibilidade de celebração de contrato de autonomia, inclusive para fundações e empresas estatais;
- definição do contrato de autonomia, das flexibilidades gerenciais, orçamentárias e financeiras, cláusulas essenciais mínimas e responsabilidades dos administradores do supervisionado e do supervisor;
- dentre as autônomas o regime próprio de licitações e contratações, pagamento de bônus ou prêmio por produtividade, e, ainda, flexibilidade orçamentária, e financeira em relação às receitas próprias;
- regras próprias de licitação e contratação para as entidades estatais;
- penhora especial sobre entidades estatais, vedação sobre a penhora de renda que inviabilize a atividade empresarial e penhora sobre os bens garantindo o usufruto e o arrendamento compulsório;

- conferência de serviços – coordenação em âmbito de governo;
- supervisão da indireta – à observação das orientações em relação à atividade-meio.
- a supervisão não pode ensejar redução ou supressão de autonomia conferida por lei ou inerente a sua natureza;
- definição das entidades paraestatais;
- corporações profissionais de direito público para atividades do poder de polícia e privado para as demais, inclusive contratações administrativas e de seleção e contratação de pessoal;
- entidades de colaboração, uniformização de modelos e conceitos;
- contrato de colaboração, uniformização instrumentos;
- chamamento público para o contrato de colaboração;
- não submissão do contrato de colaboração à Lei nº 8.666/1993;

Dentre outros, em especial o capítulo Do Controle, que prevê o autocontrole e controle externo, e o controle social, e deve promover uma revolução, dos quais destacamos:

DO CONTROLE

Subseção I

Das Regras Gerais

Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes:

I - supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco;

II - controle a posteriori, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante;

III - predomínio da verificação de resultados;

IV - simplificação dos procedimentos;

V - eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle;

VI - dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e

VII - responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade.

Parágrafo único. **Os órgãos e entes de controle não podem substituir-se aos agentes, órgãos ou entes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.**

Art. 51. **O controle deve ser compatível com a natureza do órgão ou entidade controlados e com a especificidade da atividade exercida.**

Art. 52. **O controle das empresas estatais a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição deve ser feito preferencialmente por suas instâncias de governança corporativa**, observadas as peculiaridades decorrentes da necessidade de concorrência com empresas privadas.
[...]

Subseção III

Do controle externo

Art. 62. Ressalvado o controle jurisdicional, o controle externo dos órgãos e entidades estatais é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Parágrafo único. **O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.**

[...]

Art. 64. Sujeitam-se ao controle quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de entidade estatal.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, **não se consideram como dinheiros, bens e valores públicos os recursos que sejam transferidos a entidade não estatal a título de remuneração ou de contraprestação pecuniária, devendo neste caso o controle se limitar à verificação da legalidade da despesa realizada pela entidade estatal e ao cumprimento da obrigação ensejadora do pagamento.**

Art. 65. **O controle relativo aos contratos celebrados com entidades não estatais deve limitar-se à verificação do cumprimento do contrato, sendo vedada a exigência de observância de normas e procedimentos relativos a regime jurídico incompatível com sua natureza.** [...] (grifos nossos).

Por outro lado, caberiam algumas sugestões para reflexão e aprimoramento:

- inclusão do modelo órgão autônomo especial, civil, militar e misto, para as atividades exclusivas de estado, e em alguns casos, exclusivas da união;
- inclusão de modelos recepcionados ou “instituídos” pelo STF, tais como: empresas públicas especiais e OAB;
- inclusão de modelo, de caso especial de fundação estatal, para as entidades universitárias e de pesquisa científica, tecnológica e inovação, com a autonomia, além da flexibilidade inerente ao modelo, conforme disposto no art. 207 da CR/88;
- inclusão de modelo, de entidades binacionais, que são distintos dos demais, submetidos aos disposto nos respectivos tratados;
- incorporação do Estatuto das Empresas Estatais, conforme previsto no § 1º do art. 173, da CR/88;
- previsão de transição dos atuais serviços sociais autônomos, federais, estaduais ou municipais que não se enquadrem no art. 240 da CR/88 para fundações estatais;
- ampliação das flexibilidades previstas no contrato de autonomia, tais como:
 - abertura de créditos suplementares até o limite de 10% da despesa fixada em decreto e no contrato de autonomia, dentro de cada grupo de despesa, mediante a anulação de créditos até o referido limite (não compreende as dotações referentes a pessoal e encargos sociais);
 - efetuar a alteração dos quantitativos e da distribuição dos cargos de provimento em comissão, observados os valores de retribuição correspondentes, desde que não sejam alteradas as unidades orgânicas estabelecidas em lei e não haja aumento de despesa;
- regulamentação, no âmbito do contrato de autonomia do § 7º do art. 39 da CR/88, referente à aplicação em desenvolvimento institucional da economia com despesas correntes;
- restrição à rescisão, por ato unilateral da entidade, do contrato do empregado admitido por concurso público (§6º, do art. 23), dependendo, em qualquer hipótese, de ato motivado (assumindo parcialmente a tese da “estabilidade principiológica”, que acarretará engessamento);
- outros ajustes poderiam ser discutidos, como, por exemplo:

- restrição da aplicação do decreto “autônomo” à Administração Direta, sendo que já há casos de aplicação do mesmo à Administração Indireta;
- supressão do § 3º do art. 29 da Constituição que subordina a outorga da autonomia orçamentária às leis LDO ou LOA;

Além de outros, dentre estes, a não revogação integral do DL 200/67.

Apesar de não incorporar as discussões da comissão de juristas neste estudo, no capítulo 7, rememorou-se a proposta de racionalização nos modelos contida no Anteprojeto da **Nova Lei Orgânica da Administração Pública Federal**.

- Entretanto, ante os estudos e entrevistas realizadas, sentimos falta de alguns modelos, sobretudo, órgãos autônomos, não como previstos no Decreto-Lei nº 200/1967, mas os que realizam atividades exclusivas de Estado, e que pela natureza da atividade não é aconselhável ou não é cabível lhes conceder personalidade jurídica própria ou mais representatividade política.

Dentre esses os órgãos autônomos com características especiais, de caráter civil, militar e misto, conforme quadro a seguir.

ORGÃO AUTÔNOMOS “ESPECIAIS” CIVIS
• Receita Federal do Brasil
• Polícia Federal
• Representações diplomáticas (embaixadas e consulados)
ORGÃO AUTÔNOMOS “ESPECIAIS” MISTO
• Agência Brasileira de Inteligência
ORGÃO AUTÔNOMOS “ESPECIAIS” MILITARES
• Comando da Marinha
• Comando do Exército
• Comando da Aeronáutica (ou Força Aérea)

Outra modalidade, não expressamente prevista, poderia ser um subtipo de fundações estatais, as entidades universitárias e de pesquisa científica, tecnológica e inovação, que disporiam além de flexibilidades inerentes ao modelo, também as autonomias que a atividade requer e a que a CR/88, no art. 207, preconiza.

Três modelagens também deveriam sobrestar:

- empresas públicas especiais (não dependentes – com bem público e imunidade tributária –, que atuem em exploração de atividade econômica reservada ao Estado), como, por exemplo, Correios e Infraero;
- OAB, como “autarquia democrática constitucional *sui generis*”⁸⁴;
- entidades binacionais ou multilaterais, que se subordinam ao disposto em tratado internacional bilateral ou multilateral.

As duas primeiras por já disporem de características especiais ratificadas em decisões do STF, conforme já relatado.

Assim, a modelagem para a administração pública, poderia ser:

MODELOS PROPOSTOS	MODELOS ATUAIS
• Administração Direta	Ministérios, órgãos integrantes da Presidência da República ou equiparados a ministérios
• Órgãos autônomos especiais	Receita Federal do Brasil; Polícia Federal; representações diplomáticas (embaixadas e consulados); Agência Brasileira de Inteligência; e Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica
ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PÚBLICO	
• Autarquias	<ul style="list-style-type: none"> • Órgãos Autônomos (que exercem atividades exclusivas de Estado e não estejam incluídos no rol de “especiais”) • Autarquias (que exercem atividades exclusivas de Estado)
• Autarquias especiais (inclusive associação pública)	<ul style="list-style-type: none"> • Autarquias especiais, inclusive as reguladoras; • Autarquias regionais; • Autarquias (que atuem em atividades, sensíveis, críticas ou estratégicas, relacionadas à Segurança do Estado) • Consórcios públicos (associações públicas)
ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO	
• Empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista)	<ul style="list-style-type: none"> • Empresa pública (não dependente); • Sociedade de economia mista (de capital aberto)

84 Como declarado pela direção da OAB em entrevista, e, nesta, autorizada a citação.

• Empresas públicas especiais	• Empresas públicas especiais (não dependentes – com bem público e imunidade tributária – que atuem em exploração de atividade econômica reservada ao Estado)
• Entidades binacionais	• Entidades binacionais
• Fundações estatais	• Órgãos autônomos (que não exercem atividades exclusivas de Estado); • Empresa pública (dependente); • Autarquias (que não exercem atividades exclusivas de Estado); • Fundações públicas; • Serviços sociais autônomos (“derivados”) • Organizações sociais; • Operador Nacional do Sistema Elétrico;
• Entidades universitárias e de pesquisa científica, tecnológica e inovação	• Autarquias; • Autarquias especiais; • Fundações públicas (ou “autárquicas”) • Organizações sociais de ES ou C&T; • Fundação CPqD; • Cepel;
• Consórcios públicos com personalidade de direito privado	• Consórcios públicos com personalidade de direito privado
ENTIDADES PARAESTATAIS	
• Corporações profissionais;	• Corporações profissionais
• OAB	• OAB
• Serviços sociais autônomos;	• Serviços sociais autônomos (“puros” – CR/88, art. 240)
ENTIDADES DE COLABORAÇÃO	
• Organização da sociedade civil de interesse público	• Organização da sociedade civil de interesse público; • Organizações sociais; • Organizações civis de recursos Hídricos; • Fundações de apoio. • Outras entidades de colaboração • Associação de amigos (inclusive os de museus) • Fundação Atech

Com as seguintes considerações:

As diferenças entre as autarquias e autarquias especiais e órgãos autônomos especiais deveria ser apenas na **autonomia/independência** e **não** nas **flexibilidades** gerencial, orçamentária e financeira.

Contudo, as **flexibilidades** gerencial, orçamentária e financeira seriam concedida pelo **contrato de autonomia e resultados** para as autarquias e natas para os órgãos autônomos especiais e autarquias especiais.

OBSERVAÇÃO

- Nesse ponto, cabe explicitar uma distinção entre os conceitos de autonomia e flexibilidade, que, apesar do disposto na Constituição, não são idênticos: o primeiro remete à independência, como, por exemplo, inexistência de recurso hierárquico; e a segunda, às prerrogativas de ampliação da liberdade do gestor na aplicação dos meios, gerenciais, orçamentárias e financeiras, como, por exemplo, aplicação das receitas próprias.
- Com essa conceituação, a autonomia seria para alguns órgãos ou entidades enquanto a flexibilidade poderá ser para todos os modelos.

- 1º) As **atividades sensíveis, críticas e estratégicas** relacionadas à segurança do estado que permaneceriam no âmbito das **autarquias especiais**, tais como, CNEN e AEB.
- 2º) Todas as **sociedades de economia mista** deveriam ser de **capital aberto**, restando às de capital fechado serem convertidas em empresas públicas.
- 3º) As fundações estatais, deveriam dispor, assim como as empresas estatais de regime próprio de compras, bem como, orçamento de investimentos aprovado por lei (no caso das financiadas majoritariamente pelo Poder Público).
- 4º) As **Oscips** poderiam ter **requisitos estatutários distintos** dependendo da política pública que implemente, bem como **características distintas nos Contratos de Colaboração**, inclusive em relação às formas de fomento.
- 5º) Contudo, **vedada qualquer forma de regulamentação de meios**, tais como regulamentos da ANA para as OCRH e da Aneel para o ONS.
- 6º) O **contrato de autonomia** por questões culturais deveriam se denominar "**contratos de autonomias e resultados**" ou "**contrato de flexibilidade e resultados**", já que devem estar vinculados ao binômio autonomia (gerencial, orçamentária e financeira) e resultados (objeto a fixação de metas de desempenho).

7º) Como o anteprojeto de **lei é nacional** e não apenas federal, as **exceções federais** deveriam ser **ajustadas e/ou replicadas** para **estados e municípios**, como por exemplo, polícias civis e militares.

Proposta de Modelagem para a Administração Pública

Assim a proposta resultante deste estudo seria:

- Administração Direta (ministérios e órgãos equiparados)
- Órgãos autônomos especiais
- **Entidades Estatais de Direito Público**
 - Autarquias
 - Autarquias especiais (inclusive associação pública)
- **Entidades Estatais de Direito Privado**
 - Empresa pública
 - Empresas públicas “especiais”
 - Sociedade de economia mista (de capital aberto)
 - Entidades binacionais
 - Fundações estatais
 - Entidades universitárias e de pesquisa científica, tecnológica e inovação
 - Consórcios públicos com personalidade de direito privado
- **Entidades Paraestatais**
 - Corporações profissionais
 - OAB
 - Serviços sociais autônomos
- **Entidades de Colaboração**
 - Organização da sociedade civil de interesse público

Com destaque para os órgãos autônomos “especiais”, com as mesmas flexibilidades das autarquias especiais, que seriam restritos a: Receita Federal do Brasil; Polícia Federal; representações diplomáticas (embaixadas e consulados); Agência Brasileira de Inteligência; e comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em três modelagens distintas uma civil, outra militar e a terceira mista ou excepcional.

Outra proposta do estudo é disciplinar o contrato de autonomias (ou flexibilidades) e resultados para as entidades da Administração Direta e Indireta e o contrato de colaboração para as entidades de colaboração.

12. SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO

A título de sugestão, não para acrescentar combustível ao debate, mas simplesmente por se apresentar como uma necessidade urgente para os resultados da Administração Pública, deixa-se as seguintes proposições.

Seria importante promover articulação política e técnica e posteriormente, encontro entre todos os órgãos e entidades de controle, buscando o alinhamento e racionalização dos processos, periodicidades, critérios, evitando-se assim, a duplicidade de demandas aos gestores, bem como a asfixia da execução e/ou implementação de políticas públicas, o que evita ou minimiza os impactos para a sociedade.

Nesse processo, de alinhamento seria desejável que fosse enfatizada a necessidade de fortalecimento dos princípios constitucionais da “eficiência”, “finalidade”, “razoabilidade” ou “proporcionalidade”, equilibrando-se com a aplicação e interpretação dos da “legalidade”, “moralidade” e “impessoalidade”.

Talvez um banco de dados único seja um caminho adequado e possível, ou, seminários entre controladores e controlados, em que um possa compreender a realidade do outro.

Especialmente, em relação às entidades de colaboração, seria oportuno à Secretaria de Gestão ou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão expedir portaria “declaratória” sobre as características e independências dessas entidades, e portaria normativa sobre as formas, instrumentos e limites da relação do Poder Público com as referidas entidades (p. ex.: contato de gestão e termo de parceria).

Ainda na esfera do controle, caberia a revisão da arquitetura das atividades jurídicas da Administração Indireta, **restabelecendo** as unidades jurídicas próprias para as **atividades de consultoria e assessoramento jurídicos**, podendo ser mantidas centralizadas as atividades de representação judicial e extrajudicial, bem como, apuração da liquidez e certeza dos créditos de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança amigável ou judicial, nos casos em que isso se justifique, como ocorre nos ministérios.

Por fim, dentro da linha de sugestão para aperfeiçoamento, caberia repensar a centralização do controle interno do Poder Executivo, restabelecendo, se não em todos, pelo menos nos principais, as secretarias de controle interno, também conhecidas como Cissets, para promover controle preventivo e orientação junto aos ministros de Estado e gestores.

E, por último, sugere-se **racionalizar** e compatibilizar os sistemas, normas, recomendações, orientações e determinações dos órgãos de controle sistêmicos do Poder Executivo, bem como do controle interno.

13. RECOMENDAÇÕES

NOVOS ESTUDOS E APROFUNDAMENTOS

Este estudo apontou a percepção clara da insuficiência de dados, informações, conhecimentos e/ou inteligências em diversas áreas da implementação de políticas públicas e das atividades de Estado.

Assim, é recomendável, proceder-se a estudos e pesquisas complementares para aprofundar os seguintes modelos ou temas:

- sociedades de propósitos específicos, para compreender melhor o modelo e identificar o rol de entidades existentes;
- empresas públicas com decisões do STF sobre imunidade tributária e/ou caracterização de seu patrimônio como bem público;
- entidades binacionais, estudando cada uma delas;
- autarquias profissionais, aparentemente, cada uma atua de forma distinta;
- outros modelos de entidades de colaboração – possivelmente pode haver outros modelos que não foram possíveis de se identificar neste estudo;
- aprofundar a compreensão do ONS, CpqD e Cepel, como operam e se financiam;
- subsidiárias das empresas estatais, o volume e a diversidade, aparentemente, é muito superior aos relacionados nos relatórios do DEST;
- organizações que atuam em atividades de Estado: Ministério da Defesa, Ministério das Relações Exteriores, Gabinete de Segurança Institucional, Polícia Federal, Receita Federal, Agência Brasileira de Inteligência, comandos militares, embaixadas, consulados, e outras modalidades de representação no exterior, bem como, em atividades sensíveis e estratégicas (p. ex.: Comissão Nacional de Energia Nuclear e Agência Espacial Brasileira);
- modelos comparados, com outros países, por sugestão: Estados Unidos, Canadá, Rússia, China, Índia, Austrália, França, Inglaterra, Alemanha, México, Argentina e Chile;

- órgãos e instrumentos de controle, sua relação com a perda de *performance* da política pública *vis-a-vis* seus benefícios.

Recomenda-se ainda maior interação com a Comissão de Juristas e a revisão do Anteprojeto de lei à luz deste estudo e do próximo documento previsto no termo de referência (estudos de casos e entrevistas).

Em relação às entidades de colaboração seria oportuno à Secretaria de Gestão ou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão expedir portaria “declaratória” sobre as características e independências destas entidades, e portaria normativa sobre as formas, instrumentos e limites da relação do Poder Público com as referidas entidades.

REVISÃO DOS INSTRUMENTOS LEGAIS E NORMATIVOS

Um dos achados do estudo é o envelhecimento do marco constitucional, legal e normativo com a consequente perda de eficiência e eficácia da máquina pública

Como alterações constitucionais são mais complexas, e demandam um consenso aparentemente inexistente, seria importante ajustar as leis e, em paralelo ou posteriormente, as normas que regulam as atividades-meio.

MARCOS LEGAIS A SEREM REVISTOS

- **Decreto-Lei nº 200/1967** – que dispôs sobre a **organização da Administração Federal**, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa;
- **Lei nº 8.666/1993** – que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui **normas para licitações e contratos da Administração Pública**;
- **Lei nº 8.112/1990** – que dispôs sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais;
- **Lei nº 4.320/1964** – que estatuiu **normas gerais de direito financeiro** para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal;
- Além da forma de construção do PPA, da LDO e da LOA.

DISPOSITIVOS DA CR/88 A SEREM REGULAMENTADOS

- Inciso XIX do art. 37, parte final, para **definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público**;

- § 1º do art. 173, para estabelecer o **estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, dispondo sobre:
 - I – sua função social e **formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade**;
 - II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
 - III – **licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública**;
 - IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
 - V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
- § 8º do art. 37 conjugado com o § 7º do art. 39, para:
 - estabelecer **contrato** que tenha por objeto a **fixação de metas de desempenho** de órgãos e entidades e que amplie a **autonomia gerencial, orçamentária e financeira**; e
 - disciplinar a aplicação de recursos orçamentários provenientes da **economia com despesas correntes** em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

AVALIAR NECESSIDADE

- **“Caput” do art. 39:**
 - estabelecer que o regime jurídico se aplique exclusivamente à Administração Direta e autarquia ou às carreiras ou cargos que atuem somente em atividades exclusivas de estado.

Nesse processo de revisão de marcos legais e normativos, dever-se-ia ter maior cuidado com as atividades militares (comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica), de inteligência (Abin) e de segurança pública (Polícia Federal), os quais tem atividades completamente distintas dos demais, bem como, outras necessidades operacionais.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS DE ESTADO

Dentre as atividades do Poder Executivo estudadas, analisadas e entrevistadas, as que requerem mais cuidados são as exclusivas de Estado, a seguir listadas.

Atividades Exclusivas de Estado e da União:

- Relações Exteriores;
- Defesa e Segurança Nacional;
- Inteligência de Estado;

Atividades Exclusivas de Estado, preferencialmente, da Administração Direta:

- Formulação e Supervisão de Políticas Públicas;

Atividades Exclusivas de Estado, que envolvem o Poder de Polícia Administrativa ou Judiciária ou “Poder do Estado”

- Registro;
- Normatização (Regulamentação Administrativa);
- Tributação e Arrecadação;
- Licenciamento, Autorização, Concessão e Permissão;
- Fiscalização;
- Regulação;
- Polícia Judiciária;

Algumas delas como: Defesa e Segurança Nacional (Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica) e Inteligência de Estado (Agência Brasileira de Inteligência) requerem uma releitura e um reaprendizado sem preconceitos, pois estas são absolutamente relevantes para um país que quer se firmar no cenário internacional. Precisamos responder a uma pergunta: **queremos ser um ator relevante no cenário internacional?**

Todos países tem a sua área inteligência de Estado e suas Forças Armadas, inclusive os democráticos os demais BRICs (emergentes) e até mesmo os declarados neutros como a Suécia.

É importante que também não nos descuidemos destas nossas áreas, pois devemos ser um país e uma sociedade pacíficos mas jamais indefesos.

Outras, apesar de não estarem envoltas no manto do preconceito, também precisam de uma releitura e reaprendizado, são elas:

- **Relações Exteriores [Ministério e representações no exterior (embaixadas e consulados)];**
- **Polícia Judiciária e Inteligência de Segurança Pública (Polícia Federal);**
- **Tributação, Fiscalização e Arrecadação de Tributos e Contribuições e Inteligência Fiscal (Receita Federal do Brasil);**
- **Atividades Sensíveis e Estratégicas de Energia Nuclear e Espaciais (Comissão Nacional de Energia Nuclear e Agência Espacial Brasileira).**

Os atuais marcos legais brasileiros precisam ser adaptados para contemplar as atividades de inteligência de Estado, relações exteriores, defesa e segurança nacional, bem como, para algumas atividades sensíveis da Polícia Federal e da Receita Federal do Brasil. O modelo atual não consegue se adequar plenamente ao dia a dia em todas estas atividades.

Assim, recomenda-se o aprofundamento do estudo para essas áreas, bem como, a requalificação dos órgãos sistêmicos centrais de coordenação, normatização e controle, nos referidos temas.

14. CITAÇÕES – COLETADAS NAS ENTREVISTAS

Neste tópico reproduzir-se-á citações – frases coletadas das entrevistas –, que falam por si só, mesmo quando apresentadas fora do contexto original, sem lhes mudar o sentido, e, espera-se, que possam provocar reflexões e ações governamentais.

As entrevistas, conforme mencionadas na introdução, realizadas com dirigentes, consumiram mais de 100 horas de gravação, sendo que 32 (trinta e duas) foram com órgãos e entidades de formulação ou implementação de políticas públicas e 12 (doze) com órgãos centrais de normatização supervisão e controle.

Estas citações constam da apresentação do Workshop e foram extraídas do Volume II do estudo.

Como as entrevistas eram sigilosas e houve compromisso de não identificar o órgão, entidade ou dirigente entrevistado, não foi feita menção do declarante.

As citações foram agrupadas por grupos de respostas.

14.1 QUANTO AOS MODELOS (TAXONOMIA):

Frases obtidas quando se apresentava o rol de modelos aos entrevistados:

“A Variedade deve ter respondido a necessidades e contingências, foram resultado da busca de soluções”

“A lista de modelos é interessante, instigante e também preocupante. Precisamos ser compreensíveis com os modelos. Precisamos de nitidez maior nos tipos/grupos”

“Problema dentro da APF é o Regime Jurídico de pessoal. Uma solução seria o retorno do direito privado para as Fundações instituídas pelo Estado”

“São resultados de necessidades. Podem não ser mais necessários. Apagaram incêndios”

“Se o modelo da Fundação Estatal vingar, pode ser que o modelo de OS desapareça, mas o de OSCIP não”

14.2 QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (PREVISTOS NA CR/88):

Frases coletadas quando se apresentava o rol de princípios constitucionais aos entrevistados:

“Há hipertrofia dos princípios relacionados com o controle da corrupção, p.ex., legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, em detrimento aos relacionados com os resultados: o da Eficiência”

“Mas nem todas as dificuldades são dispensáveis ou negativas. Atividade Regulatória tem que justificar, tem que explicar. A dificuldade aperfeiçoa a política pública”

14.3 QUANTO AOS ÓRGÃOS E INSTRUMENTOS DE CONTROLE:

Frases obtidas quando se apresentava o rol de órgãos e instrumentos de controles do órgãos, entidade se gestores públicos aos entrevistados:

*“... seria desejável que fosse enfatizada a necessidade de fortalecimento dos Princípios Constitucionais da **“eficiência”, “finalidade”, “razoabilidade”** ou **“proporcionalidade”** equilibrando-os com a aplicação e interpretação dos da **“legalidade”, “moralidade”** e **“impessoalidade”**.”*

“Conselhos de políticas públicas são problemas, estão CAPTURADOS!”

“A CGU concorre com o TCU”

“O problema da Auditoria é o meio, “como foi feito”, e não “o que foi feito” (resultado)”

“Um órgão com atuação muito confusa é o TCU”

“O TCU está exorbitando, invasivo, tenta formatar as próprias políticas públicas, com controle a priori e a posteriori”

“Auditoria interna é o suporte para a Administração. Era assim com as Ciset's, se perdeu após sua extinção”

“Há diferença grande do nível Técnico do CGU e TCU e dos quem executam (as políticas públicas)”

“Há Rigidez dos Órgãos de Controle, que não tem experiência em gestão”
“Pessoas boas, que se importam com o seu nome, não querem mais ser ordenadores de despesas ou gestores públicos, por outro lado, Pessoas que “tanto faz” (não se importam) aceitam”
“Alguém para ir para Órgão de Controle teria que passar dois anos por Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração – SPOA (unidade administrativa responsável pelas atividades meio de Ministérios)”

14.4 QUANTO ÀS POSSIBILIDADES E ALTERNATIVAS DE AUTONOMIAS, FLEXIBILIDADES E INSTRUMENTOS DE GESTÃO:

Principais frases coletadas quando se apresentava o rol de possibilidades de alternativas de autonomies, flexibilidade e instrumentos de gestão aos entrevistados:

a. Em relação à Contratualização de Resultados:

“É um caminho que o mundo inteiro seguindo, há benefícios sem dúvida, precisa ser melhor estudado e desenvolvido. É difícil na legislação atual”
“Em alguns casos. Em alguns tipos de organização. Que podem ser trabalhada com mensuração. Não para outras, p.ex., a Polícia Federal”
“Pouca capacidade dos ministérios de fazer os contratos. Pode ser aperfeiçoado”

b. Em relação à aplicação de economias com despesas correntes em desenvolvimento institucional:

“Teoricamente faz sentido. Mas os órgãos centrais não estão preparados, em especial Fazenda e Planejamento”
“Sim, mas tem que ter políticas adequadas, caso contrário, reduz quantidade e qualidade gera economia. Tem que estar associado a metas e resultados e com remuneração variável vinculada a metas institucionais”
“Para o gestor da ponta, o modelo atual cria o seguinte paradoxo: “Se eu gerar economia, ela não é minha, é do tesouro, no ano seguinte “vocês” podam meu orçamento!”
“Acha que é um modelo, mas tem um limite (ganho marginal decrescente) Você chega a um teto. Mas “pode ser um motor de arranque”

c. em relação aos Subsídios (modalidade de remuneração):

“Subsídio é elemento contraproducente, conduz a acomodação, postura reativa, e engessa a gestão de pessoal. Acarreta Menor motivação”

“Totalmente favorável a subsídio. Lógica independência das carreiras em relação aos cargos comissionados, mas falta avaliação individual. As pessoas precisam saber os desafios”

“Todo mundo ganha a mesma coisa. “Não quer nada mais”. Reduz performance, diminui a motivação”

“No atual contexto é indiferente na performance e também na motivação. Mas aumenta a Transparência”

15. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste texto, e fruto, em boa medida, da coletânea de entrevistas com dirigentes de órgãos e entidades, podemos inferir algumas conclusões:

- Os Constituintes de 1988, aparentemente, se preocuparam mais com as organizações que atuam com poder de polícia e na exploração de atividade econômica. Na questão social o foco foi para as políticas públicas e não no modo/forma de executá-las.
- Dado os modelos emergentes da CR/88 para a implementação de políticas públicas, em especial, para as sociais, o novo arcabouço legal criou tantas restrições de autonomias e flexibilidades gerenciais que acarretou o fortalecimento e a ampliação dos modelos derivados, empresas estatais prestadoras de serviço que não visam lucro, serviços sociais autônomos ou diversificação e expansão de entidade de colaboração.
- Os modelos emergentes da CR/88 são insuficientes ou inadequados para a implementação de políticas públicas, em especial as sociais, como, por exemplo, assistência à saúde, ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, cultura, meio ambiente etc.

Constatou-se ao longo do trabalho que ainda não há consenso político, ideológico, acadêmico e social sobre qual(is) o(s) modelo(s) são os mais adequados para o Brasil, nem mesmo, dentro do Poder Executivo Federal.

Há, de fato, mais modelos do que os previstos na CR/88, assim como definido por muitos autores mais conservadores da gestão pública e do direito administrativo:

- Administração Direta;
- autarquia;
- fundação;
- empresa pública;
- sociedade de economia mista.

Os modelos básicos previstos na Constituição República de 1988 foram sendo derivados e expandidos, paulatinamente, para adequar as novas necessidades, ou necessidades pré-existentes cujas condições de funcionamento foram alteradas pela CR/88 ou sua Leis regulamentadoras.

O modelo fundacional, ou seja, de fundação instituída por lei de direito privado, pré-CR/88, deixou uma lacuna na arquitetura do Estado brasileiro, nas atividades que não importem em atividades de Estado, nem exploração de atividades econômica, em especial, nas áreas sociais.⁸⁵

Os modelos derivados, em especial, os empresariais, as entidades paraestatais e as entidades de colaboração, não devem ser interpretados como uma mera burla à Constituição, mas sim como uma expressão da necessidade, do dia a dia, uma busca de alternativas, uma experimentação, para se conseguir atender às demandas da sociedade.

Os modelos atuais, aparentemente, estão mais adequados às atividades exclusivas do Estado, com exceções (p. ex., Abin e organizações militares), e às atividades Empresariais, com exceção (p. ex., no modelo de licitações e contratações).

Cabe ressaltar que a simples coibição dos modelos derivados ou da adoção de novos modelos por si só não solucionará o problema principal, que é a produção de bens e a prestação de serviços em maior quantidade e de qualidade para a população brasileira.

Uma dimensão que mereceu destaque neste documento foi a do controle, que mesmo para os gestores de órgãos centrais, que dele participam, apresenta-se como que asfixiando a administração, com alguns órgãos capitaneando a percepção negativa, como o TCU e, de forma um pouco menos acentuada, a CGU.

A maior parcela de críticas focou em sobreposição e duplicidade de controles, fiscalizações e pedidos de resposta, bem como, exorbitação de suas competências, em vários casos, tentando entrar, ou entrando, no

85 Observar que a Lei 12.618/12 instituiu Fundação Pública com personalidade jurídica de direito privado para o regime de previdência complementar dos servidores federais.

mérito da política pública, ou, como nos casos de entidades de colaboração, publicizando-as.

Apesar das resistências e do calor dos debates pela imprensa é mister a revisão do modelo vigente de controles internos e externos, tanto de organização, quanto de instrumentalização.

Podemos concluir ainda que os princípios aplicados à Administração Pública são bastante adequados, mas em alguns casos devem ser relativizados em função do objetivo da atuação estatal requerida, como, por exemplo, o princípio da publicidade para as atividades sigilosas, sensíveis, críticas e estratégicas para o Estado, em especial, a Abin, os comandos militares e em alguma medida para as embaixadas e consulados no exterior.

Entretanto precisamos rever leis, regras e práticas relativas à gestão de meios – pessoal, licitação e contratos, orçamentária e financeira, tecnologia da informação, organização e planejamento e avaliação –, que não se apresentam mais adequadas para o atual estágio da Administração Pública, algumas com mais destaque que outras, tais como:

MARCO LEGAL	OBJETO	ALCANCE
Decreto-Lei nº 200/1967	Organização da Administração Federal e diretrizes para a Reforma Administrativa;	Federal (atual) Nacional (proposta)
Lei nº 8.666/1993	Normas (gerais) para licitações e contratos da Administração Pública;	Nacional
Lei nº 8.112/1990	Servidores jurídicos dos servidores públicos civis	Federal
Lei nº 4.320/1964	Normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços	Nacional
Diversas	PPA, LDO e LOA	Federais
	Racionalizar as normas, recomendações, orientações e determinações dos órgãos de controle interno e externo	Federal

Além da revisão dos dispositivos e práticas acima, faz-se urgente a regulamentação dos dispositivos da Constituição da República, que tratam da definição das áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público o estatuto jurídico das empresas públicas e a ampliação da autonomia gerencial, financeira e orçamentária mediante a celebração de contratos com

a previsão de metas e resultados a serem alcançados. Bem como, avaliar a necessidade, ou não, de restrição da aplicação do “RJU e/ou da estabilidade exclusivamente para servidores da Administração Direta, órgãos autônomos e autarquias ou carreiras que atuem em atividades exclusivas de Estado.

Cabe menção especial, à grande convergência em torno da adoção de instrumentos de contratualização de resultados e economia com despesas correntes, como instrumentos que permitam o aumento da *performance*. Por outro lado, há muita controvérsia e resistência quanto à adoção do subsídio, como forma de remunerar servidores e Membros de Poder, tanto em relação aos impactos na *performance*, quanto na motivação e do comprometimento.

Apesar de não incorporar as discussões da Comissão de Juristas, neste estudo, para não limitá-lo, a proposta da **Nova Lei Orgânica da Administração Pública Federal**, propôs uma racionalização nos modelos atuais interessante:

- Administração Direta
- Administração Indireta

Entidades estatais de direito público:

- Autarquias
- Autarquias Especiais (regionais, as com “com maior grau de autonomia”, consórcio público constituído sob a forma de associação pública)

Entidades estatais de direito privado:

- Empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista)
- Fundações estatais
- Consórcios públicos com personalidade de direito privado

Entidades Paraestatais:

- Corporações profissionais
- Serviços sociais autônomos

Entidades de colaboração (associação ou fundação, com contrato de colaboração)

Além de ter disciplinado o contrato de autonomia para as entidades da Administração Direta e Indireta.

Ante o conteúdo deste estudo, na referida proposta dos juristas caberia algumas reflexões, principalmente, em relação aos órgãos autônomos, aos órgãos militares e às atividades exclusivas de Estado e da União, em especial, Receita Federal do Brasil, Polícia Federal, Agência Brasileira de Inteligência, Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores e dos três comandos militares (Marinha, Exército e Aeronáutica), que pelas suas características, áreas e formas de atuação, deveriam ter caracterização própria.

Não obstante, é importante destacar a proposta para a organização da administração pública, alternativa de reenquadramento e/ou transformação dos modelos atuais para a proposta e considerações sobre os modelos.

TIPIFICAÇÃO	MODELOS
ÓRGÃOS	• Administração Direta (ministérios e órgãos equiparados)
	• Órgãos autônomos “especiais”
ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PÚBLICO	• Autarquias
	• Autarquias especiais (inclusive associação pública)
ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO	• Empresa pública
	• Empresas públicas “especiais”
	• Sociedade de economia mista de capital aberto
	• Entidades binacionais
	• Fundações estatais
	• Entidades universitárias e de pesquisa científica, tecnológica e inovação
ENTIDADES PARAESTATAIS	• Consórcios públicos com personalidade de direito privado
	• Corporações profissionais
	• OAB
ENTIDADES DE COLABORAÇÃO	• Serviços sociais autônomos
	• Organizações da sociedade civil de interesse público

Além dos modelos caberia citar também os principais instrumentos de alinhamento, pactuação de resultados e, conforme o caso, fomento ou concessão de flexibilidades.

CONTRATOS DE	OBJETO
AUTONOMIA (OU FLEXIBILIDADE) E RESULTADOS	Pactuação de rol de flexibilidades <i>vis-à-vis</i> resultados a serem alcançados
COLABORAÇÃO	Pactuação de fomentos <i>vis-à-vis</i> resultados a serem alcançados

De se ressaltar, por fim, a preocupação com as atividades exclusivas de Estado estratégicas e sensíveis que merecem um arcabouço e tratamentos diferenciados, bem como o aprofundamento do conhecimento das suas realidades e necessidades.

Acredita-se que a proposta da Comissão de Juristas, com as sugestões contidas no Estudo, aperfeiçoe significativamente a capacidade do estado brasileiro prestar serviços e produzir bens com maior qualidade, na quantidade demandada a menores custos.

Note-se que a maior parte da execução de políticas públicas recai sobre os Estados, Distrito Federal e Municípios, que na questão dos modelos tem se que se subordinar à CR/88, bem como, às competências legislativas da União, ou seja, as limitações de Estados e Municípios, no que toca a modelos, e suas limitações, são de responsabilidade da União.

Estas, em linhas gerais, foram as conclusões do Estudo com o qual espera-se ter, de fato, contribuído para o conhecimento, a reflexão e o debate de modelos para a administração pública brasileira, bem como, para análise da Proposta de Anteprojeto de Lei da Comissão de Juristas.

Cabe lembrar, uma vez mais, que o presente resumo não contempla atualizações de situações, fatos ou normas posteriores à entrega do produto contratado ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

ANEXO – RELAÇÃO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES POR MODELOS

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.1 Administração Direta, Autárquica e Fundacional	
3.1.1 Administração Direta	<p>Ministérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Agricultura, Pecuária e Abastecimento • Cidades • Ciência, Tecnologia e Inovação • Comunicações • Cultura • Defesa • Desenvolvimento Agrário • Desenvolvimento Social e Combate à Fome • Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior • Educação • Esporte • Fazenda • Integração Nacional • Justiça • Meio Ambiente • Minas e Energia • Pesca e Aquicultura • Planejamento, Orçamento e Gestão • Previdência Social • Relações Exteriores • Saúde • Trabalho e Emprego • Transportes • Turismo
3.1.1 Administração Direta	<p>Outros Órgãos Equiparados a Ministérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Casa Civil • Gabinete de Segurança Institucional – GSI • Advocacia-Geral da União – AGU • Controladoria-Geral da União – CGU <p>Secretarias da Presidência da República:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Secretaria-Geral • Secretaria de Relações Institucionais • Secretaria de Comunicação Social • Secretaria de Assuntos Estratégicos; • Secretaria de Políticas para as Mulheres; • Secretaria de Direitos Humanos; • Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; • Secretaria de Portos. <p>Outros Órgãos subordinados diretamente ao Presidente da República:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gabinete Pessoal

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.1.1.1 Órgão Autônomo ^{86 87}	<ul style="list-style-type: none"> • Comando da Aeronáutica • Comando da Marinha • Comando do Exército • Agência Brasileira de Inteligência • Consulados Gerais, vice-consulados, Missões, Delegações, Comissões, Representações e Embaixadas do Brasil no Estrangeiro, e Escritório Financeiro em Nova York • Receita Federal do Brasil • Polícia Federal • Polícia Rodoviária Federal • Departamento Penitenciário da União • Associação Brasileira de Cooperação • Centros Educacionais Exteriores • Arquivo Nacional • Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira – Ceplac • Defensoria Pública da União • Embaixadas; Consulados; • Escola Superior de Guerra • Hospital das Forças Armadas • Escola de Administração Fazendária – Esaf • Instituto Nacional de Meteorologia – Inmet • Imprensa Nacional • Laboratório Nacional de Astrofísica • Laboratório Nacional de Computação Científica • Museu de Astronomia e Ciências Afins • Museu Paraense Emílio Goeldi • Observatório Nacional • Procuradoria-Geral Federal • Serviço Florestal Brasileiro • Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas • Centro de T.I. Renato Archer • Centro de Tecnologia Mineral • Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia • Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais • Instituto Nacional de Tecnologia • Instituto Nacional do Semi-Árido
3.1.1.1 Órgão Autônomo	<ul style="list-style-type: none"> • Instituto Benjamin Constant • Instituto Nacional de Educação dos Surdos • Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia • Instituto nacional de pesquisas Hidroviárias • Inco – Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia • Inca – Instituto Nacional de Câncer • Instituto Nacional de Cardiologia • Hospital de Jacarepaguá • Hospital Federal da Lagoa • Hospital Federal de Bonsucesso • Hospital Federal de Ipanema • Hospital Federal do Andaraí • Hospital Federal dos Servidores do Estado • Instituto Evandro Chagas • Centro Nacional de Primatas

86 Possivelmente possam ser identificados outros órgãos autônomos.

87 Vários institutos de pesquisa, por não terem personalidade jurídica própria foram classificados como órgãos autônomos e não como entidades de ensino superior e tecnológico e de pesquisa científica e teconológica.

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.1.1.2 OMPS (Comando da Marinha) ⁸⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ); • Instituto de Pesquisa da Marinha (IPqM); • Centro de Eletrônica da Marinha (CETM); • Centro de Tecnologia da Marinha em São Paulo (CTMSP), antiga COPESP (Coordenadoria para Projetos Especiais); • Centro de Projetos Navais (CPN), no Rio de Janeiro • Centro de Armas da Marinha (CAM), no Rio de Janeiro • Instituto de Estudos Alte Paulo Moreira (IEAPM), em Cabo Frio • Base Fluvial de Ladário (BFLA), em Ladário, MS • Laboratório Farmacêutico da Marinha (LFM), no Rio de Janeiro • Centro de Análises de Sistemas Navais (CASNAV), no Rio de Janeiro • Odontoclínica Central de Marinha (OCM), no Rio de Janeiro • Centro de Reparos e Suprimentos Especiais do Corpo de Fuzileiros Navais (CRepSupEspCFN), no Rio de Janeiro.
3.1.2 Autarquia	
3.1.2.1 Autarquia "Comum"	<ul style="list-style-type: none"> • Instituto Brasileiro de Museus • Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI • Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM • Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan • Colégio Pedro II • Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT • Escola Técnica Federal Rolim de Moura • Escola Técnica Federal de Santarém • Embratur • Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro – JBRJ • Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama • Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq • Centro de Tecnologia Mineral • Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE • Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa • Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS • Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep • Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – Inpi • Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade • Instituto nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
3.1.2.1.1 Agência Executiva	<ul style="list-style-type: none"> • Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro
3.1.2.2 Autarquia Especial	<ul style="list-style-type: none"> • Banco Central do Brasil – Bacen; • Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN; • Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc • Comissão de Valores Mobiliários – CVM • Superintendência de Seguros Privados – Susep

88 Possivelmente existam outras OMPS que não tenham sido identificadas.

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.1.2.2.1 Agências Reguladoras	<ul style="list-style-type: none"> • Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel • Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS • Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel • Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq • Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT • Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa • Agência Nacional de Águas – ANA • Agência Nacional do Cinema – Ancine • Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustível – ANP • Agência Nacional de Aviação Civil – Anac
3.1.2.2.2 Autarquias Regionais	<ul style="list-style-type: none"> • Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene • Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam • Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste – Sudeco⁸⁹
3.1.3 Fundação Pública	
3.1.3.1 de Direito Público ("Autárquica")	<ul style="list-style-type: none"> • Fundação Biblioteca Nacional • Fundação Casa Rui Barbosa • Fundação Cultural Palmares • Fundação Nacional de Artes • Fundação Joaquim Nabuco • Fundação Nacional de Saúde • Fundação Alexandre de Gusmão • Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior • Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho • Fundação Escola Nacional de Administração Pública • Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Avançada • Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
3.1.3.2 de Direito Privado ("Estatal" – Instituída por Lei)	Não há entidades federais.
3.1.4 Entidades de Ensino Superior e Tecnológico e de Pesquisa Científica e Tecnológica	<ul style="list-style-type: none"> • Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz • Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia (38 Institutos Federais) • Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR • Centros Federais de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – Cefet-RJ • Centros Federais de Educação Tecnológica de Minas Gerais – Cefet-MG • Fundação Universidade Federal do Acre – Ufac • Fundação Universidade Federal do Amapá – Unifap • Universidade Federal do Amazonas – Ufam • Universidade Federal do Pará – UFPA • Universidade Federal Rural da Amazônia – Ufra • Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir

89 Criada, porém não instalada.

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.1.4 Entidades de Ensino Superior e Tecnológico e de Pesquisa Científica e Tecnológica	<ul style="list-style-type: none"> • Fundação Universidade Federal de Roraima – UFRR • Universidade Federal de Tocantins – UFT • Fundação Universidade Federal do Vale do São Francisco – Univasf • Universidade Federal de Alagoas – Ufal • Universidade Federal da Bahia – UFBA • Universidade Federal do Ceará – UFC • Fundação Universidade Federal do Maranhão – UFMA • Universidade Federal da Paraíba – UFPB • Universidade Federal de Pernambuco – UFPE • Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – UFRB • Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE • Universidade Federal Rural do Semi-Árido – Ufersa • Fundação Universidade Federal do Piauí – UFPI • Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN • Fundação Universidade Federal de Sergipe – UFS • Universidade Federal de Campina Grande – UFCG • Fundação Universidade de Brasília – UnB • Universidade Federal de Goiás – UFG • Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT • Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS • Universidade Federal do ABC – UFABC • Universidade Federal de Alfenas – UNIFAL • Universidade Federal do Espírito Santo – Ufes • Universidade Federal Fluminense – UFF • Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF • Universidade Federal de Lavras – UFLA • Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG • Fundação Universidade Federal de Ouro Preto – Ufop • Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ • Fundação Universidade Federal de São Carlos – UFSCar • Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP • Universidade Federal do Triângulo Mineiro – UFTM • Fundação Universidade Federal de Uberlândia – UFU • Fundação Universidade Federal de Viçosa – UFV • Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM • Universidade do Rio de Janeiro – UNIRIO • Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ • Universidade Federal de Itajubá – UNIFEI • Fundação Universidade Federal de São João Del Rei – UFSJ • Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG • Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS • Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC • Universidade Federal do Paraná – UFPR • Fundação Universidade Federal de Pelotas – UFPEL • Universidade Federal de Santa Maria – UFSM
3.1.5 Consórcio Público	
3.1.5.1 de Direito Público	Não há entidades federais.
3.1.5.1.1 de Direito Público Especial ⁹⁰	<ul style="list-style-type: none"> • Autoridade Pública Olímpica – APO
3.1.5.2 de Direito Privado	Não há entidades federais.

90 Ainda não instalado, criado pela MP nº 489, 12 de maio de 2010, que perdeu eficácia, posteriormente teve o protocolo de intenções de constituição ratificado pela MP nº 503, de 22 de setembro de 2010.

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.2 Empresa Estatal⁹¹	
3.2.1- Empresa Pública	
3.2.1.1 Dependente	<ul style="list-style-type: none"> • Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF • Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica S.A • Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais – CPRM • Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU • Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB • Empresa de Pesquisa Energética – EPE • Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. – Trensurb • Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC • Empresa Brasileira de Comunicação S.A • Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa • Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA • Hospital Cristo Redentor S.A. – Redentor • Hospital Fêmina S.A. – Fêmina • Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. – Conceição • Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL • Financiadora de Estudos e Projetos – Finep • Indústrias Nucleares do Brasil S.A. – INB • Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. – Nuclep • Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.
3.2.1.2 Não Dependente	<ul style="list-style-type: none"> • Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES • Casa da Moeda do Brasil • Caixa Econômica Federal • Ceagesp • Ceasa Minas • Codeba • Casemg • Companhia Docas do Ceará • Codesa • Codesp • Codomar • Companhia de Docas do Pará • Companhia de Docas do RJ • CODERN • Laboratórios Nacionais Agropecuários – 11 unidades • Hemobras • Dataprev • Emgepron • Empresa Gestora de Ativos • Indústria de Material Bélico do Brasil • Serpro
3.2.1.2.1 Empresas com Bens considerados Públicos e com Imunidade Tributária ⁹²	<ul style="list-style-type: none"> • Correios • Infraero

91 Não foram incluídas as empresas estatais em liquidação.

92 Possivelmente, existam outras estatais federais que tenham obtido decisões semelhantes.

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.2.2 Empresa Binacional	<ul style="list-style-type: none"> • Itaipu • Alcantara Cyclone Space
3.2.3- Sociedade de Economia Mista	
3.2.3.1 De Capital Fechado ⁹³	Não foram encontradas entidades federais
3.2.3.2 De Capital Aberto	<ul style="list-style-type: none"> • Ativos S.A • BB Adm. de Cartões de Crédito S.A • BB Corretora de Seguros S.A • BB Turismo S.A • Cobra Tecnologia S.A • Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras • IRB Resseguros Brasil • Banco do Brasil S.A – BB • Banco da Amazônia S.A. • Banco do Nordeste S.A. – BNB
3.2.3.2.1 Empresas com sistemática de licitação e contratação específica	<ul style="list-style-type: none"> • Petrobras; • Eletrobras
3.3 Entidades Paraestatais	
3.3.1 Corporações Profissionais	
3.3.1.1 Autarquias Profissionais	<ul style="list-style-type: none"> • Conselho Federal de Administração • Conselho Federal de Biblioteconomia • Conselho Federal de Biologia • Conselho Federal de Biomedicina • Conselho Federal de Contabilidade • Conselho Federal de Corretores de Imóveis • Conselho Federal de Economia • Conselho Federal de Educação Física • Conselho Federal de Enfermagem • Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia • Conselho Federal de Estatística
3.3.1.1 Autarquias Profissionais	<ul style="list-style-type: none"> • Conselho Federal de Farmácia • Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional • Conselho Federal de Fonoaudiologia • Conselho Federal de Medicina Veterinária • Conselho Federal de Medicina • Conselho Federal de Museologia • Conselho Federal de Nutricionistas • Conselho Federal de Odontologia • Conselho Federal de Psicologia • Conselho Federal de Química • Conselho Federal de Serviço Social • Conselho Federal de Teólogos • Conselho Federal dos Representantes Comerciais • Conselho Nacional de Profissionais Relações Públicas • Ordem dos Músicos do Brasil

93 Informação obtida junto ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST).

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.3.2.2 Entidade <i>sui generis</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Ordem dos Advogados do Brasil – OAB
3.3.2 Serviços Sociais Autônomos	
3.3.2.1 SSAs “Puros” (art. 240 da CF)	<ul style="list-style-type: none"> • Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai • Serviço Social da Indústria – Sesi • Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio – Senac • Serviço Social do Comércio – Sesc • Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Senar • Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – Senast • Serviço Social de Transporte – Sest • Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescop
3.3.2.2 Modelos de SSA derivados com Contribuição Parafiscal	<ul style="list-style-type: none"> • Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae • Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex • Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI
3.3.2.3 Modelos de SSA derivados sem contribuição Parafiscal	<ul style="list-style-type: none"> • Associação das Pioneiras Sociais – APS (Rede Sarah)
3.4 Entidades de Colaboração	
3.4.1 Fundações de Apoio	<ul style="list-style-type: none"> • Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol • Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa – Fadesp • Fundação Rio Madeira – Riomar • Fundação Djalma Batista • Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins – Fapto • Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino, Pesquisa e Extensão Universitária no Acre – Fundape • Fundação Para o Desenvolvimento da Unir – Fundunir • Fundação Sousa Andrade de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal do Maranhão • Fundação Universitária de Desenvolvimento de Extensão e Pesquisa – Fundepes • Fundação Josué Montello – FJM • Fundação Apolônio Salles de Desenvolvimento da Educacional – Fadurpe

MODELOS	ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES
3.4.1 Fundações de Apoio	<ul style="list-style-type: none"> • Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da UFPE – Fade • Fundação Guimarães Duque – FGD • Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura – FCPC • Fundação de Apoio e Desenvolvimento Tecnológico do Rio Grande do Norte – FUNCERN • Fundação de Apoio à Pesquisa e a Extensão – Fapex • Fundação Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia – FEA • Fundação José Américo – FJA • Fundação Norte Rio Grandense de Pesquisa e Cultura – Funpec • Fundação ADM • Fundação de Apoio a Educação e ao Desenvolvimento Tecnológico do Maranhão – Funcema • Fundação de Apoio a Educação e ao Desenvolvimento Tecnológico do Piauí – Funadepi • Fundação Faculdade de Direito da Bahia • Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino e Extensão – Fadex • Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de Sergipe – Fapese • Fundação de Educação Tecnológica e Cultura da Paraíba – Funetec • Fundação Rádio e Televisão Educativa e Cultural – RTVE • Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos – Finatec • Fundação de Apoio e Desenvolvimento da Universidade Federal de Mato Grosso – Uniselva • Fundação de Apoio ao Desenvolvimento Científico na Área da Saúde – Funsaude • Fundação de Apoio a Pesquisa ao Ensino e a Cultura – Fapec • Fundação de Apoio a Pesquisa – Funape • Fundação Cândido Rondon – FCR • Fundação de Apoio a Pesquisa e ao Agronegócio Brasileiro – Fagro • Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Educação de Mato Grosso do Sul – FADEMS • Fundação de Apoio ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás – FUNDAH • Fundação Universitária de Brasília – Fubra • Fundação de Estudos em Ciências Matemáticas – FEMAT • Fundação de Estudos e Pesquisas em Administração – FEPAD • Fundação de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Hospital da Universidade de Brasília – FAHUB • Fundação de Educação, Cultura e Desenvolvimento Tecnológico – FUNDETEC • Fundação de Apoio a Educação e ao Desenvolvimento Tecnológico do Mato Grosso • Fundação Manoel de Barros – MB • Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão de Itajubá – FAPEPE • Fundação Ricardo Franco – FRF • Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – FUNDEP • Fundação de Apoio a Tecnologia Cafeteira – FUNPROCAFE • Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Administrativa e Contábeis de Minas Gerais – IPEAD • Fundação de Apoio ao Ensino Pesquisa e Extensão – FAEPE • Fundação Euclides da Cunha – FEC • Fundação Coordenação de Projetos Pesquisas e Estudos Tecnológicos – COOPETEC • Fundação de Apoio Institucional ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FAI USCAR • Fundação Christiano Ottoni – FCO • Fundação Casimiro Montenegro Filho • Fundação Para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC • Fundação Espírito Santense de Tecnologia – FEST • Fundação Arthur Bernardes – FUNARBE • Fundação Universitário Jose Bonifacio – FUJB • Fundação de Ciência Aplicações e Tecnologia Espaciais – FUNCATE

Continuação

94 As SPE foram o grupo mais difícil de obter informações. Possivelmente existam diversas outras SPE.

CAPÍTULO II

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

GRADIENTE DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Valéria Alpino Bigonha Salgado⁸⁴

Valdomiro José de Almeida⁸⁵

1. FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

1.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

O principal objetivo da Administração Pública Brasileira é viabilizar o ideal político nacional de implantar o estado democrático de direito, estabelecido na Constituição Federal. Por isso, as instituições e os agentes públicos nacionais têm como desafios principais: a) promover o aprofundamento dos princípios democráticos estabelecidos pela Constituição dentro do Governo e junto à sociedade; e b) ampliar a governança e a governabilidade do Estado Nacional, em um contexto de globalização da economia e do direito.

Para vencer esses desafios, é fundamental adotar um modelo de gestão pública com características democráticas, voltado à realização das demandas da sociedade e do mercado brasileiro, forjado em solo nacional, a partir da experiência, do conhecimento, da cultura e das tradições do povo brasileiro. Esse modelo deve estar sintonizado com os novos paradigmas internacionais

84 Valéria Alpino Bigonha Salgado é diretora de Inovação e Melhoria da Gestão na Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

85 Valdomiro José de Almeida é especialista em políticas públicas e gestão governamental, em exercício na Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

de inovação na gestão pública e deve, especialmente, respeitar o processo de aprendizagem e maturidade dos agentes políticos nacionais e da própria sociedade brasileira e gerar e adotar soluções que possam, de fato, responder aos problemas internos.

As bases do modelo de gestão pública de um governo democrático, voltado para resultados estão estabelecidas na Carta Magna e na lei. É a ele inerente a observância dos fundamentos que a Constituição Federal estabelece para a atuação da Administração Pública. Dentre eles, cabe destacar os seguintes:

- a.** a soberania popular e a moralidade, que submetem as estruturas do Poder Executivo e a Justiça à orientação e ao controle do poder político;
- b.** a legalidade, segundo o qual o poder e a atividade estatais são regulados e controlados pela lei (regime administrativo), entendendo-se a lei, nesse contexto, como a expressão da vontade geral (por ser democrático);
- c.** a separação dos poderes de legislar, executar e judicar, em garantia à segurança democrática;
- d.** a autonomia dos entes federados, com ênfase na capacidade formuladora e coordenadora da esfera federal; do potencial de articulação dos estados e da execução de políticas públicas em nível municipal, onde está, de fato, o cidadão;
- e.** a atuação das instituições públicas no estrito limite das suas competências e poderes constitucionais ou legais. É importante atentar que a Administração Pública não tem vontade nem poderes senão aqueles que lhes foram delegados pela Constituição e pela lei para serem aplicados na realização dos interesses públicos;
- f.** o pluralismo e o respeito às diferenças;
- g.** o respeito ao pacto federativo e à autonomia política dos entes federados;
- h.** a segregação das funções normativas, executivas e de julgamento dentro de suas estruturas; a descentralização federativa; a cooperação estado-sociedade;
- i.** a participação e o controle social;
- j.** o foco em resultados e na eficiência da ação pública;
- k.** a impessoalidade; e

- I. a publicidade e transparência dos atos públicos. Transparência não implica e não impacta a participação social. São duas dimensões importantes, mas que não necessariamente têm relação de causa e efeito.

A evolução da gestão pública brasileira para um modelo que atenda a todos esses requisitos constitucionais requer o investimento em várias dimensões da governança pública. Em primeiro lugar, é necessário promover a reorientação política e técnica das estruturas executivas do Estado para a atuação centrada no controle de resultados, o que exige a superação do atual modelo autocentrado da burocracia pública, baseado, fundamentalmente, no controle de meios,⁸⁶ assim como a remoção de obstáculos culturais e comportamentais existentes no corpo burocrático, como o apego a velhos costumes, o burocratismo desnecessário, a submissão formalista a normas, o ritualismo exagerado e o receio à mudança, à experimentação de novas práticas abertas à participação e ao controle social.

Outro investimento importante é o da inserção ativa do cidadão no Estado e, para isso, é preciso estimular, educar e instrumentalizar os cidadãos brasileiros para o efetivo exercício de sua cidadania, assim como orientá-los quanto ao uso dos mecanismos de defesa desses direitos. A inclusão social e a participação dos cidadãos na vida pública, especialmente, nos processos decisórios do governo são fundamentais para o amadurecimento da sociedade brasileira e para a transposição do modelo político nacional para um modelo com características mais democráticas.

Outra área de investimento importante, para a gestão pública, é o fortalecimento da capacidade governamental de coordenação política interna e de articulação junto aos demais atores públicos e privados do sistema político nacional. Os marcos legais que orientam organização da Administração Pública estão desatualizados e não atendem às necessidades dos atuais sistemas federativos de implantação das políticas públicas. Urge investir em mecanismos de concertação interna e externa, de resolução de conflitos e tomada de decisão célere e negociada.

Finalmente, e não menos fundamental, é preciso dar segurança jurídica aos atos da Administração Pública. Essa segurança deve ser garantida por

86 O controle da administração pública brasileira é, essencialmente, de natureza institucional e incide *a posteriori* sobre os atos administrativos, desempenhado por órgãos cujo foco é o controle da lei pelos órgãos de controle como CGU, TCU, Ministério Público e tribunais. Praticamente não existem mecanismos que privilegiem o controle social efetivo da ação, exercido *ex ante*.

uma base jurídica segura para a formulação, implementação e defesa das políticas públicas; da diminuição do contencioso e do processo de judicialização da ação do Poder Executivo; e da paralisação e reversão do processo de criminalização do gestor público, com a construção de novas bases jurídicas e políticas para a ação pública que favoreçam a obtenção dos resultados esperados pela sociedade.

Ampliar a capacidade de regulação estatal exige que se fortaleça a soberania nacional, por meio da internalização cultural e comportamental, junto às forças políticas nacionais, dos princípios do regime democrático estabelecido pela Constituição de 1988, com a garantia da independência e da articulação dos Poderes estatais; o equilíbrio da coordenação política com a autonomia político-administrativa dos entes federados e, especialmente, o investimento na cidadania, nos instrumentos de representação democrática e de participação social direta.

1.2 ORIENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- O Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado, por ele nomeados e exonerados.
- Compete privativamente ao presidente da República, na forma do art. 84 da Constituição, exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal e dispor sobre a sua organização e o funcionamento, na conformidade dos preceitos legais.
- As medidas de organização e funcionamento da Administração Pública Federal que não impliquem aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos e entidades administrativas serão estabelecidas por decreto do presidente da República, conforme art. 84, inciso VI da Constituição, em especial as seguintes:
 - a.** estrutura interna dos órgãos do Poder Executivo, observada a estrutura básica prevista em lei;
 - b.** estrutura básica das entidades administrativas de direito público;
 - c.** desmembramento, concentração, deslocamento ou realocação de competências de órgãos da administração direta, observadas as suas áreas de competências fixadas na lei;
 - d.** remanejamento e alteração da denominação de órgãos da administração direta;

- e.** extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
 - f.** redistribuição de cargos, empregos e funções entre órgãos e entidades da administração direta e indireta;
 - g.** provimento e extinção de cargos públicos federais, na forma da lei (Constituição Federal, art. 84 XXV);
 - h.** as competências do Presidente da República poderão ser delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, observados os limites traçados nas respectivas delegações (Constituição Federal, art. 84, parágrafo único);
 - i.** somente por lei de iniciativa privativa do presidente da República poderá ocorrer:
 - a.** a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
 - b.** a criação e extinção de ministérios e órgãos da administração direta e de entidades administrativas integrantes da administração indireta.
- A lei que criar entidade administrativa de direito público ou autorizar a criação da entidade administrativa de direito privado disporá sobre sua finalidade e competências, sua estrutura básica, seu patrimônio e suas receitas;
 - A Administração Pública Federal compreende a Administração Direta da União e a administração indireta;
 - Compete aos ministros de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na sua área de competência, inclusive no que se refere à expedição de instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (Constituição Federal, art. 87);
 - Na forma do art. 70 da Constituição Federal, os órgãos e entidades da administração direta e indireta sujeitam-se ao sistema de controle interno do Poder Executivo e à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, exercida pelo Poder Legislativo;
 - No exercício do controle externo, o Poder Legislativo deve ser auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos do disposto no art. 71 da Constituição.

- A União é pessoa jurídica de direito público interno e natureza político-administrativa;
- A administração direta da União é composta por órgãos administrativos, subordinados à Presidência da República, sem personalidade jurídica própria e organizados com base na hierarquia e na desconcentração.

2. GRADIENTE DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 APRESENTAÇÃO⁸⁷

O gradiente das formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública é um modelo de organização sistêmica das formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública Brasileira, representado graficamente, em um *continuum*.⁸⁸

Consiste em um modelo de análise taxonômica das formas de exercício das funções executivas do Estado,⁸⁹ na regulação social e da economia.⁹⁰ Essas formas são representadas em um espaço cartesiano, dispostas com base no nível de responsabilidade, de participação e de investimento diretos da Administração Pública e dos agentes sociais e de mercado na

87 O texto deste Capítulo foi extraído do artigo *Nuevos arreglos institucionales para la gestión pública democrática en Brasil*, de autoria de Valéria A. B. Salgado e Sabado Girardi, publicado na **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, Caracas, n. 50, jun. 2011.

88 A lógica de classificação e representação gráfica dos setores de atuação do Estado utilizada no gradiente assemelha-se à aplicada na Reforma Administrativa de 1995.

89 À luz da Constituição Brasileira, compete ao Estado manter a ordem social e a ordem econômica, no país, por meio do exercício de suas múltiplas funções – a função política, a função fiscalizadora, a função jurisdicional e a função executiva, dentre outras. A função executiva é exercida, essencialmente pelo Poder Executivo, diretamente, por meio dos órgãos e entidades públicos que compõe o aparelho estatal indiretamente, mediante relações de colaboração com entidades da sociedade civil sem fins lucrativos e de contratação com entidades de mercado.

90 A Constituição Federal Brasileira (art. 3º) dispõe que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia da ordem social – por meio da construção de uma sociedade livre, justa, igualitária, livre da pobreza e da marginalização – e a garantia da ordem econômica, de forma a promover o desenvolvimento nacional. A atuação estatal para garantia da ordem econômica está disciplinada pelos arts. 170 a 192 da Constituição. Já a atuação do Estado na ordem social está disciplinada pelos arts. 193 a 232.

garantia da ordem econômica e da ordem social, implícito no estatuto jurídico de cada uma delas.

A representação gráfica do gradiente utiliza-se de dois eixos cartesianos. O eixo das abscissas (eixo X) classifica a ação executiva estatal pelo setor de atuação, sendo que, por convenção, posicionou-se o setor social à direita e o setor econômico, à esquerda (figura 1). O eixo das ordenadas (eixo Y) separa a atuação executiva direta e a indireta do Estado, tendo-se convencionado que, o polo superior representa a ação direta da administração pública e o polo inferior contempla as formas de participação da sociedade e do mercado na implementação das políticas sociais e econômicas.

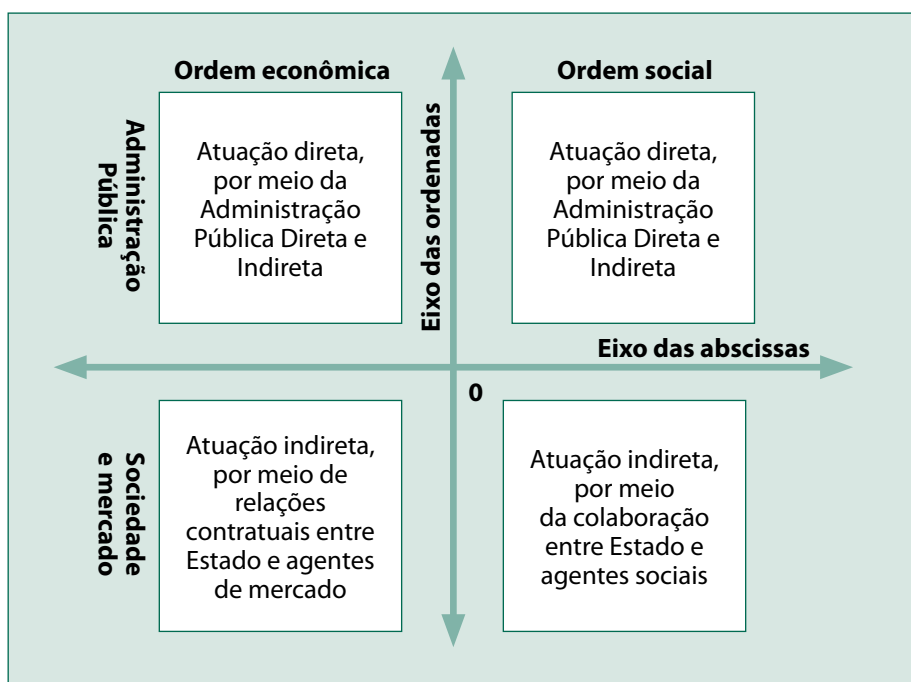


Figura 1
Atuação do Estado para garantir a Ordem Econômica e a Ordem Social

2.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE AÇÃO DIRETA E INDIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para uma melhor compreensão do gradiente das formas jurídico-institucionais, é importante discutir alguns conceitos. O primeiro deles é a diferenciação

da ação pública direta e indireta. O Poder Executivo atua diretamente para regular a ordem social e econômica do país quando essa atuação é realizada por meio de suas estruturas estatais – ou seja, pela sua Administração Pública Direta e Indireta. Essas estruturas são criadas e extintas por lei ou mediante autorização legal específica. Apenas o comando legal pode descentralizar ou autorizar a descentralização da competência executiva do presidente da República e ministros de Estado (Administração Direta) para uma entidade pública com personalidade própria – seja de direito público ou privado.

Os órgãos da Administração Direta e as entidades da Administração Indireta, regidos pelo direito público, são instituídos diretamente pela lei. Já as entidades públicas de direito privado, como a empresa e a fundação estatal, são criadas e extintas a partir de uma autorização legal específica concedida ao Poder Executivo para que esse as crie ou extinga mediante o cumprimento de ritos do Código Civil aplicáveis às entidades privadas.

Somente quando atua diretamente, o Poder Executivo exerce atividades públicas ou presta serviços públicos. Ou melhor, o exercício de competências públicas e, por extensão, a prestação de serviços públicos é uma exclusividade da Administração Pública. É bom frisar: em princípio, só a Administração Pública Direta e Indireta exercem competências públicas. Quando o particular estabelece parceria com o Estado ou é por ele contratado, ele exerce atividade de interesse público e não uma atividade delegada.⁹¹

A atuação direta do Poder Executivo pressupõe, portanto, que a instituição executora da atividade seja pública – com direito de propriedade público, o que implica patrimônio, governança e força de trabalho vocacionados e direcionados exclusivamente para a realização dos objetivos públicos. Quando o direito de propriedade é público, a direção institucional, a supervisão e o controle da instituição são exercidos pelo Poder Público, sem interferência de terceiros, seja um órgão da Administração Direta, uma autarquia, uma fundação ou uma empresa pública.

A exceção à regra é a empresa estatal instituída como sociedade de economia mista, na qual é possível haver a participação de pessoa física ou jurídica de origem privada, detentora de ações, embora o direito de propriedade

91 A Constituição Federal estabelece, no art. 175, que só é possível delegação de competência pública a uma entidade privada por meio da concessão e permissão, regulamentadas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Nos demais casos, somente será serviço público se for prestado por pessoa jurídica estatal, de direito público ou privado, investida pela lei da competência e dos poderes estatais.

seja majoritariamente público. Nesse caso, o sistema de governança da empresa deve garantir o controle acionário do Poder Público, mas há também a participação dos acionistas privados, que atuam em defesa de seus próprios interesses, que podem ou não convergir com o interesse público.

A ação indireta do Poder Executivo na regulação da área social ou econômica ocorre quando esse estabelece relações contratuais ou de colaboração com agentes sociais ou de mercado. Nesse caso, não há descentralização de competências públicas nem delegação de poderes para o particular.

O estabelecimento de relações negociais ou de parceria com particulares é uma estratégia que pode ser adotada pelo Poder Público sempre que a aquisição de serviços ou produtos de terceiros ou a atuação cooperativa com particulares for, justificadamente, mais adequada, eficaz ou eficiente para o interesse público do que a atuação direta do órgão ou entidade da Administração Pública. A decisão sobre a celebração ou não dessas relações é do próprio Poder Executivo, sem necessidade de uma autorização legal específica, devendo, sempre, ser motivada.

O vínculo entre o Poder Público e as entidades civis com ou sem fins lucrativos tem, normalmente, natureza infralegal, sendo formalizado por meio de instrumento contratual ou convencional – contrato administrativo, contrato de gestão, termo de parceria, convênio, dentre outros – que estabelece as bases do vínculo entre os signatários, especialmente suas responsabilidades, obrigações e transferências do Poder Público para as entidades contratadas e/ou parceiras. Há casos específicos em que o vínculo de cooperação se estabelece por determinação legal. Nesses casos, diz-se que os vínculos têm natureza paraestatal.

2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVIDADE PRIVATIVA, NÃO PRIVATIVA E DE INTERESSE PÚBLICO

Outra diferenciação importante de ser feita, para um entendimento mais correto do gradiente é a que existe entre os conceitos de atividade pública privativa e não privativa e atividade de interesse público.

Atividades públicas privativas estão relacionadas ao exercício das prerrogativas decisórias, normativas e executivas específicas que a Constituição e a lei concederam às estruturas do aparelho do estado, o que as distingue das demais instituições do sistema político nacional. São essas prerrogativas: o poder de definir as condições e as estratégias para a implantação das

políticas públicas (direção superior); de arrecadar, gerir e aplicar os recursos públicos; de exercer a fiscalização e o controle legal das atividades da administração e, especialmente, do uso correto dos recursos públicos; de, na forma da lei, fiscalizar e aplicar sanções ou punições em agentes públicos e privados quando constatadas irregularidades; de outorgar títulos a pessoas jurídicas ou físicas, geradores de direitos ou deveres; de regular a atuação de agentes públicos e privados, impondo-lhes os limites estabelecidos pela lei, que atendam ao interesse público, inclusive no que tange à restrição de liberdade; dentre outras.

Todas essas competências (e seus respectivos poderes) têm a comunidade, a sociedade em geral, como destinatária e beneficiária final. São competências que não visam beneficiar, isoladamente, determinado cidadão ou entidade civil, ainda que esses possam ser, em muitos casos, os sujeitos da atividade estatal de natureza privativa. Seu objetivo principal é assegurar o equilíbrio democrático e social. Atuam, portanto, na dimensão coletiva e não na dimensão individual.

As atividades privativas, sejam as de concepção de política pública; de direção de políticas; coordenação em alto nível; regulamentação ou fiscalização, são exercidas em ambientes caracterizados pelo confronto de interesses e pelo embate de forças políticas que produzem efeitos sobre os sistemas públicos, de forma generalizada, o que torna da mais alta relevância o controle da conformidade dos atos dos agentes públicos em relação aos requisitos a eles impostos pela Constituição e pela Lei e consubstanciados em seu código de ética.

Nas áreas que lhe são privativas, a atuação estatal distingue-se pelo alto grau de discricionariedade e de amplitude das decisões e dos atos administrativos, razão porque, nelas, prepondera o controle da qualidade do ato sobre o controle dos seus resultados (finalístico), não raramente de difícil aferição e visíveis apenas a longo prazo. Pode-se citar, como exemplo, o processo de fiscalização, em que a importância do alinhamento da conduta do agente público aos princípios constitucionais da Administração e aos dispositivos legais que regulamentam a atividade predomina sobre os efeitos imediatos e isolados de sua atuação. A ação do agente público representa a garantia da vigilância pública sobre os atos de particulares ou de outros agentes públicos. O fiscal, em exercício, materializa a própria atuação do Estado e a sua postura afeta diretamente o grau de confiança e de respeito do cidadão nesse Estado e, por consequência, a legitimidade da instituição a que pertence perante a

sociedade.⁹² O mesmo ocorre nos processos de formulação, regulação, coordenação e avaliação de políticas públicas e de direção da Administração Pública, em que a capacidade do gestor de agir de forma legal, impessoal, moral, transparente e alinhada aos princípios democráticos prevalece sobre a avaliação dos efeitos diretos de suas decisões.

Em oposição, as atividades públicas não privativas estão, normalmente, relacionadas à efetivação dos deveres impostos ao Estado, pela Constituição e pela lei, de provimento direto de benefícios sociais aos cidadãos, que atendam às suas necessidades e direitos individuais, ou de exploração direta de atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. São atividades passíveis de serem desenvolvidas pelo particular, seja com o objetivo de filantropia, seja com fins econômicos, em caráter complementar ou concorrente.

Dentre as atividades não privativas de estado há um subgrupo com especificidades importantes. Trata-se da modalidade de atuação estatal de prestação de serviços diretos à população ou às suas instituições em áreas que a Constituição ou a lei previram a atuação exclusiva do Poder Público, em regime de monopólio estatal. A exclusividade de atuação assegurada ao estado não decorre da natureza das atividades a serem desempenhadas e sim do reconhecimento político do Parlamento do caráter estratégico dessas áreas à manutenção da soberania estatal; da segurança das instituições públicas ou do equilíbrio de mercado. Sendo assim, embora exclusivas de estado, essas atividades não são privativas, porque não implicam o exercício dos poderes regulatórios e de coerção próprios do estado.

Nas áreas não privativas, especialmente a social, a atividade pública é eminentemente executiva, e se efetiva na relação direta e individual entre o agente público e o usuário do serviço, no objetivo de prover um direito, uma necessidade específica desse usuário. Sua execução, geralmente, se dá em conformidade com a política pública setorial e com normas operacionais previamente definidas, fora dos ambientes de decisão superior da Administração. A prestação de serviços pode ser avaliada objetivamente quanto à sua conformidade com os padrões públicos para ela estabelecido e quanto aos seus

92 Pode-se dizer que, em um processo de fiscalização, por exemplo, é mais relevante para a avaliação da política pública controlar a conduta do agente, especialmente da conformidade com a Constituição, com a lei e com a norma, do que avaliar os resultados de ordem financeira ou da alteração na conduta do fiscalizado, sobre os quais podem incidir outros fatores que fogem à governabilidade do processo.

resultados, podendo, nesse processo, haver a co-participação do destinatário direto da ação pública nessa avaliação (controle social).

Sendo assim, enquanto na área das atividades de direção e controle, próprias do Estado, o foco está na conformidade da ação estatal em relação ao código de ética, aos princípios, valores e procedimentos traçados para a Administração, nas atividades não privativas, esse contexto muda – a natureza das atividades é diferente, os resultados são distintos e os controles também. Nelas, a qualidade dos resultados alcançados prepondera sobre a forma de prestação do serviço ou atividade. Importa, em primeiro lugar, atender ao usuário, resolver o problema o cidadão que está frente a frente, com o prestador de serviço. Seja esse usuário um cidadão ou uma instituição, é fundamental que o prestador de serviços tenha os instrumentos e a capacidade de atender à demanda do seu interlocutor, observados os padrões públicos estabelecidos para aquele serviço.

Tanto no atendimento público prestado por um hospital, quanto na relação professor-aluno de uma escola pública, o mais importante é a qualidade da relação que se estabelece entre Estado-cidadão e a capacidade de resolução. Os resultados dos serviços, tanto no que se refere aos acertos quanto aos erros, às eventuais falhas na prestação do serviço, serão localizados e individuais, não gerando impacto para todo o sistema. Nesse campo de atuação, há mais condições de serem gerados indicadores de desempenhos e de resultados para avaliação do serviço que no das atividades privativas. É possível avaliar se o serviço foi ou não adequado, se atendeu ou não à demanda e/ou à expectativa do usuário. E, por isso, bem menos relevante controlar, pela norma, o ato do agente público, o qual será avaliado pelos resultados de seus atos. Nessas áreas, em virtude de o controle do resultado preponderar sobre o controle legal e normativo, o regime administrativo poderá ser mais flexível.

A possibilidade de avaliar resultados conduz à necessidade de conjugar controles institucionais e de resultados e de introduzir, também, o controle social.

Por isso, a revisão das formas de atuação da Administração Pública está condicionada à revisão do atual ordenamento jurídico pátrio, que estabelece os regimes administrativos dos órgãos e das entidades públicos, com vistas à adequação desses regimes administrativos a cada tipo de atividade estatal.

Nas atividades privativas de direção da máquina pública e de concepção de políticas, é muito difícil e oneroso controlar a Administração Pública pelos resultados de sua atuação. O impacto das políticas públicas e das atividades de direção somente são visíveis a médio e longo prazo. Além disso,

o conhecimento e a aplicação de métodos e instrumentos que permitam a avaliação de impacto de políticas é ainda um desafio a ser alcançado pela Administração Pública Brasileira. Por isso, é tão relevante controlar o ato do administrador e dos agentes públicos, especialmente porque eles se dão, em regra, em espaços de alto teor de discricionariedade.

Nas áreas de prestações de serviços não privativos, em que é possível avaliar o resultado individual e localizado da ação estatal, o regime aplicável aos órgãos e entidades deve considerar essa possibilidade e prever mecanismos que privilegiem o controle de resultados, com participação dos cidadãos.

Por fim, é muito importante ter clara a diferença entre a atividade ou serviço não privativo prestado diretamente pelo Poder Público e as atividades ou serviços de interesse público, prestados por particulares. Há diferenças entre o serviço público prestado por um hospital público e o prestado por uma entidade civil?

A atividade estatal não privativa é dever do Estado, estabelecido pela Constituição. Por ser estatal, por ser exercida por uma entidade da Administração Pública Indireta, está sujeita às obrigações e responsabilidades estatais definidas na Constituição e no ordenamento legal e infralegal. Sujeita-se, portanto, ao direito público, devendo observar os princípios da supremacia do interesse público, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da transparência e da eficiência. Essa observância mostra-se inerente à atividade, por ser estatal. Em alguns setores, a Constituição impõe ainda a laicidade, o respeito às diferenças, a gratuidade, entre outros. As atividades estatais não privativas são então exercidas por dever, por pessoa jurídica pública, e suas responsabilidades são integralmente públicas. Quanto ao seu funcionamento, rege-se, parcialmente, por regras do direito privado. É o caso das empresas estatais, que detêm responsabilidades públicas, mas são regidas por algumas regras do direito privado.

As atividades de interesse público são realizadas pelo particular que, por força do artigo 5º da Constituição Federal, sujeitam-se apenas ao que for expressamente determinado pela lei. Quando o particular atua, por exemplo, na área social, o faz, normalmente, por uma motivação de filantropia, de caridade, com ânimo de ajudar, diferentemente do setor público, no qual o que vigora é o dever.

Sendo assim, as parcerias que se estabelecem entre o Poder Público e entidades privadas, instituídas por particulares, não têm força para transmitir o dever da Administração pública para o terceiro, movido pelo espírito filantrópico. O contrato estabelece as obrigações mútuas e, nesse caso, o particular,

por sua livre e espontânea vontade, submete-se a requisitos contratuais propostos pelo Poder Público, tais como a laicidade e o respeito às diferenças. É bom notar que um hospital privado não precisa ser laico e existem vários nosocômios, como os filantrópicos que possuem orientação religiosa. A orientação religiosa do particular é livre. O Estado, no entanto é laico e seus órgãos e entidades também devem sê-lo.

2.4 ELEMENTOS UTILIZADOS NA DEFINIÇÃO DO GRADIENTE DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS

Na construção do Gradiente ou *continuum* de formas jurídico-institucionais foram utilizados dois critérios principais: o grau de razão pública da ação estatal e a área de intervenção – econômica ou social.

Quanto ao primeiro critério, convencionou-se que o polo superior do eixo das ordenadas corresponderia ao maior grau de razão pública e o polo inferior corresponderia ao menor grau de razão pública e, por conseguinte, ao maior grau de razão privada. Dessa forma, no ápice do eixo das ordenadas estão representadas as estruturas da Administração Pública Direta, responsáveis pelas competências privativas de natureza político-estratégica, as quais o presidente da República decidiu manter próximas a si, submetidas ao seu poder e controle político diretos. Essas são estruturas eminentemente de coordenação política do chefe do Executivo, cujo direito de propriedade; formas de governança e força de trabalho são exclusivamente públicos. A Administração Direta concentra o maior nível de controle político formal do Presidente – o controle sobre a burocracia é direto e hierárquico. O controle democrático é exercido pelo sufrágio e por representação – no seu mais alto nível de representatividade, ou seja, pelo Parlamento e a ação executiva do Estado está imbuída do maior grau do poder delegado ao Executivo.

Em oposição, no polo inferior do gradiente, em que se arbitrou representar o ponto de menor nível de razão pública⁹³ e maior razão privada, estão

93 O conceito de razão é tomado de John Rawls (1993) e se refere à maneira que todo agente razoável e racional (desde um indivíduo, passando por uma associação ou uma organização pública) tem de formular seus planos, organizar seus objetivos numa ordem de prioridades e tomar decisões de acordo. Para ele, a razão pública, é pública em três maneiras: como razão dos cidadãos como tal, vale dizer como razão do público, (i) seu objeto é o bem do público e questões fundamentais de justiça; (ii) sua natureza e conteúdo são públicos; e (iii) é conduzida abertamente dentro dessa visão.

representadas as formas correspondentes à livre atuação da iniciativa privada na promoção de seus próprios interesses ou de interesses públicos, esses últimos motivados pelo espírito de filantropia e/ou pela indução do Poder Público. Nesse polo, as estruturas são exclusivamente privadas e há pouca incidência do controle formal. É o *locus*, em que se encontram os maiores gradientes de livre controle do mercado e de controle social direto, exercido pelos cidadãos e suas instituições pelos meios privados de ativismo político.

Relativamente ao segundo critério aplicado na estruturação do gradiente, também por convenção, tem-se o espaço de intervenção estatal direta ou indireta na ordem econômica representado pelos quadrantes superior e inferior à esquerda do ponto zero do eixo das abscissas. A intervenção estatal na ordem social corresponde ao lado direito do ponto zero do eixo. Os formatos jurídicos passíveis de serem utilizados para a intervenção na ordem econômica ou na ordem social, conforme o caso estão apostos justamente ao centro do eixo das abscissas (ponto zero), para indicar que podem ser utilizados em ambas as áreas.

Com base nesses dois critérios, a distribuição, no Gradiente, das diversas formas jurídico-institucionais e de relacionamento público-privado previstas no Direito Administrativo Brasileiro considerou os principais aspectos estatutários definidores de cada uma das figuras e modelos de relacionamento, particularmente os seguintes:

- a. natureza das suas finalidades;
- b. natureza do ente instituidor;
- c. direito de propriedade;
- d. forma de governança;
- e. formas de financiamento;
- f. regime jurídico aplicável;
- g. formas de controle.

2.4.1 Quanto à natureza da finalidade estatutária

A análise da finalidade da atuação estatal é o aspecto mais importante para a determinação do posicionamento das formas de atuação estatal no gradiente. As atividades eminentemente estatais, privativas de Estado e do chefe do Poder Executivo, auxiliado por seus ministros de Estado, como as atividades de direção superior, devem ser executadas pela administração direta

e se localizam no polo superior do *continuum*, que corresponde ao grau máximo de razão pública. As finalidades com menos razão pública, mais próprias de serem executadas por agentes privados, situam-se mais próximas do polo inferior do *continuum*.

Axioma: Quanto mais acima no eixo das ordenadas estiver posicionada a forma de atuação do Estado, mais própria ela será para exercer atividade direta e privativa de Estado. Quanto mais abaixo, no eixo, estiver a forma de atuação, mais indireta e mais privada será a atividade.

2.4.2 Quanto à natureza do ente instituidor

Quanto mais direta e exclusiva for a participação do Poder Público na criação da instituição, mais razão pública terá a sua forma jurídico-institucional. Quanto menor a participação do Poder Público como instituidor – ou seja, quando esse dividir a responsabilidade da instituição com outros entes privados –, menor o índice de razão pública. Assim, os órgãos e entidades instituídos diretamente pelo Parlamento (por lei) têm maior índice de razão pública do que as entidades instituídas pelo Poder Executivo, por autorização legal. Essas têm maior índice de razão pública do que aquelas instituídas pelo Poder Executivo em conjunto com o particular, mediante autorização legal específica. No polo de menor razão pública, vão estar localizadas as entidades instituídas exclusivamente por particulares, que mantêm vínculos eventuais de cooperação ou contratação com o Poder Público ou se beneficiam de incentivos fiscais concedidos pelo Governo, em função de sua atuação.

Axioma: quanto mais acima, no eixo das ordenadas, posicionar-se a forma de atuação do Estado, mais fortes serão seus marcos constitutivos e mais forte a sua ligação com o Poder Público. Quanto mais abaixo, no eixo, mais flexíveis serão seus marcos constitutivos e mais participação de agentes privados na sua constituição.

2.4.3 Direito de propriedade

Por direito de propriedade, entende-se o direito de indivíduos ou instituições de controlarem o acesso a recursos ou ativos de que são titulares. O proprietário tem, sobre sua propriedade, o direito de uso, gozo e disposição, entendidos o direito de uso como o de extrair da coisa todos os benefícios

ou vantagens que ela puder prestar, sem alterar-lhe a substância; o direito de gozo, como o de fazer a coisa frutificar e recolher todos os seus frutos e o direito de disposição, como o de consumir a coisa, gravá-la com ônus, aliená-la ou submetê-la a serviço de outrem.

Na Administração Pública, o direito de propriedade estatal implica que tanto os bens são públicos, como também o seu gerenciamento, e devem ser aplicados exclusivamente na promoção do interesse público.

Assim, quando o direito de propriedade é público, há total submissão do uso desse direito à consecução de objetivos de interesses públicos legítimos, sem especial consideração de quaisquer interesses privados. O controle do exercício da propriedade do bem público abrange não apenas a sua utilização dentro da finalidade a que foi destinado, como a sua não utilização, e a sua eventual disposição, ou seja, sua transferência do âmbito público para o âmbito privado, por meio da chamada privatização (TEPEDINO, 2005).

Quando o direito de propriedade é privado, embora não seja ele absoluto,⁹⁴ a destinação do bem respeita aos interesses particulares de seu proprietário que pode, em alguns casos, serem também de interesse público.

Quanto ao direito de propriedade, as formas de atuação estatal distribuem-se no eixo das ordenadas, do polo superior (mais alto grau de propriedade pública) para o polo inferior (mais alto grau de propriedade privada)

Em todos os formatos jurídico-institucionais da Administração Pública (quadrantes superiores do gradiente) o direito de propriedade é majoritariamente público e, portanto, deve ser aplicado na consecução das finalidades

94 Tepedino (2005) registra que a Constituição Federal de 1988 estabelece que o direito de propriedade, assegurado em seu art. 5º, XXIX, não é um direito absoluto, uma vez que o proprietário tem de dar uma função social à propriedade, conforme seu art. 5º, XXIII. Em sua opinião, com esse dispositivo, a Carta Magna ratifica a opção pelo regime democrático e veda a absolutização do direito de propriedade privado, subordinando os direitos individuais aos direitos coletivos. Não só a propriedade pública, mas também a privada deve servir à finalidade pública social, ainda que em graus e dimensões diversas. Conforme Tepedino, “a noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais. Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social”. TEPEDINO, Gustavo & SCHREBER, Anderson (2005), A garantia da propriedade no direito brasileiro. Trabalho apresentado sob o título La garantie de lapropriété dans edroit brésilien, nas Journées Vietnamiennes da Association Henri Capitantdes Amis de la Culture Juridique Française, realizadas na cidade de Hanoi, no período de 17 a 21 de novembro de 2003.

e objetivos públicos. Na Administração Direta, nas autarquias, nas fundações e nas empresas públicas, o direito de propriedade é exclusivamente público e deve ser direcionado essencialmente para o cumprimento de finalidades e objetivos públicos.

Na empresa estatal constituída como sociedade de economia mista, há a presença minoritária do capital privado e, portanto, a preocupação subsidiária de atender ao interesse individual e privado do acionista, ainda que a diretriz predominante seja a de atender ao interesse público, que caracteriza o interesse do maior acionista (o Estado).

Nas entidades privadas que mantêm relacionamento com o Poder Público, o grau de comprometimento do patrimônio com a consecução dos interesses públicos é mitigado pelos interesses específicos das pessoas jurídicas ou físicas que detêm o direito de propriedade.

Tem-se, portanto, que as formas jurídico-institucionais situadas nos quadrantes superiores do gradiente caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade público, enquanto as que se situam abaixo do eixo das abscissas caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade privado, em que os resultados da atividade institucional – novas receitas, incorporação ao patrimônio, assim como dívidas e prejuízos – se revertem ao particular.

Axioma: Quanto mais acima, no eixo das ordenadas estiver posicionada a forma de atuação do Estado, mais o direito de propriedade será exclusivamente público. Quanto mais abaixo, no eixo, mais o direito de propriedade será exclusivamente privado.

2.4.4 Sistema de governança

Quanto mais próximo do chefe do Poder Executivo estiver o órgão ou a entidade pública, na estrutura organizacional, mais simples será o seu sistema de governança, que tenderá a ser singular, exercido por autoridades alinhadas de forma hierárquica. Esta estrutura decorre, exatamente, da proximidade do poder político original exercido pelo governante, que é o único servidor público eleito diretamente pelos cidadãos e submetido, diretamente, ao controle político da sociedade. Assim, é necessário que as estruturas organizacionais a ele diretamente subordinadas, responsáveis por funções estatais privativas que implicam o uso de poderes de autoridade,

estejam diretamente comprometidas com a sua direção superior, sem outras interferências externas.

Nas formas descentralizadas de exercício de competências e poderes privativos de Estado, é possível encontrar formas colegiadas de governança, compostas, exclusivamente, por autoridades públicas, como forma de mitigar, entre eles, o poder excessivo concedido à entidade descentralizada, como no caso das autarquias com funções de regulação de mercado.

Já nos formatos jurídicos de prestação direta de serviços públicos sociais ou de mercado, já um pouco mais distanciados da direção e controle diretos do chefe do Poder Executivo, podem ser encontradas formas colegiadas de governança mais criativas e abertas à participação externa – de representantes das partes interessadas e das forças políticas sociais e de mercado que incidem sobre o setor de serviços estatais.

Logo abaixo do ponto zero do eixo das ordenadas, na zona das parcerias entre setor público e privado, tem-se os sistemas de governança colegiada, regido pelo modelo das associações civis, constituídos por atores privados, com participação minoritária de representantes da Administração Pública, esses, com a intenção de influir na orientação estratégica dessas entidades híbridas, em direção ao atendimento do interesse público.

Finalmente, à medida que se desce, dentro dos quadrantes inferiores do gradiente, em direção às suas extremidades inferiores, a influência política direta do chefe do Poder Executivo sobre a governança das entidades parceiras ou contratadas torna-se cada vez mais mitigada por forças privadas, que intervêm e concorrem na determinação das prioridades e estratégias adotadas pela entidade.

Tem-se, portanto, que as formas jurídico-institucionais situadas nos quadrantes superiores do gradiente caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade público, enquanto as que se situam abaixo do eixo das abscissas caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade privado, em que os resultados da atividade institucional – novas receitas, incorporação ao patrimônio, assim como dívidas e prejuízos – se revertem ao particular.

Axioma: quanto mais acima, no eixo das ordenadas, posicionar-se a forma de atuação do Estado, maior será a natureza pública do direito de propriedade. Quanto mais abaixo, no eixo, mais privado será o direito de propriedade.

2.4.5 Formas de Financiamento

Outra dimensão importante na definição da forma de atuação estatal refere-se às fontes de financiamento da ação direta ou indireta do Poder Público. As instituições responsáveis por competências privativas de estado e, portanto, essencialmente públicas, são financiadas diretamente por recursos do orçamento público, previstos em lei orçamentária anual. Já as formas jurídicas de atuação do estado, executoras de atividades passíveis de serem exercidas por particulares e cujo direito de propriedade for mais privado e menos estatal, menor será o comprometimento direto dos recursos do Orçamento Público com o financiamento de suas atividades. De fato, as entidades estatais que não integram a Lei Orçamentária Anual (LOA) como unidade orçamentária podem ser beneficiárias de transferências de recursos, previstos ou não na LOA e devem ser financiadas por fontes alternativas oriundas, por exemplo, de receitas próprias oriundas de serviços por elas prestadas.

As entidades civis com vínculos paraestatais, normalmente, têm assegurados recursos fiscais ou parafiscais para seu financiamento, mediante transferência do Poder Público.

As entidades parceiras ou contratadas, situadas abaixo do ponto zero do eixo das ordenadas, relacionam-se com o Poder Público por meio de instrumentos contratuais ou conveniais e devem dispor, necessariamente, de recursos próprios para o financiamento de suas atividades e não dependerem, exclusivamente, do fomento público.

Axioma: quanto mais acima, no eixo das ordenadas, posicionar-se a forma de atuação do Estado, mais o financiamento será direto e exclusivamente público. Quanto mais abaixo, no eixo, mais a fonte de financiamento será exclusivamente privada.

2.4.6 Regime Jurídico

O regime jurídico que incide sobre a ação estatal assume contornos diferenciados em razão da natureza da competência e poderes públicos que estão sendo exercidos e da natureza da entidade executora – seja no que concerne ao direito de propriedade; à natureza do seu sistema de liderança e às suas fontes de financiamento.

O regime jurídico será exclusivamente de direito público, quando as competências exercidas forem privativas de Estado, o direito de propriedade

for exclusivamente público; a estrutura de governança for pública e as fontes de financiamento forem diretas do orçamento público, asseguradas em lei. Ou seja, quanto mais superior, no eixo das ordenadas, localizar-se a forma de atuação estatal, mais o regime jurídico será essencialmente público.

O regime jurídico será exclusivamente de direito privado, quando as competências exercidas pela entidade forem privativas de Estado. Nesse caso, o direito de propriedade será exclusivamente estatal. Quando as finalidades da instituição atenderem a objetivos privados, ainda que de interesse público, o regime jurídico tenderá a ser exclusivamente privado. Ou seja, quanto mais abaixo, no eixo das ordenadas, localizar-se a forma de atuação estatal, mais o regime jurídico será essencialmente privado.

Quanto ao regime jurídico, é interessante destacar que, na região *borderline* do gradiente, tem-se os regimes híbridos: a) de direito público, com regras administrativas de direito privado (no caso da Administração Indireta); e b) de direito privado, com regras de direito público impostas pela relação contratual ou convencional estabelecida entre a entidade civil e o Poder Público.

Axioma: quanto mais acima, no eixo das ordenadas, posicionar-se a forma de atuação do Estado, mais incidência do direito público haverá no seu regime de funcionamento. Quanto mais abaixo, no eixo, maior a força do regime de direito privado.

2.4.7 Formas de controle

São vários os controles que incidem sobre os atos do Poder Executivo: o controle político, o controle judicial, o controle social (também de natureza política) e os controles institucionais – controle externo, controle interno e controle primário da Administração Direta.

A incidência do tipo de controle e o grau de sua incidência vão variar em função da competência exercida pelo órgão ou entidade; da natureza dos poderes que lhe foram delegados e de quem exerce os direitos de propriedade sobre ele: origem de seu patrimônio e outros recursos, suas fontes de financiamento e seu sistema de governança.

Axioma: quanto mais acima, no eixo das ordenadas, posicionar-se a forma de atuação do Estado, maior a incidência dos controle institucionais. Quanto mais abaixo, no eixo, maior a incidência do livre controle social ou de mercado.

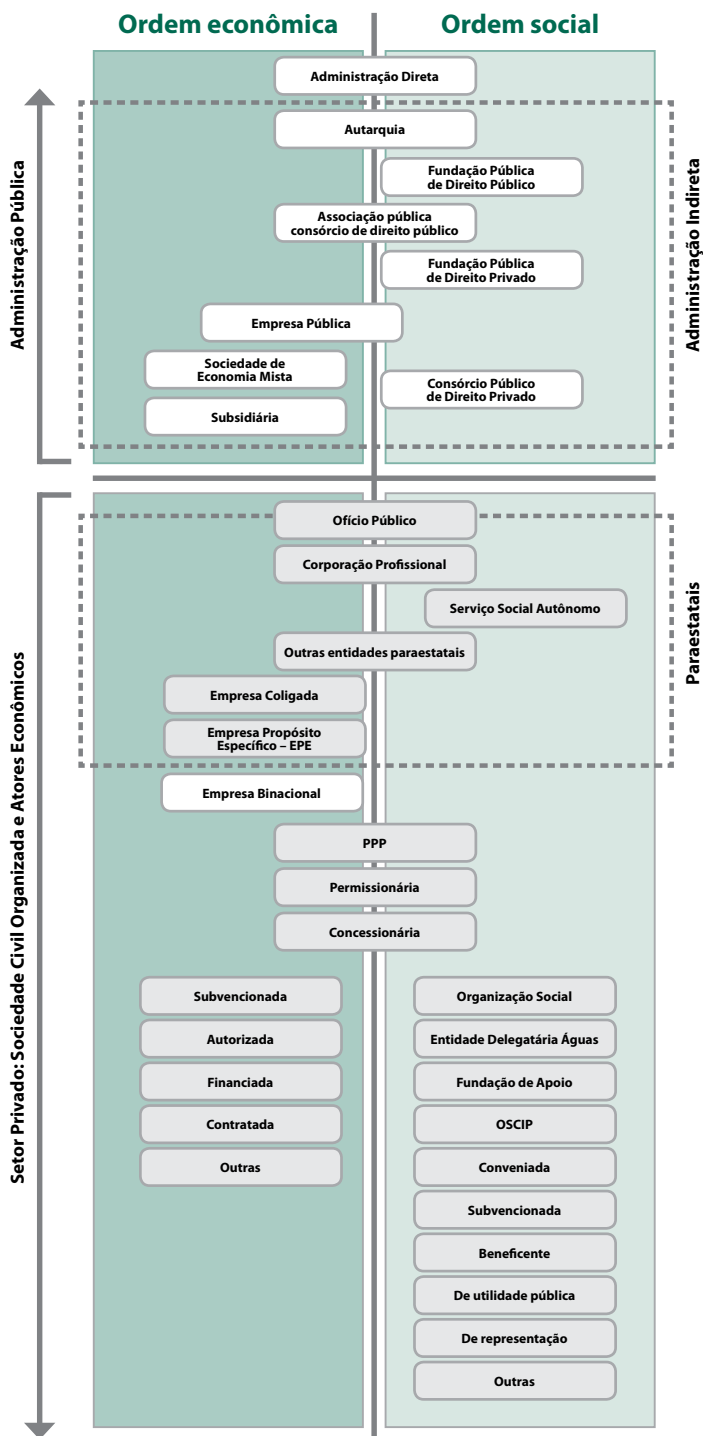


Figura 2

2.5 UMA ABORDAGEM PLURALISTA DE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ordenação sistêmica das formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública Brasileira no *continuum* representado pelo gradiente, a partir de uma orientação empírica, permite duas constatações.

A primeira é a necessidade de rever as bases legais e normativas que sustentam esses institutos e conformam o regime jurídico administrativo que regula a atuação das instituições e agentes estatais, de forma a resolver os atuais problemas de sua fragmentação, superposição e desalinhamento em relação aos dispositivos constitucionais, sob pena de agravar o processo de perda de capacidade estatal de governança e governabilidade, em favor de atores privados nacionais ou de agentes internacionais, que intervêm de forma decisiva na economia e na política interna brasileira, em decorrência do fenômeno da internacionalização da economia.

A segunda constatação é a de que as pessoas jurídicas que integram a Administração Pública são substancialmente diferentes das pessoas jurídicas civis, criadas por particulares, seja pela sua forma de constituição, pelas suas finalidades e compromissos e pelo substrato jurídico.

No direito privado, o surgimento de uma pessoa jurídica dá-se mediante a personalização da união de pessoas para um fim não econômico (associação); da destinação de um patrimônio para a consecução de um fim social (fundação) ou de um capital para o exercício de uma atividade econômica (empresa ou sociedade). Dá-se personalidade jurídica, portanto, à união de pessoas, ao patrimônio ou ao capital e o regime jurídico aplicável à entidade decorrerá, em primeiro lugar, da natureza de sua constituição e, em segundo lugar, de sua finalidade lucrativa ou não lucrativa.

No direito público, por definição primária da Constituição Federal, a criação de uma pessoa jurídica obedece, primordialmente, a uma decisão do chefe do Poder Executivo, o qual, no uso de sua competência privativa de propor leis sobre matérias relativas à criação ou extinção de órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 61 da Constituição) pode, propor ao Congresso Nacional a delegação de competência da União a uma nova pessoa jurídica, mediante descentralização administrativa, por entender que, assim, essa competência poderá ser melhor desempenhada. O mesmo ocorre no âmbito dos estados e municípios.

O surgimento de nova pessoa jurídica, dentro do direito público, decorre, assim, da decisão política do presidente da República, avalizada por decisão

política do Legislativo, de dar maior autonomia administrativa a determinada competência pública, com o objetivo de lhe ampliar a efetividade. É a competência pública que é personalizada e não os recursos postos à sua disposição. A figura jurídica decorre da natureza das competências – privativa e não privativa e da sua área de atuação – se voltada ao desenvolvimento social ou à intervenção na economia.

Outra diferença importante entre as pessoas jurídicas que integram a Administração Pública e as pessoas jurídicas civis, criadas por particulares refere-se ao estatuto jurídico de cada uma. A fundação pública não nasce da personalização de um patrimônio nem tampouco a empresa estatal nasce da personalização de um capital, como ocorre com as entidades civis criadas por particulares. Nasce, ambas, de uma autorização legal específica, que lhes delega competência pública e determina a sua forma de financiamento e os recursos, agentes e patrimônio públicos colocados à sua disposição. A fundação pública, seja de direito público ou privado, difere da fundação privada na sua conceituação, no seu estatuto e nos controles a que se submetem. Sua gestão observará, obrigatoriamente, disposições do direito público impostas na Constituição Federal e suas competências visam, exclusivamente atender ao interesse público.

Exceção a essa regra é a empresa estatal instituída sob a forma de sociedade por ações, que detém parte do capital público e parte privado e que, nesse caso, a orientação exclusiva para a consecução de suas competências públicas serão mitigadas pelos interesses privados concorrentes dos demais acionistas. Esse é um modelo híbrido de atuação estatal – público-privado, embora com predominância da finalidade pública.

2.6 ELEMENTOS DE SUPORTE À DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A decisão de descentralizar competências públicas por meio da criação de entidades públicas na Administração Direta do Poder Executivo, assim como a escolha da figura jurídico-institucional mais adequada para assumir as competências descentralizadas são decisões eminentemente políticas.

Na forma do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal e do seu art. 84, o Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, eleito pelo povo e por ele delegado aos ministros de Estado. Somente a ele, presidente, compete julgar e propor de delegação de competências, mediante

descentralização e a personalidade jurídica que essas irão assumir – medidas que precisam ser convalidadas pelo Parlamento.

Dentre os principais fatores que incidem nessas decisões, podem ser destacados:

- a.** a necessidade de descentralizar o serviço ou a atividade, ou seja, os impactos sociais, econômicos e políticos positivos da descentralização administrativos;
- b.** a capacidade de descentralizar o serviço ou a atividade: a descentralização de uma competência estatal da Administração Direta para a Indireta não deve implicar a perda da capacidade de direção do Poder Público, especialmente no que se refere à formulação das políticas públicas e definição de estratégias; de acompanhamento e monitoramento da ação estatal e de fiscalização dos seus resultados;
- c.** a natureza da atividade, se privativa ou não privativa, se voltada à área econômica ou direcionada a fins sociais e os controles legais e normativos aplicáveis (regime administrativo);
- d.** as forças políticas que possam dar sustentação à proposta do Poder Executivo perante o Poder Legislativo;
- e.** a capacidade de governança e governabilidade do Poder Executivo e os instrumentos disponíveis para que a descentralização de competências não represente perda de controle e de capacidade estatal em prol de interesses privados – ou seja, o risco de captura dos interesses públicos por privados;
- f.** o grau de organização e preparo das forças políticas sociais para o exercício do controle social; ou seja, o nível de cidadania e de representação política das partes interessas nas atividade estatal a ser descentralizada, capaz de exercer influência nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas;
- g.** a capacidade financeira do Poder Público de arcar com os custos da descentralização;
- h.** a capacidade técnica de coordenar e supervisionar a atividade da entidade descentralizada, com foco em resultado.

Esse rol, não exaustivo de fatores a serem considerados na decisão de descentralização, evidencia que não há como determinar um modelo referencial de estruturação da Administração Pública, na linha proposta pela Reforma

Administrativa de 1995.⁹⁵ Alternativas adequadas em um determinado setor ou nível de governo podem ser inaplicáveis em outros setores. Da mesma forma que soluções geradas para responder a necessidades do Governo Federal podem ser inadequadas para estados e municípios e vice-versa.

Partindo do pressuposto de que à Administração Direta cabe exercer todas as competências estatais, quando e como descentralizar são respostas que somente poderão ser dadas no caso a caso, em função das condições políticas, econômicas, culturais de capacidade administrativa do ente federado.

Quando houver capacidade administrativa instalada e ambiente para a adoção do modelo de gestão pública voltada para resultados, formas organizacionais menos rígidas, reguladas por um regime administrativo mais flexível poderão ser utilizadas, conjugadas a controles efetivos de resultados. Nos setores governamentais em que houver capital social suficientemente amadurecido e organizado que garanta qualidade e representatividade ao controle social, poderão ser adotadas formas organizacionais dotadas de sistemas de governança mais participativos, abertos ao controle social. Quanto maior a capacidade de governança e a legitimidade de um governo, maior será a sua capacidade de garantir a supremacia do interesse público nas suas relações de cooperação com agentes sociais e de firmar contratos com agentes de mercado.

Em vez de propor modelos referenciais de organização da macroestrutura do Poder Executivo, é necessário melhor compreender as formas jurídico-institucionais da Administração Pública e os formatos de colaboração e contratação com a sociedade e o mercado, a partir dos institutos jurídicos que sustentam o direito público e que têm suas bases na Constituição Federal.

Passados pouco mais de vinte anos da reconquista do regime democrático, convivem, no território nacional, setores e regiões de limitada inclusão social e política – com traços oligárquicos marcantes, por vezes, característicos de hegemônias políticas fechadas – e setores nos quais pode-se observar a maior participação social e organizações de grupos políticos, em franco processo de democratização.

Um dos desafios centrais para a sociedade brasileira e suas instituições públicas é o de definir a arquitetura estatal e o modelo de governança das políticas públicas que conduzam ao ideal de Estado Democrático de que tratam os arts. 1º e 3º da Constituição. Emergem princípios e valores nacionais e ditados

95 O Plano Diretor da Reforma do Estado dividia a atuação do aparelho estatal em quatro segmentos fundamentais característicos – núcleo estratégico, setor de atividades exclusivas, setor de serviços competitivos e setor de serviços voltados para o mercado – e propunha soluções quanto à personalização dos serviços públicos em cada um desses setores.

pela ordem internacional que devem ser contemplados na construção dos novos padrões de organização e funcionamento para as instituições públicas, tais como a soberania; a legitimidade política; a inclusão social; o *accountability*; o equilíbrio entre poderes; a descentralização; a eficiência, dentre outros.

A construção desses novos padrões precisa considerar, antes de tudo, os diversos papéis que o Estado deve e pode desempenhar na sua intervenção na ordem econômica e na ordem social; papéis que se alteram, de forma dinâmica, a partir do grau de organização e ativismo das forças de mercado e dos grupos de interesse na regulação desses mercados. Além disso, é importante levar em conta os efeitos das tensões entre burocracia e democracia; política e técnica; e autonomia e controle.⁹⁶

96 A intervenção direta do Estado na promoção do desenvolvimento social e econômica é importante para assegurar oportunidades e direitos democráticos essenciais aos cidadãos, especialmente em sociedades como a brasileira, em que ainda há baixos índices de cidadania e de organização política social.

Entretanto, grandes concentrações de poder na área estatal, especialmente nos formatos de atuação direta, podem conduzir a regimes de natureza mais autoritária. Por isso, é fundamental evitar a alta concentração de poder e estimular a formação de poderes secundários, dentro do aparelho do Estado e junto à sociedade, que será mais bem governada se esse poder for repartido equilibradamente e se houver numerosos centros de poder que controlem os órgãos do poder central. A distribuição de poder entre os diferentes atores que fazem parte de uma coletividade política é um dos indicativos de um regime democrático.

Contudo, a tendência antidespótica do pluralismo contemporâneo exprime também uma tendência antiestatal e entende que a intervenção do Estado deva ocorrer apenas nos momentos de extrema necessidade. Embora não se deseje um retorno ao modelo de Estado totalitário é fundamental evitar a fragmentação do poder central pela transferência excessiva de espaços de poder a segmentos não comprometidos com os conceitos e objetivos democráticos da República Brasileira e com as políticas públicas.

Robert Dahl (1997) ensina que: “Uma vez que os próprios mecanismos jurídicos e constitucionais de poder são subvertidos quando alguns cidadãos ou grupos de cidadãos ganham parcelas desproporcionadas de poder em relação a outros cidadãos, o poder potencial de um grupo deve ser controlado pelo poder potencial de outro grupo. Em lugar de um centro singular de poder soberano, devem existir muitos centros, mas nenhum deles deve ou pode ser inteiramente soberano. Na perspectiva do pluralismo norte-americano, o único soberano legítimo é o povo, mas o povo não deve nunca ser um soberano absoluto”.

É importante cuidar para que, na tentativa de romper o domínio inteiramente avassalador do poder público, caia-se na “selvageria” dos poderes privados, e se permita a privatização do público.

Sendo assim, o melhor modo de organizar uma sociedade democrática é fazer com que o sistema político permita aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva, sem perder, no entanto, a capacidade central de exercício de parcela do poder. Uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar totalitarismo. – DAHL, Robert A., (1997), Poliarquia, tradução de Celso Mauro Paciornik, 1.ed., São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2005.

Além disso, as proposições que visem alterar conceitos e comportamentos da burocracia e da sociedade, no sentido da internalização dos valores democráticos, precisam considerar as limitações do modelo de relações políticas vigente, de forma a superá-las gradativamente, ao tempo em que introduzem os novos paradigmas democráticos e pluralistas.

No Brasil, a desarticulação da sociedade e a timidez de seus movimentos reivindicatórios aliada ao descompromisso histórico da burocracia com as demandas sociais tornam central o investimento na abertura de espaços nas estruturas estatais para a participação social, de forma a possibilitar que o jogo democrático possa penetrar dentro do corpo burocrático (ainda que, a curto prazo, isso possa impactar negativamente a agilidade e a eficiência dos processos decisórios!).

E, nesse aspecto, pode-se dizer que um dos equívocos ou lacunas das propostas da Reforma Administrativa de 1995-1988 foi o de não terem visado alterar a relação autocrática Estado-sociedade. Sob a concepção neoliberal do Estado mínimo, as medidas de reforma atingiram negativamente a capacidade de governança e governabilidade estatal ao transferir, para o mercado e para atores sociais, o controle de importantes setores de governo (com as medidas de privatização e de “publicização”), baseadas numa interpretação elitista do conceito de *accountability*. A Reforma de 1995-1998 investiu no fortalecimento do poder de uma elite burocrática, numa tentativa de estabelecer um contraponto à ingerência das forças de mercado dentro da máquina pública, mas esqueceu de investir, igualmente, na profissionalização do resto do corpo burocrático e na abertura dos espaços estatais ao controle social. Passados mais de dez anos, pode-se visualizar em alguns setores estatais, claros sinais do surgimento de uma tecnocracia, muitas vezes travestida de discursos moralizantes e de anticorrupção, dirigidos contra a atividade política, dentro e fora da máquina pública.⁹⁷

Os acertos e os erros do passado, assim com as reflexões possíveis à luz da mediação entre os construtos da teoria marxista e da teoria pluralista permitem concluir que os esforços governamentais e da sociedade brasileira no sentido de implementar um modelo de gestão pública democrática que promova os valores, princípios e objetivos constitucionais devem buscar atingir o

97 A democracia é, por concepção, humana, maculada pelas paixões, pelos confrontos e pelos acordos. Os espaços democráticos devem ser grandes arenas nas quais se digladiem as forças políticas nacionais. Nada mais perigoso, portanto, do que entregar à pretensa serenidade e à isenção dos atores técnicos os espaços decisórios próprios dos atores políticos – esses sim comprometidos com as demandas do mercado e da sociedade e sujeitos ao seu controle político, nas urnas.

ideal constitucional, considerando as reais características do sistema político vigente. A escolha dos formatos jurídico-institucionais de atuação do Estado, em cada setor e unidade política do país deve considerar o grau de maturidade e de equilíbrio das forças políticas e a capacidade estatal de induzir uma estrutura poliarquica de distribuição de poder.

O gradiente de formas jurídico-institucionais pode ser utilizado como uma ferramenta orientadora, uma vez que desnuda os construtos jurídicos do Direito Administrativo, sob a sua dimensão política, e fornece elementos ao gestor público para a escolha da forma jurídico-institucional mais adequada para a atuação estatal em determinado setor de atividades e região do país, a partir da análise das características principais do subsistema político ali vigente.

3. AS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 ADMINISTRAÇÃO DIRETA

3.1.1 Conceito

Administração Direta é o conjunto de órgãos da União diretamente subordinados ao Chefe de cada Poder. O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelece que a Administração Direta constitui os "*serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios*" (art. 4º, I).

Os órgãos da Administração Direta não têm personalidade jurídica própria. Sua personalidade jurídica é a da União. São criados por lei para auxiliar o presidente da República (art. 76).

A Administração Direta rege-se, integralmente, pelo regime jurídico de direito público, estabelecido pela Constituição e pela lei, que incide sobre a gestão administrativa, inclusive nas dimensões patrimonial, orçamentária, financeira, fiscal, de pessoal, de contratação de obras, serviços e compras e alienações de seus órgãos, de responsabilização e de controle.

3.1.2 Competências

Na forma da Constituição, incumbe à Administração Direta o exercício do Poder Executivo, ou seja, todas as funções que incumbem ao Poder Executivo.

Por essa razão, a lei não estabelece as competências dos ministérios e somente delimita a área de competência de cada um.

É importante ressaltar que há competências da Administração Direta que são privativas e não podem, por força constitucional, ser descentralizadas para entidade pública. São essas competências:

- a.** direção superior (Constituição Federal, art. 84, II): atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle (DL nº 200/1967, art. 10, § 2º), fiscalização e controle da execução (DL nº 200/1967, art. 10, § 6º); e
- b.** normativa (Constituição Federal, art. 84, IV): estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios (DL 200/1967, art. 10, §§ 4º e 6º).

3.1.3 Supervisão

Os órgãos da Administração Direta sofrem a supervisão hierárquica do ministro e do Presidente da República (Decreto-Lei nº 200/1967, arts. 19 a 25).

3.1.4 Estrutura regimental

Aprovada por decreto, a estrutura regimental dos órgãos da administração direta conforma-se a partir da organização de suas competências institucionais em unidades administrativas, chefiadas por autoridades públicas ocupantes de cargos em comissão de livre provimento e exoneração (Grupo DAS). Os cargos em comissão são criados por lei. O nível do cargo em comissão é compatível com o nível e grau de autoridade pública e atribuições institucionais de seu ocupante e, portanto, com as competências institucionais da unidade administrativa.

Pode haver, na estrutura regimental de alguns órgãos, funções comissionadas técnicas ou de chefia, criadas por lei, que podem ser ocupadas, exclusivamente, por servidores ocupantes de cargos efetivos.⁹⁸

Sua estrutura básica está prevista por lei e constitui-se de órgãos despersonalizados (DL nº 200/1967, art. 4º, I).

98 Os cargos em comissão podem ser preenchidos por pessoas sem vínculo e as funções comissionadas são reservadas aos servidores com cargos efetivos.

3.1.5 Modelo de governança

A direção dos órgãos da administração direta é normalmente singular. Registram-se alguns casos de estruturas colegiadas que, no entanto, têm, usualmente, competências consultivas/assessoramento ou de deliberação.

As autoridades superiores da Administração Direta são o presidente da República e os ministros de Estado, nomeados e exonerados pelo presidente da República. As demais autoridades ocupam cargos em comissão de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República e ministros.

3.1.6 Regime de pessoal

- Principais referências: Constituição Federal, arts. 37 e 39, e Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990 – No Poder Executivo Federal, o regime de pessoal é único (Constituição Federal, art. 39, *caput*), de natureza estatutária, regido pela Lei nº 8.112, de 1990;
- O quadro de pessoal é constituído por pessoal ocupante de cargos efetivos, criados por lei, e organiza-se em carreiras;
- Provimento dos cargos efetivos apenas por concurso público (Constituição Federal, art. 37, II);
- Remuneração dos cargos efetivos e cargos em comissão estabelecida por lei (Constituição Federal, art. 37, X);
- Os cargos efetivos sujeitam-se ao limite de remuneração estabelecido na Constituição. Na Administração Pública Federal, o teto é a remuneração dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) – Constituição Federal, art. 37, XI;
- Regime de previdência: os servidores ocupantes de cargos efetivos estão sujeitos ao regime de previdência próprio do servidor público (Constituição Federal, art. 40), estabelecido pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Fazem jus à previdência complementar estabelecida pela mesma lei, a cargo da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – Funpresp-EXE, criada pelo Decreto nº 7.808, de 20 de setembro de 2012;
- Contratação por tempo determinado: os órgãos da Administração Direta podem contratar pessoal, nos casos de excepcional interesse público, mediante processo seletivo, e autorização expressa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Referências: Constituição

- Federal, art. 37, IX, e Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
- Ocupação de cargos em comissão de livre provimento e exoneração (Constituição Federal, art. 37, inciso II): cargos criados por lei específica;
 - Remuneração de servidores observa teto remuneratório (Constituição Federal, art. 37, XI).

3.1.7 Planejamento e Orçamento

As diretrizes, objetivos e metas dos órgãos da Administração Direta devem constar de plano plurianual, aprovado por lei (Constituição Federal, art. 165, §1º):

- a. orçamento: o orçamento dos órgãos da Administração Direta deve ser estabelecido na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º);
- b. fonte de recursos: recursos oriundos do Orçamento Geral da União (OGU), previstos na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), cada órgão é uma unidade orçamentária.

3.1.8 Finanças

Regidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 e pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e observam o limite nas despesas com pessoal.

3.1.9 Precatórios

Emite precatórios para pagamento de dívidas (Constituição Federal, art. 100).

3.1.10 Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária (Constituição Federal, art. 150, VI, *a*).

3.1.11 Licitação

Submete-se às regras constitucionais e legais de licitação em suas compras e contratos (Constituição Federal, art. 37, XXI, e Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

3.1.12 Sistemas administrativos

Coordena os sistemas administrativos do Poder Executivo Federal (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda e CGU).

3.1.13 Possui privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

3.1.14 Controle interno e externo

Submete-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Constituição Federal, arts. 70 e 74).

3.1.15 Orientação jurídica

Orientação Jurídica da Advocacia-Geral da União (AGU) – Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993.

3.2 ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A Administração Indireta é composta por entidades administrativas, dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa, criadas mediante lei específica, para o exercício de finalidade e competências descentralizadas.

A Administração Indireta compreende:

- entidades administrativas de direito público, que correspondem à administração autárquica: autarquia, fundação pública de direito público e associação pública;
- entidades administrativas de direito privado: empresa estatal, fundação pública de direito privado e consórcio público com personalidade de direito privado.

As entidades administrativas de direito público são responsáveis por atividades ou serviços públicos privativos, assim entendidas aquelas reservados

pela Constituição Federal ou a lei à Administração Pública por implicarem poderes de estado, vedada a sua execução por entidades privadas, ainda que em caráter complementar ou concomitante, tais como atividades de direção superior, regulação, regulamentação e controle das atividades administrativas (Constituição Federal, arts. 61, 70 a 74 e 84); defesa do Estado e das instituições democráticas (Constituição Federal, Título V); tributação e o orçamento (Constituição Federal, Título VI); e previdência social.

As entidades administrativas de direito privado prestam serviços públicos não privativos, passíveis de serem prestados por entidades públicas.

Toda estrutura da administração indireta submete-se e vincula-se ao órgão da administração direta responsável pela área de competência na qual ela se insere, para fins de coordenação e supervisão política e administrativa.

As estruturas da administração indireta submetem-se ao regime jurídico de direito público estabelecido para a Administração Pública na Constituição Federal, em especial no que se refere à observância de concurso público para o provimento de seus quadros e do processo de licitação, nas suas compras e contratos; à submissão ao controle interno e externo, dentre outros.

3.3 AUTARQUIA

3.3.1 Conceito

“Serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. (DL nº 200/1967, art. 5º, I).

3.3.2 Competência

Exercer atividade privativa de estado,⁹⁹ à exceção das atividades de direção superior, que são exclusivas da Administração Direta.

99 Atividade privativa de Estado é aquela que implica poderes de Estado ou poder de polícia. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “[...] em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público [...] 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de política podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação; (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção”. (Ementa do Processo Resp 817.534/MG)..

3.3.3 Natureza jurídica

Pessoa jurídica de direito público, criada por lei específica, para exercer atividades privativas da administração pública, cuja execução é vedada ao particular, tais como regulação, normatização, fiscalização, tutela, sanção, habilitação e outras que impliquem poderes de Estado.

A autarquia rege-se, integralmente, pelo regime jurídico de direito público aplicável aos órgãos da administração direta, inclusive quanto a atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, regime de pessoal, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais

A autarquia é dotada de autonomia administrativa, respeitados os limites do regime jurídico de direito público.

Os administradores da autarquia são de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República, salvo disposição constitucional ou legal específica.

A nomeação dos titulares dos cargos em comissão e dos cargos efetivos da autarquia é feita na forma da lei específica ou, na omissão desta, do regulamento.

3.3.4 Forma de criação

Criada por lei específica.

3.3.6. Estrutura regimental

Aprovada por decreto, a estrutura regimental das autarquias conforma-se a partir da organização de suas competências institucionais em unidades administrativas, chefiadas por autoridades públicas ocupantes de cargos em comissão (Grupo DAS). O nível do cargo em comissão é compatível com o nível e grau de autoridade pública e atribuições institucionais de seu ocupante e, portanto, com as competências institucionais da unidade administrativa.

3.3.7. Regime de pessoal

Estatutário:

- a. referências: Constituição Federal, art. 39, e Lei nº 8.112/1990;

- b.** quadro de pessoal: composto por servidores ocupantes cargos efetivos, organizados em carreiras. Os cargos e carreiras criadas por lei;
- c.** provimento por concurso público (Constituição Federal, art. 37,II);
- d.** remuneração estabelecida por lei (Constituição Federal, art. 37, X);
- e.** limite de remuneração (Constituição Federal, art. 37, XI);
- f.** regime de previdência do servidor público (Constituição Federal, art. 40);
- g.** contratação por tempo determinado: nos casos de excepcional interesse público, mediante processo seletivo, estabelecidos na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993 (Constituição Federal, art. 37, IX);
- h.** ocupação de cargos em comissão de livre provimento e exoneração (Constituição Federal, art. 37, inciso II): cargos criados por lei específica; e
- i.** remuneração de servidores observa teto remuneratório (Constituição Federal, art. 37, XI).

3.3.8 Planejamento e Orçamento

As diretrizes, objetivos e metas das autarquias devem constar de plano plurianual, aprovado por lei (Constituição Federal, art. 165, §1º). Seu orçamento deve ser estabelecido na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º).

Seus recursos são oriundos do Orçamento Geral da União, previstos na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na LDO, cada autarquia é uma unidade orçamentária.

3.3.9 Sistema contábil e financeiro

Finanças regidas pela LRF e pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Observa limite nas despesas com pessoal.

3.3.10 Precatórios

Emite para pagamento de dívidas (Constituição Federal, art. 100).

3.3.11 Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária, conforme Constituição Federal, art. 150, VI, a.

3.3.12 Licitação

Observa regras de licitação (Constituição Federal, art. 37, XXI).

3.3.13 Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos observam as normas dos sistemas administrativos da Administração Direta (SIORG, SIAPE, SICAF, SIPEC).

3.3.14 Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

3.3.15 Controle interno e externo

Submete-se ao controle interno e externo do Poder Executivo, no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Constituição Federal, arts. 70 e 74, caput).

3.3.16. Orientação Jurídica

Orientação Jurídica da AGU (LC nº 73/1993).

3.3.17 Tipos de Autarquias

3.3.17.1 Autarquias administrativas

Essas autarquias têm o atributo da especialização na execução de atividade ou prestação de serviço público privativo. Seu aspecto fundamental é a capacidade para a execução de função pública específica, prevista na lei de criação.

“O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao princípio da especialização, que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas” (DI PIETRO, 2002: 368)¹⁰⁰

100 DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo, 19ª.ed. São Paulo, 2002.

3.3.17.2 Autarquia de regime especial

É a autarquia à qual a lei atribui maior grau de autonomia para o melhor exercício de suas finalidades institucionais. A natureza e o grau da autonomia são definidos caso a caso, em decorrência da especialidade da finalidade e das competências legais de cada autarquia.

Há previsão constitucional em relação ao Banco Central do Brasil (Bacen) e titulares de outros cargos previstos em lei: Constituição Federal, art. 52, III: subordina à prévia aprovação pelo Senado Federal da escolha do presidente e diretores do Bacen (alínea *d*) e de titulares de outros cargos que a lei determinar (alínea *f*).

Constituem categorias específicas de autarquias de regime especial:

- I – as autarquias regionais, instituídas pela União para a articulação de sua ação em determinado complexo geoeconômico e social;
- II – as autarquias de regulação, dotadas pela Constituição ou pela lei de maior grau de autonomia, como a garantia de mandato fixo e estabilidade a seus dirigentes e a impossibilidade de revisão de seus atos, salvo pelo Poder Judiciário;
- III – a associação pública, constituída por entes federados, para o exercício compartilhado de atividades administrativas ou serviço público de natureza privativa; e
- IV – as demais autarquias assim definidas pela lei.

3.3.17.3 Autarquia universitária

Não há previsão legal nem normativa para o uso do termo. Também não é adotado pela doutrina. O seu uso nesse estudo tem caráter apenas didático.

Autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, assegurada pela Constituição Federal (Constituição Federal, art. 207).

Obedecem ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (Constituição Federal, art. 207).

Não são reconhecidas pela lei como autarquias de regime especial.

Questionamento sobre a adequação da categorização como autarquia, em função de suas principais competências não serem privativas de Estado.

Especificidades:

- a. sistema de governança: processo diferenciado para eleição de reitores e estabilidade dos reitores reconhecida pelo STF (Súmula nº 47);
- b. estrutura específica de cargos em comissão e funções;
- c. autonomia para elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos (art.53, inciso V, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996);
- d. autorização para contratação de professor substituto (art.2º, inciso IV, da Lei nº 8.745, de 1993); e
- e. autorização para concurso baseada no conceito de “professor equivalente”.

3.3.17.4 Autarquia regional

- Não há previsão legal nem normativa para o uso do termo. Também não é adotado pela doutrina. O seu uso nesse estudo tem caráter apenas didático;
- Característica determinante: capacidade genérica para exercer funções públicas (e não a especialidade), que exigem o uso do poder de Estado, no interesse da coletividade, circunscrita ao espaço territorial demarcado pela sua lei de criação;
- Comporta a dotação genérica de funções públicas de interesse comum em um complexo geoeconômico delimitado como base territorial de sua atuação;
- Baseado no art. 43 da Constituição Federal: *“Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”;*
- Exemplos: Sudeco, Suframa e Sudene. No caso da Sudeco, a lei prevê competências típicas dos órgãos da administração direta, tais como formulação, a serem exercidas de forma integrada ao ministério supervisor;
- Competências: formulação de planos regionais e fomento;
- Estrutura de governança diferenciada (ampliada): participação de dirigentes dos governos estaduais e/ou municipais nos órgãos de decisão superior, em função da natureza de suas atividades;
- Suas atividades exigem um sistema de governança diferenciado no que se refere à origem de seus integrantes, que devem representar as instâncias formuladoras de políticas públicas dos estados alcançados pela sua atuação;

- Importância da previsão de instâncias consultivas de participação social e de outras partes interessadas, com representação no conselho deliberativo, além da obrigação de dar ampla transparência aos seus atos para evitar a captura política.

3.3.17.5 Agências reguladoras

- Autarquia constituída sob regime especial, com a competência de regular setor específico da economia;
- Referências na Constituição sobre a regulação estatal da economia: arts. 21, XI; 172; 174; 177, § 2º, III; 186, III; 190; e 192: *“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, [...]”*;
- A atividade de regulação, de acordo com os padrões do direito norte-americano, origem do modelo das agências reguladoras, é definida como “quase legislativa”;
- No Direito Brasileiro, em que penetrou a distinção alemã entre “lei formal” e “lei material”, a regulação seria “ato materialmente legislativo”. Não seria, portanto, por esse ângulo, sob o aspecto material, atividade administrativa, ainda que formalmente sim, se considerada por critério orgânico (Almiro do Couto e Silva);
- A noção de regulação implica a integração de diversas funções (aquela de editar a regra, a de assegurar a sua aplicação e a de reprimir as infrações):
 - a. pressupõe que um quadro normativo seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das forças sociais presentes;
 - b. esse quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos;
 - c. pela aplicação concreta das suas regras; e
 - d. pela composição dos conflitos que delas advém, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais.
- Principais autonomias gerenciais das agências reguladoras:
 - a. a organização colegiada;

- b.** a formação técnica dos seus quadros;
 - c.** competências regulatórias;
 - d.** impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios – as decisões no exercício do poder de regulação são insuscetíveis de revisão na esfera administrativa;
 - e.** mandato a termo: impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes (substituição somente nos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou PAD);
 - f.** outros:
 - I. aprovação prévia de dirigentes pelo Senado;
 - II. quadro próprio de cargos em comissão e autorização legal para alterar seus quantitativos e distribuição (Lei nº 9.986, 18 de julho de 2000);
 - III. autonomia para desenvolver sistemas próprios de administração de recursos humanos, inclusive cadastro e pagamento, sendo obrigatória a alimentação dos sistemas de informações mantidos pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil (SIPEC) – Lei nº 9.986/2000;
- Parecer nº AC - 051 – AGU (PROCESSO nº 50000.029371/2004-83 – Antaq)

[...] as ações e atividades das agências reguladoras, embora submetidas ao mesmo regime de supervisão, só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada, o que, de resto, é comum a todas as entidades da administração indireta. Assim, o pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente – que, aliás, repita-se, não é mera aplicação das regras do Decreto-lei nº 200/1967, mas reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República – e então a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os Ministros que o auxiliam [...]

[...] não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precipua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. Por isso, se afirma que a autonomia existe apenas para o perfeito cumprimento de suas finalidades legais.

3.4 FUNDAÇÃO PÚBLICA

3.4.1 Conceito de fundação civil

- Conceito originalmente relacionado com filantropia e solidariedade, as fundações nascem sob os auspícios do direito privado;
- No Código Civil, é a entidade instituída por particulares em vida ou por testamento;
- É um patrimônio personalizado para consecução de fim social (art. 62 do Código Civil);
- Após instituída a fundação civil, seu patrimônio se desprende da figura do instituidor e passa a ser velado pelo Poder Público, por meio do Ministério Público. Em caso de extinção, o patrimônio é destinado a outra fundação de mesma finalidade;
- O Código civil define as áreas de atuação em que podem ser instituídas fundações civis: religiosa, morais, culturais ou de assistência (*lato sensu*).

3.4.2 Fundação instituída pelo Poder Público

- A instituição de fundações no serviço público decorreu da necessidade de personalização de certos serviços estatais, para lhes conferir autonomia, agilidade na atuação, com a capacidade de se tornarem sujeitos de direitos e obrigações, quando não se identificava, ainda, a administração indireta;
- A partir dos anos 1940, a fundação de direito privado passou a integrar

o elenco de entidades no processo de descentralização, já agora, integrando a administração pública;

- Foi institucionalizada pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967;
- Decreto-Lei nº 900, de 1969: retira a fundação pública da administração indireta, sujeitando-a apenas às regras gerais do Código Civil (sem supervisão ministerial e controle interno e externo);
- Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987: altera a redação do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e reintegra as fundações públicas na Administração Indireta (art. 4º, II);
- Constituição Federal de 1988, em seu texto original não tratou da fundação pública de direito privado e estabeleceu sobre a fundação pública com regime jurídico semelhante ao da autarquia;
- A Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a redação do art. 37, inciso XIX, da Constituição: *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*. (grifo nosso);
- A nova redação constitucional estabeleceu a natureza pública de direito privado das fundações, cuja criação é autorizada pela lei como as empresas estatais;
- Na ausência da lei complementar mencionada no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, o art. 5º, IV, do DL nº 200/1967 é o definidor do campo de atuação das fundações públicas: desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público;
- Há duas categorias de fundações públicas:
 - a. fundação pública de direito privado, instituída na forma prevista no Decreto-Lei nº 200/1967 e no art. 37, inciso XIX, da Constituição; e
 - b. fundação pública de direito público, instituída com estatuto jurídico semelhante à de autarquia.

3.4.3 Natureza das fundações públicas: de direito público ou de direito privado

- Na Administração Pública, as fundações públicas constituem forma

de descentralização administrativa para o desenvolvimento de atividades na área social;

- Podem ser constituídas a partir da destinação de patrimônio público ou pela institucionalização de competência pública na área social (instituto personalizado);
- Seu patrimônio, em caso de extinção reverte para o Poder Público;
- Há dúvidas sobre a necessidade de vedação do Ministério Público, visto que submete-se à supervisão ministerial;
- Instituída em áreas de atividades públicas sem fins lucrativos.

3.4.4 Designações de Fundação na Constituição Federal

- A Constituição Federal, em alusão às fundações, emprega diversos rótulos:
 - a. fundações instituídas e mantidas pelo poder público: arts. 22, XXVII original; 71, II e III; 150, § 2º; 165, § 5º, I e III; 169, § 1º; ADCT: arts. 18, 35, § 1º, V e 64;
 - b. fundação(ões) pública(s): art. 39, *caput*; ADCT: art. 19;
 - c. fundação(ões): arts. 37, XVII e XIX; 39, § 7º; 40; 163, II; 167, VIII; 202, §§ 3º e 4º; ADCT: art. 8º, § 5º; 72, I; e
 - d. administração fundacional: arts. 22, XXVII; 37, XI; 38.
- Essas designações sempre foram empregadas para identificar a mesma espécie de entidade.

3.4.5 Fundação pública de direito privado

3.4.5.1 Conceito

É a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes (art. 5º, IV – *dispositivo ainda em vigor*).

As fundações públicas adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando a demais disposições do Código Civil concernentes às fundações (art. 5º, § 3º).

As fundações públicas são, portanto, de direito privado, mas não do código civil, tendo regime jurídico próprio, não incidindo sobre elas o disposto nos arts. 62 a 69 do código, nem os arts. 1.199 a 1.204 do Código Processual Civil, sobre a organização e fiscalização das fundações.

3.4.5.2 Natureza jurídica

Pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos. Submete-se ao regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado, no que não contrariar as normas jurídicas de direito público previstas na Constituição e legislação regulamentadora para a administração direta e indireta e nas disposições específicas da lei que autorizou a sua criação.

O regime jurídico de direito privado aplica-se, especialmente, à gestão administrativa da entidade pública de direito privado, inclusive quanto à remuneração do pessoal; quanto ao pagamento e execução de seus créditos e débitos; e, ainda, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

No exercício de suas atividades-fim, está sujeita aos regimes jurídicos que lhe são próprios (empresa diferente de fundação).

É instituída por ente da Federação, mediante autorização legal específica, para exercer atividades ou prestar serviços públicos sociais não privativos de Estado. Sua instituição independe de dotação inicial de bens.

A lei autorizadora ou o ato criador deve dispor sobre a denominação, seus fins, a formação e desenvolvimento do patrimônio, sua organização básica (que é o substrato personalizado), sede e foro, vinculação para efeito de supervisão administrativa.

Estão submetidas à supervisão da administração pública, sob os aspectos da legalidade e da eficiência. Não sofrem o velamento do Ministério Público (art. 66 e §§ do Código Civil).

Área de atuação: observa o disposto na lei complementar a que se refere o inciso XIX do artigo 37 da Constituição.

Seu estatuto é, geralmente, estabelecido por decreto, conforme orientações estabelecidas na sua lei autorizativa.

Adquire personalidade jurídica com a inscrição do ato de instituição e do estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (Lei nº 7.596, 10 de abril de 1987).

3.4.5.3 Estrutura

Sua estrutura básica, especialmente seus órgãos decisórios estão previstos em seu estatuto. Sua estrutura interna é estabelecida em regimento interno, aprovado pelo conselho curador ou de administração e constituída por empregos públicos.

3.4.5.4 Regime de Pessoal

Observa as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), observadas as regras específicas de direito público, estabelecidas no art. 37 da Constituição, tais como:

- admissão por concurso público;
- empregos de confiança – direção, chefia e assessoramento;
- admissão de pessoal: observa o disposto nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição;
- a rescisão, por ato unilateral da entidade, do contrato do empregado admitido por concurso público depende, em qualquer hipótese, de ato motivado;
- processo seletivo simplificado – contratação por tempo determinado, mediante regras da CLT e outras porventura estabelecidas em sua lei autorizativa. Não seguem as regras da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que regulamenta a contratação temporária nos órgãos e entidades de direito público.

São diretrizes para contratação por tempo determinado: (a) natureza temporária e emergencial do fato motivador da contratação; (b) ampla divulgação, inclusive por meio do DOU; (c) prévia aprovação do Poder Executivo, inclusive quanto à obrigatoriedade da observância de critérios e condições específicos; (d) observância de prazo máximo para a contratação, que não poderá exceder a dois anos prorrogável por mais um período; e (e) submissão dos empregados contratados ao regime de contratação temporária previsto na CLT.

3.4.5.5 Planejamento e Orçamento

A fundação pública de direito privado que figurar como unidade orçamentária na lei orçamentária anual, para fins do recebimento direto de recursos do Tesouro Nacional, para cobertura de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação será considerada dependente, sujeitando-se às regras de direito público aplicáveis à gestão orçamentária e financeira e de responsabilidade da gestão fiscal, na forma do inciso II do §9º do art. 165 da Constituição e do inciso XI do art. 37 da Constituição.

Nesse caso, seu planejamento deve seguir as mesmas regras que recae sobre a autarquia – deve integrar o Plano Plurianual (PPA) e ser aprovado pelo Congresso Nacional. Seu orçamento deve constar da LOA e a fundação deve seguir as regras de finanças e contabilidade impostas às autarquias.

Não constará da LOA o orçamento da fundação pública de direito privado que receber recursos da União apenas em virtude de: participação acionária; fornecimento de bens ou prestação de serviços; pagamento de empréstimos e financiamentos concedidos; e transferência para aplicação em programas de financiamento, nos termos do art. 159, inciso I, alínea c, e 239, § 1º, da Constituição Federal. A LOA conterá apenas demonstrativo sintético das fontes de financiamento da entidade, assim como a previsão da sua aplicação, por grupo de natureza de despesa, e o resultado primário dessas entidades com a metodologia de apuração do resultado, na forma definida pela lei de diretrizes orçamentária.

Essas fundações, consideradas não dependentes, também não têm o seu planejamento inserido no PPA. Seu planejamento e orçamento devem ser aprovado pelo Chefe do Poder Executivo (Plano de Dispêndio Global – PDG), à semelhança das empresas estatais.

3.4.5.6 Sistema contábil e financeiro

A fundação pública de direito privado não dependente segue as regras de finanças e contabilidade das entidades privadas. A fundação pública de direito privado dependente segue as normas de finanças e contabilidade das autarquias.

3.4.5.7 Precatórios

Por sua natureza pública, regida por regras de direito privado, não pode emitir precatórios para pagamento de suas dívidas.

3.4.5.8 Imunidade tributária

Imunidades previstas na Constituição, na forma do seu art. 150, §2º. O fato de auferir recursos da exploração do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos.

3.4.5.9 Licitação

Observa as regras de licitação, em suas compras e contratos, estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 1993 (Constituição Federal, art. 37, XXI).

3.4.5.10 Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos são privados e observam normas próprias. Não integram os sistemas administrativos da Administração Direta (Siorg, Siape, Sicaf, Sipec).

3.4.5.11 Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

3.4.5.12 Controle interno e externo

Submete-se ao controle interno e externo do Poder Executivo, no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Constituição Federal, arts. 70 e 74, *caput*).

3.4.5.13 Orientação Jurídica

Tem orientação jurídica própria e seu corpo jurídico não se submete à orientação Jurídica da AGU (LC nº 73/1993).

3.4.5.14 Outras características

- Pode ser instituída/mantida por + de uma entidade pública ou ente federado;
- Aplicam-se à fundação pública de direito privado os dispositivos do consórcio público de direito privado.

3.4.6 A fundação pública de direito privado no ordenamento jurídico nacional

A fundação pública de direito privado é figura presente no ordenamento jurídico nacional e na estrutura dos governos estaduais e municipais: Fundap, Fundação Seade, Fundação do Remédio Popular (Furp).

No Executivo Federal, as fundações públicas de direito privado, após 1988, sofreram alteração nos sistemas administrativos com migração para normas de direito público. No entanto, nas suas leis de criação, permanecem como entidades públicas de direito privado.

Ex.: art. 243 da Lei nº 8.112/1990 transformou os contratados sem concurso público das fundações públicas federais em estatutários, submetidos ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União.

Com a redação dada ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, questionamentos sobre a possibilidade da adoção do regime jurídico de direito privado nas fundações públicas.

3.4.7 Fundação pública – Jurisprudência do STF

- a. No julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 2.135-4 DF (2.8.2007), o STF, determinou o retorno do texto original do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, que havia sido suprimido pela EC nº 19/1998, por irregularidades no rito de votação: veio então, novamente, a ser colocada a questão do alcance da designação “fundações públicas” e sobre a possibilidade do Poder Público instituir fundações de direito privado, no entendimento de que seria novamente obrigatório a adoção do regime estatutário para o seu pessoal.

Decidiu o STF (ADI nº 191-4 RS (Relatora min. Carmem Lúcia, DJE, 7 mar. 2008 (posterior à medida cautelar):

A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados[...]

Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da Constituição Federal, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo á lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação". [...]

A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panaceia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia. (Idem, Ibidem).

b. Ministro Menezes Direito do STF – Esclarecimento, constante dos autos do processo relativo à ADIn nº 191-4, de 29 de novembro de 2007:

A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional nº 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão "fundações de direito público" e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas. (Em voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15).

Com a Emenda Constitucional nº 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o poder público criar fundações tanto de Direito Privado como de Direito

Público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar. Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime. (esclarecimento do Ministro Menezes Direito, fl. 17).

- c. Ministro Eros Grau do STF – Esclarecimento, constante dos autos do processo relativo à Adin nº 191-4, de 29 de novembro de 2007:

Aprendi com o meu Professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado. (Em voto do Ministro Eros Grau, fl. 20)

Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O Professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão. (Esclarecimento do Ministro Eros Grau, fl. 25)

3.4.8 O PLP nº 92/2007, do Poder Executivo

- O Projeto de Lei Complementar nº 92/2007, de autoria do Poder Executivo, tem como objetivos definir as áreas em que o Poder Público pode atuar por meio de fundações, em cumprimento ao comando do art. 37, XIX, da Constituição Federal; e atualizar sua legislação regulamentadora, de forma a restaurar e a disciplinar o uso desta figura jurídica na administração pública, ao lado das autarquias (e fundações autárquicas), das empresas públicas e das sociedades de economia mista;
- O Projeto não cria, portanto, nova categoria jurídica;
- O Projeto original:

Art. 1º Poderá, mediante lei específica, ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

I - saúde;
II - assistência social;
III - cultura;
IV - desporto;
V - ciência e tecnologia;
VI - meio ambiente;
VII - previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;
VIII - comunicação social; e
IX - promoção do turismo nacional.

§ 1ª Para os efeitos desta Lei Complementar, compreendem-se na área da saúde também os hospitais universitários federais.

§ 2ª O encaminhamento de projeto de lei para autorizar a instituição de hospital universitário federal sob a forma de fundação de direito privado será precedido de manifestação pelo respectivo conselho universitário.

Art. 2ª Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.

- Substitutivo ao Projeto:
 - a.** ofereceu o conceito de “atividade exclusiva de estado”;
 - b.** previu, dentre os recursos fundacionais, as dotações orçamentárias e rendas produzidas pela atividade da instituição;
 - c.** impôs a sujeição à legislação federal sobre licitações e contratos; e, para admissão de pessoal, o processo de concurso público;
 - d.** regime de pessoal: qualquer que seja ele, só haverá demissão em hipóteses taxativamente elencadas (art. 3º, § 6º);
 - e.** celebração, pelo ente de direito privado, do contrato previsto no § 8º do art. 37 da Constituição Federal;
 - f.** admitiu o relacionamento entre a “fundação pública” de direito privado e o Poder Público, por meio do “contrato estatal de serviços”, mediante dispensa de licitação, para a produção de bens, a prestação de serviços e a realização de atividade em seu campo de atuação (art. 5º e §§);
 - g.** A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC/CD) opinou pela constitucionalidade e juridicidade do projeto e do substitutivo. O substitutivo encontra-se em plenário, mas não foi apreciado por acordo de líderes.

3.4.9 Fundação pública de direito público – a fundação pública prevista na Constituição Federal de 1988

3.4.9.1 Conceito e natureza jurídica

Fundação pública de direito público¹⁰¹ é pessoa jurídica de direito público, criada por lei específica, cuja finalidade e competências exigirem o exercício conjugado de atividades administrativas e serviços públicos privativos com atividades e serviços públicos não privativos, de natureza social. Essas fundações também são denominadas fundações autárquicas.

Incide sobre a gestão administrativa da fundação pública de direito público o regime jurídico das autarquias, inclusive, nas dimensões patrimonial, orçamentária, financeira, fiscal tributária e prerrogativas processuais.¹⁰²

A estrutura de governança das fundações públicas de direito público deve ser colegiada, com representação dos usuários dos serviços por ela prestados e da sociedade no seu órgão de decisão superior, na forma do art. 37, §3º, da Constituição.

Os administradores da fundação pública de direito público são de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República, salvo disposição constitucional ou legal específica.

A nomeação dos titulares dos cargos em comissão e dos cargos efetivos da fundação pública de direito público é feita na forma da lei específica ou, na omissão desta, do regulamento.

3.4.9.2 Forma de criação

Criada por lei específica.

3.4.9.3 Estrutura regimental

Aprovada por decreto. A estrutura regimental das fundações públicas de direito público conforma-se a partir da organização de suas competências

101 Essa modalidade de fundação pública diferencia-se da autarquia por ser instituída apenas para atuação em áreas sociais. Pode exercer atividades privativas (como certificação) e prestar serviços públicos à população – como as universidades.

102 A fundação pública de direito público rege-se, integralmente, pelo regime jurídico de direito público aplicável aos órgãos da administração direta, inclusive quanto a atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, regime de pessoal, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais.

institucionais em unidades administrativas, chefiadas por autoridades públicas ocupantes de cargos em comissão (Grupo DAS). O nível do cargo em comissão é compatível com o nível e grau de autoridade pública e atribuições institucionais de seu ocupante e, portanto, com as competências institucionais da unidade administrativa.

3.4.9.4 Regime de pessoal

O regime de pessoal das fundações públicas de direito privado é o estatutário:

- a.** referências: Constituição Federal, art. 39, e Lei nº 8.112/1990;
- b.** quadro de pessoal: composto por servidores ocupantes cargos efetivos, organizados em carreiras. Os cargos e carreiras criadas por lei;
- c.** provimento por concurso público (Constituição Federal, art. 37, II);
- d.** remuneração estabelecida por lei (Constituição Federal, art. 37, X);
- e.** limite de remuneração (Constituição Federal, art. 37, XI);
- f.** regime de previdência do servidor público (Constituição Federal, art. 40);
- g.** contratação por tempo determinado: nos casos de excepcional interesse público, mediante processo seletivo, estabelecidos na Lei nº 8.745, de 1993 (Constituição Federal, art. 37, IX);
- h.** ocupação de cargos em comissão de livre provimento e exoneração (Constituição Federal, art. 37, inciso II): cargos criados por lei específica;
- i.** remuneração de servidores observa teto remuneratório (Constituição Federal, art. 37, XI).

3.4.9.5 Planejamento e Orçamento

As diretrizes, objetivos e metas das fundações autárquicas devem constar de PPA, aprovado por lei (Constituição Federal, art. 165, §1º). Seu orçamento deve ser estabelecido na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º).

Seus recursos são oriundos do OGU, previstos na LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na LDO, cada autarquia é uma unidade orçamentária.

3.4.9.6 Sistema contábil e financeiro

Finanças regidas pela LRF e pela Lei nº 4.320, de 1964 – observa limite nas despesas com pessoal.

3.4.9.7 Precatórios

Emitte para pagamento de dívidas (Constituição Federal, art. 100).

3.4.9.8 Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária, conforme Constituição Federal, art. 150, VI, *a*.

3.4.9.9 Licitação

Observa regras de licitação (Constituição Federal, art. 37, XXI).

3.4.9.10 Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos observam as normas dos sistemas administrativos da Administração Direta (Siorg, Siape, Sicaf, Sipec)

3.4.9.11 Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

3.4.9.12 Controle interno e externo

Submete-se ao controle interno e externo do Poder Executivo, no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Constituição Federal, arts. 70 e 74, *caput*).

3.4.9.13 Orientação Jurídica

Orientação Jurídica da AGU (LC nº 73/1993).

3.5 CONSÓRCIO PÚBLICO

3.5.1 Marco Constitucional

Art. 241. 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. (grifo nosso).

3.5.2 Marco legal e normativo

Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

3.5.3 Modalidades de consórcio público

Consórcio público de direito público: a associação pública e consórcio público de direito privado.

3.5.4 Personalidade jurídica

3.5.4.1 Associação Pública: o Consórcio Público de Direito Público

A personalidade jurídica do consórcio de direito público é de associação pública – pessoa jurídica de direito público, instituída mediante lei por dois ou mais entes federados, para exercer atividades privativas descentralizadas.

A associação pública adquire personalidade jurídica mediante a vigência das leis dos entes da federação que a instituírem.

O âmbito de atuação da associação pública corresponde à soma dos territórios dos municípios ou estados consorciados, independentemente da União figurar como associada.

Incide sobre a associação pública o regime jurídico de direito público estabelecido pela Constituição Federal e legislação federal aplicável, devendo a lei, de todos os seus entes instituidores, dispor sobre as demais disposições legais e normativas, nas áreas de competência concorrente dos entes consorciados.

O regime jurídico de pessoal da associação pública é o da Consolidação CLT.

Os entes federados devem dispor em lei as condições e prazos para a cessão de servidores públicos de seus respectivos quadros para o exercício das atividades privativas de estado pela associação pública.

A associação pública vincula-se à administração direta dos entes instituidores.

Aplicam-se à associação pública instituída mediante contrato de consórcio público as disposições da Lei nº 11.107/2005.

A orientação, coordenação e supervisão da associação pública deve ser exercida de forma compartilhada pelos entes federados instituidores. Na associação pública, instituída por contrato de consórcio público, conforme disposições da Lei nº 11.107/2005, a assembleia geral do consórcio público cumpre as funções de orientação, coordenação e supervisão.

O controle da associação pública, para os fins de que trata o art. 70 da Constituição é exercido pelos tribunais de contas municipais, poderá ser exercido por instância superior de controle constituída pelo Poder Legislativo dos entes associados e composta exclusivamente por parlamentares.

3.5.4.2 O Consórcio Público de Direito Privado

A personalidade jurídica do consórcio público de direito privado é a de entidade pública de direito privado, sem fins lucrativos – ou seja, a da fundação pública de direito privado.¹⁰³

Da mesma forma que a associação pública, a fundação pública interfederativa é instituída mediante lei por dois ou mais entes federados, para exercer atividades públicas não privativas descentralizadas. Adquire personalidade jurídica mediante a vigência das leis dos entes da Federação que a instituírem e o atendimento dos requisitos da legislação civil.

A fundação pública de direito privado instituída e mantida por mais de um órgão ou entidade administrativa ou ente federado, nos termos das leis autorizativas específicas, vincula-se à administração direta dos entes instituidores.

A orientação, coordenação e supervisão da entidade é exercida de forma compartilhada pelos entes federados instituidores, por meio de instância

103 Há duas modalidades de entidades públicas de direito privado – as fundações e as empresas estatais. Apenas uma delas tem finalidade e competências não lucrativas: a fundação.

colegiada superior, constituída pelos seus chefes do Poder Executivo ou pelas autoridades responsáveis pela área de atuação da entidade, no âmbito de cada ente.

3.5.4.3 Protocolo de Intenções

O protocolo de intenções é um “contrato preliminar” firmado entre os entes consorciados, por eles convertido em lei posteriormente, que estabelece os requisitos essenciais do estatuto do consórcio. Ao ser ratificado por lei, de cada um dos entes consorciados, constitui o contrato de consórcio.

O protocolo de intenções deve prever o direito dos entes consorciados de exigirem o pleno cumprimento do contrato de consórcio dos demais entes.

3.5.4.4 Principais características do sistema de governança

- Assembleia Geral: instância decisória superior, da qual participam os chefes dos poderes executivos dos entes consorciados;
- O protocolo de intenções deve prever o número de votos dos consorciados na assembleia geral, garantido pelo menos um voto para cada ente consorciado;
- O representante legal do consórcio deve ser um chefe do Poder Executivo de um dos entes consorciados (critérios de eleição e duração do mandato dispostos no protocolo de intenções);
- Órgãos colegiados constituídos por representantes dos entes consorciados, sendo permitida a participação de representantes da sociedade civil.

3.5.4.5 Organização e funcionamento

Conforme disposto nos estatutos.

O consórcio público de direito público ou de direito privado integra a administração pública indireta dos entes consorciados (Lei nº 11.107/2005, art. 6º, § 1º).

3.5.4.6 Contrato de rateio

É o instrumento pelo qual os entes consorciados comprometem-se a

fornecer recursos financeiros para as despesas do consórcio. Formalizado em cada exercício financeiro.

3.5.4.7 Autonomia orçamentária

O consórcio público tem autonomia orçamentária – recursos via contrato de rateio (avaliar arts. 8º e 9º da Lei nº 11.107/2005).

O consórcio público tem flexibilidade na aplicação dos limites de dispensa e das modalidades simplificadas de licitação, que obedecem ao dobro dos valores estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 (como as agências reguladoras).

O consórcio público pode dispor de quadro específico de cargos em comissão e função comissionada.

Sofre supervisão da administração direta de todos os entes consorciados.

É fiscalizado pelos órgãos de controle interno e externo dos entes federados: fiscalização contábil, operacional e patrimonial.

3.5.4.8 Regime de pessoal

O regime de pessoal do consórcio público é o celetista. No consórcio público direito público, as atividades privativas de estado devem ser executadas por servidores estatutários cedidos dos entes federados que o constituem. O quadro de estatutários é, portanto, formado por cedidos. Não tem quadro próprio de servidores do regime jurídico único.

A admissão de celetistas depende de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e sua respectiva remuneração.

3.5.4.9 Licitação

Observa normas de direito público em suas compras e contratos (licitação). Contrata com o Poder Público sem licitação.

3.5.4.10 Regime contábil e financeiro

Se de direito público, o consórcio público observa o regime contábil e financeiro que incide sobre as autarquias. Se de direito privado, observa as normas que incidem sobre as fundações públicas de direito privado.

3.5.4.12 Contrato de programa

Não é instrumento típico do consórcio público, mas forma de gestão compartilhada, também prevista na lei de consórcios.

3.6 EMPRESA ESTATAL

3.6.1 Conceito e personalidade jurídica

Empresa estatal é a pessoa jurídica de direito privado, de fins econômicos, controlada direta ou indiretamente por ente da Federação, que execute serviços públicos ou explore atividade econômica caracterizada pela produção ou comercialização de bens ou pela prestação de serviços em geral.

É criada por autorização legislativa específica (Constituição Federal, inciso XIX) e procedimentos do Código Civil: registro do estatuto social na Junta Comercial.

Figura jurídica própria para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (Constituição Federal, art. 173): *“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*. (grifo nosso).

A empresa pública integra a administração indireta do ente federado que detenha o seu controle, vinculada ao órgão da administração direta responsável pela sua área de atuação para fins de orientação, coordenação e supervisão.

A empresa cujo controle seja assumido por ente da Federação ou por entidade de sua administração indireta, mediante doação, dação em pagamento, herança ou legado ou em decorrência de crédito público constituirá ativo a ser alienado, salvo expressa disposição legislativa, ficando submetida ao regime das empresas estatais ao fim do exercício subsequente ao da assunção do controle.

A criação de empresa estatal depende de autorização em lei específica, podendo ocorrer por constituição ou por aquisição de ações ou cotas de empresa existente.

Seu estatuto social é publicado por decreto, com base na lei autorizativa.

A extinção ou transferência de controle de empresa estatal depende de autorização por lei específica.

3.6.2 Tipos de empresa estatal

A empresa estatal pode ser constituída como empresa pública ou sociedade de economia mista.

Empresa pública é a empresa estatal cujo capital é integralmente da titularidade de ente ou entes da Federação, de direito público ou privado.¹⁰⁴

A empresa pública presta serviços públicos nas áreas em que a Constituição ou a lei prevê a participação complementar, concomitante ou concorrente de entidades de direito civil.

A empresa pública pode adotar a forma de sociedade unipessoal ou pluripessoal, observada a legislação de direito privado ou lei federal específica.

Sociedade de economia mista é a empresa estatal, constituída sob a forma de sociedade anônima, de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades de direito civil.

A sociedade de economia mista explora atividade econômica caracterizada pela produção ou comercialização de bens, necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

As empresas estatais podem ser classificadas de diversas formas:

- a.** quanto à finalidade: (Constituição Federal, art. 173, § 1º):
 - empresa exploradora de atividade econômica de produção e comercialização de bens;
 - empresa de prestação de serviços: desenvolvimento de uma atividade pública, conduzida economicamente.

- b.** quanto à forma:
 - empresa pública;
 - sociedade de economia mista.

- c.** quanto à relação com a Administração Pública: entidade vinculada à Administração Direta:
 - subsidiária (S.A. com participação majoritária do Poder Público);
 - coligada (S.A. com participação minoritária do Poder Público).

104 Diferenciação entre empresa pública e sociedade de economia mista e fundação pública de direito privado: a empresa pública presta serviços públicos não privativos de Estado, assim considerados aqueles que a Constituição ou a lei prevê a participação complementar, concomitante ou concorrente de entidades de direito civil. A sociedade de economia mista presta serviços voltados para o mercado.

- d. quanto às suas fontes de financiamento (LRF, art.º 2, incisos II e III):
- empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação **não dependente dos recursos diretos do Orçamento Público. Dispõe de fontes próprias de receita;**
 - empresa estatal dependente: empresa pública ou sociedade de economia mista que não é economicamente ativa, **financiada diretamente pelos recursos do Orçamento Público.**

É uma unidade orçamentária da LOA. Não têm autonomia orçamentária – apenas administrativa e financeira. Submete-se às disposições da LRF: “*empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária*”. (grifo nosso).

3.6.3 Empresa pública

O conceito de empresa pública do Decreto-Lei nº 200/1967 (art. 5º, inciso II) é:

[...] entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (grifo nosso).

Conforme o prof. Sérgio de Andrea Ferreira¹⁰⁵: “*Empresa pública é diferente de sociedade unipessoal: sua natureza jurídica está afeta ao patrimônio 100% público*”.

A empresa pública tem capital exclusivo da pessoa político-federativa cuja administração integra. É controlada diretamente pelo Poder Público, ou seja, a Administração Pública tem o poder de eleger os administradores e maioria nas deliberações.

105 FERREIRA, Sergio de Andrade (2010). Empresas Estatais, Paraestatais e Particulares com Participação Pública. Pronunciamento de 24.01.03. Publicado no site www.gespublica.gov.br, 2010.

Observa a Lei das S.A. (Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976) no que couber, especialmente com relação ao sistema contábil.

Seu sistema de governança é colegiado – dotada de conselho de administração. As competências da assembleia de acionistas, previstas na Lei das S.A., são exercidas pelo órgão controlador.

3.6.4 Sociedade de Economia Mista

Conceito do DL nº 200/1967 (art. 5º, inciso III): “[...] a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

- São sociedades de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades não estatais;
- São controladas pelo Poder Público, com preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores;
- Inscrição do estatuto social na Junta Comercial: prescinde de sua publicação por decreto; necessita apenas da lei autorizativa;
- Constituídas sob a forma de sociedade anônima – observa Lei das S.A.;
- Dispõem de assembleia de acionistas e seguem disposições legais quanto à transparência de sua gestão (Lei das S.A.).

3.6.5 O regime das empresas estatais

- As empresas estatais observam um regime administrativo especial, conformado por regras do regime jurídico de direito privado, com as derrogações do Direito Público estabelecidas na Constituição Federal e que incide sobre toda a Administração Indireta;¹⁰⁶
- Conforme Constituição, art. 173. § 1º, inciso II:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

106 Derrogações de direito público, imposto pela Constituição, especialmente pelos seus arts. 37, 70, 71, 74, 163 e 165.

I - [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]

- As empresas estatais exploradas de atividade econômica; produtoras ou comercializadoras de bens ou prestadoras de serviços têm autorização constitucional para observar regulamento próprio de licitação, estabelecido por lei, diferente do disposto na lei geral – Lei nº 8.666, de 1993 (Constituição Federal, art. 173, §1º, inciso III). No entanto, como essa lei ainda não foi promulgada, as empresas estatais seguem as disposições da lei geral de licitações;
- O regime de pessoal é o da CLT, com admissão por concurso público;
- Se sujeita à aprovação do Ministério do Planejamento, nos pedidos de: alteração no quantitativo de pessoal próprio, PDVs, revisão do plano de cargos e salários (inclusive de cargos em comissão), renovação de acordo coletivo, participação nos lucros (PLR) – Decreto nº 3.735, de 24 de janeiro de 2001;
- Não goza de imunidade tributária;
- Tem Sistemas administrativos próprios;
- Tem Autonomia administrativa, financeira e orçamentária;
- Não integra o orçamento fiscal ou de seguridade;
- Seu orçamento compõe o Programa de Dispêndio Global, aprovado pelo chefe do Poder Executivo;
- Integra o orçamento de investimento;
- Atua no mercado, com receita própria;
- Está sujeita ao controle interno e externo do Poder Executivo;
- Tem modelo próprio para a intervenção do Estado na área econômica;
- Não têm privilégios administrativos, tributários ou processuais;
- Sujeita à penhora de bens, com base no art. 98 do Código Civil, à exceção dos bens afetados à prestação de serviços públicos – Decisão STF – RE 407.099-RS, 2ª Turma, relator ministro Carlos Veloso e AC nº 669-MC/SP, relator ministro Carlos Brito;
- Sujeita à falência: mas, a doutrina majoritária entende inviável a decretação da falência de empresas estatais prestadoras de serviços;
- Nada há contra a falência das exploradoras de atividades econômicas (com base em José dos Santos Carvalho Filho/2006).

3.6.6 Empresa Subsidiária

- É a empresa cujo controle e gestão das suas atividades são atribuídos a empresa pública ou a sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado;
- É controlada pela empresa estatal e, portanto, considerada empresa de segundo grau (c (com base em: José dos Santos Carvalho Filho: **Manual de Direito Administrativo**, 16. ed. Rio de Janeiro. 2006, p. 415);
- Pessoa jurídica de direito privado instituída por empresa estatal, mediante autorização legal específica e registro do seu ato constitutivo na Junta Comercial;
- Denominada sociedade controlada, no Direito Comercial – Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.);
- Criada por autorização legislativa (Constituição Federal, art. 37, inciso XX) e procedimentos do Código Civil: registro do estatuto social na Junta Comercial:

Constituição Federal art. 37, inciso XX: *“depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.*

- Vincula-se diretamente à empresa estatal que a criou, sendo supervisionadas indiretamente pela Administração Direta;
- Dúvidas e debate sobre as subsidiárias:
 - a. podem ser instituídas a partir de autorização legislativa geral ou apenas mediante lei específica?;
 - b. debate na doutrina quanto à **sua inclusão ou não** na administração pública indireta:
 - I. a Constituição Federal impõe a proibição de acumular empregos e funções também às subsidiárias (art. 37, XVII);
 - II. a Constituição Federal limita a remuneração dos empregados de subsidiária ao teto previsto no inciso XI do art. 37, quando dependente do OGU;
 - III. a LRF veda a concessão de garantia às entidades da Administração Indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias (art. 40, § 6º).

- Decreto nº 3.735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais: art. 1º, §1º: “Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se empresas estatais federais as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”;
- Esse dispositivo seria indicativo de que a subsidiária se submete às mesmas derrogações do direito público impostas às empresas públicas e sociedades de economia mista e, portanto, estaria dentro da administração pública indireta?

3.7 VÍNCULOS PARAESTATAIS E DE COLABORAÇÃO¹⁰⁷

A atuação conjunta e cooperada entre o Poder Executivo e as entidades civis com ou sem fins lucrativos na realização de atividades não privativas de Estado e, especialmente, no provimento de serviços sociais de interesse público diretamente ao cidadão, está prevista expressamente na Constituição Federal e no ordenamento jurídico-legal brasileiro.

Geralmente, essa previsão é genérica e indicativa de que a parceria ou colaboração Estado-Sociedade é desejável e recomendável para o alcance dos objetivos públicos de garantir a ordem social e econômica, ficando a cargo do Poder Executivo escolher quando e com quais entidades ele irá estabelecer vínculos de cooperação.

No entanto, há casos em que a Constituição ou a lei prevê, de forma direta, o estabelecimento de relações de parceria entre a Administração Pública e entidades civis sem fins lucrativos específicas. Como exemplo, podem ser citadas as entidades civis de serviço social e formação profissional vinculadas ao sistema sindical, os serviços sociais autônomos, às quais a Constituição reconhece como parceiras e lhes garante, inclusive, fomento público a partir de fonte de recursos de origem parafiscal.

Essas entidades que mantêm vínculos de cooperação com a Administração Pública por força de lei ou da própria Constituição são reconhecidas, na doutrina jurídica nacional, como entidades com *vínculo paraestatal com o*

107 Texto de artigo “Vínculos de Cooperação entre a Administração Pública e Entidades Civis sem Fins Lucrativos – o papel das organizações sociais, das Oscips e dos serviços autônomos”, de autoria de Valéria A. B. Salgado, publicado no IV Congresso Consad de Gestão Pública, realizado em 2011, em Brasília.

*Poder Público.*¹⁰⁸ Nelas, a cooperação público-privada não decorreu da vontade e decisão do Poder Executivo, mas por reconhecimento direto e ato do Poder Legislativo.¹⁰⁹

Há diversos tipos de vínculos paraestatais que podem ser diferenciados quanto à sua previsão constitucional ou legal; quanto à natureza da atividade a ser exercida em cooperação, privativa ou não privativa de Estado; e quanto à natureza da “contrapartida” pública dada à entidade civil, geralmente de fomento com recursos de origem fiscal e parafiscal. Os ofícios públicos são exemplos de vínculos paraestatais estabelecidos com o particular, ao amparo da Constituição, para exercício de atividades que implicam poderes estatais. Esse também é o caso das autarquias corporativas instituídas antes da vigência da Constituição de 1988 que previa, expressamente, a delegação de poderes de polícia a essas entidades e as destinava recursos parafiscais, oriundos das contribuições compulsórias dos seus associados.

Há vínculos paraestatais estabelecidos com entidades instituídas exclusivamente por particulares e por particulares em conjunto com o Poder Público. Nesse último caso, destaca-se a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) cujo sistema de governança contempla a representação pública.

Usualmente o formato jurídico das entidades com vínculo paraestatal é o associativo ou o fundacional, e suas finalidades são não lucrativas, voltadas para a área social. Prestam serviços de interesse público direcionado à população; atuam no setor de pesquisa, inovação e tecnologia ou na área de articulação e mobilização social e de agentes do setor produtivo em apoio a políticas públicas.

A lei que concede o *status* paraestatal do seu vínculo com o Poder Público estabelece requisitos de suas relações de cooperação com o Poder Público, que podem envolver a garantia de financiamento público de origem fiscal

108 É bem verdade que a doutrina não tem uma conceituação clara do que sejam entidades com vínculo paraestatal. Para alguns, o conceito abrange as figuras jurídicas estatais de direito privado, ou seja, as fundações e empresas estatais, assim como os serviços sociais autônomos. Neste estudo, consideram-se paraestatais os vínculos estabelecidos entre a entidade civil e o Poder Público e não as entidades, que são privadas, criadas mediante a observância das disposições do Código Civil para o exercício de atividades de interesse público.

109 É bom lembrar que a lei não obriga e nem autoriza o particular a instituir entidade civil com ou sem fins lucrativos. Essa liberdade, ele já tem por garantia constitucional. Os incisos XVII, XIII e XX do art. 5º da Constituição asseguram aos cidadãos a liberdade de se associarem e vedam qualquer forma de imposição à associação e à permanência como associado. Assim, a lei que trata do vínculo paraestatal é dirigida, especialmente, ao Poder Público, no sentido de disciplinar suas relações com o particular.

ou parafiscal, a administração e a permissão de uso de bens públicos, dentre outros recursos. Em alguns casos, a lei impõe regras de direito público a serem observadas no âmbito da cooperação público-privado.

Quando o Poder Público participa da instituição da entidade com vínculo paraestatal, em conjunto com particulares, normalmente, essa participação estatal é minoritária, inclusive para fins de representação nos órgãos de decisão superior, embora haja exceções.

Como não há, no ordenamento jurídico nacional, norma legal que discipline a formação dos vínculos paraestatais,¹¹⁰ esses formatos apresentam grande variabilidade e respondem, em geral, às especificidades típicas do caso concreto. O certo é que essas entidades civis, constituídas para atender às disposições de comando legal específico, culminam por não se enquadrarem no universo público e no universo privado, caracterizando-se como um modelo híbrido de atuação estatal – instituído de forma conjunta entre particulares e Poder Público; com competências privadas, mas de interesse público; regido pelo direito privado, mas com prerrogativas, vantagens e condicionantes garantidas e impostas pelo direito público.¹¹¹ Daí serem nominadas paraestatais.

Essas entidades, em geral, têm o financiamento público ou parafiscal assegurado pela lei, sendo que podem dispor, adicionalmente, de outras fontes de receitas, oriundas de prestações de serviços e de mutações patrimoniais; fontes próprias de geração de receitas e de doações e legados.

As entidades com vínculo paraestatal não constitui uma forma de descentralização administrativa de competências públicas e, portanto, não

110 É importante destacar que *entidade paraestatal* não é nova categoria jurídica, diferente das previstas no Código Civil, e sim entidade civil que, pelo vínculo de cooperação que mantém com o Poder Público, é assim intitulada e distinguida dentre demais entidades civis.

111 O estatuto jurídico da entidade com vínculo paraestatal observa as normas do Direito Civil que regem as pessoas jurídicas de direito privado, observadas as disposições de direito público da lei específica que estabelece o vínculo paraestatal com o Poder Público. As entidades são civis – criadas pelo particular ou pelo Poder Público – e não se submetem às normas constitucionais de direito público impostas à Administração Pública, especialmente as estabelecidas no Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública, da Constituição Federal (arts. 37 a 43). Não estão obrigadas a prover seu quadro de pessoal por concurso público; a observar os procedimentos de licitação nos seus contratos de compra de bens e serviços; assim como prestar contas de sua gestão aos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal.

Não há um padrão na imposição dessas regras de direito público às entidades com vínculo paraestatal que irão depender do teor da lei autorizativa e do regulamento aprovado pelo Poder Público. Note-se que as regras específicas de direito público impostas ao vínculo paraestatal não se confundem com as regras do regime administrativo observado pelos órgãos e entidades estatais, de direito público ou privado. São regras especiais e não institutos administrativos.

integram a Administração Pública indireta. Na qualidade de colaboradoras do Poder Público, gozam de plena autonomia administrativa e financeira e não se submetem à supervisão e da Administração Direta, que incide sobre as autarquias, fundações e empresas estatais.¹¹²

A lei e a norma nem sempre são suficientemente claras a respeito da natureza dos controles institucionais exercidos sobre essas entidades, sendo que essa matéria é objeto de debate, especialmente ante a tendência dos órgãos de controle interno e externo de aplicarem a elas procedimentos próprios do controle da ação administrativa das entidades da Administração Pública Indireta.

3.7.1 Vínculos de cooperação público-privada, de natureza infralegal

As formas mais usuais de cooperação público-privada são aquelas previstas pela legislação, mas que se estabelecem por ato infralegal. Nelas, a decisão de celebrar ou não uma parceria é do próprio Poder Executivo, sem necessidade de uma autorização legal específica, devendo, sempre, ser motivada.¹¹³

Os principais modelos de cooperação entre órgãos e entidades públicos e associações ou fundações privadas, previstos na legislação federal são os seguintes:

- a.** a qualificação de entidades civis como organizações sociais, para fins de fomento e parceria (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988);
- b.** a qualificação de entidades civis como delegatárias de águas, para exercício de atividades de agências de águas (Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997);
- c.** a qualificação de entidades civis como organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), para fins de fomento e parceria (Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999);
- d.** a qualificação de fundações civis em fundações de apoio a instituições públicas federais de ensino superior e de pesquisa (Lei nº 8.958, de 1994); e

112 O ofício público é uma exceção, visto que exerce competência pública delegada.

113 Constituem exceções as relações de colaboração paraestatais estabelecidas com particulares, previstas em lei.

- e. a celebração de convênios com entidades civis (Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010 – LDO 2011).

Quando o Poder Executivo qualifica uma associação ou fundação privada sob o modelo de organização sócia, agência delegatária de águas, Oscip ou fundação de apoio, o objetivo é ampliar a sua capacidade de regulação, especialmente por meio do aumento da oferta de serviços sociais à população e de realização indireta de outras atividades de interesse público. Cada um desses vínculos de cooperação é criado por um diploma legal específico, que institui o modelo de cooperação e parceria e lhe define as principais características, principalmente as de ordem regulatória, sobre as relações público-privadas a serem estabelecidas sob sua égide.

Normalmente, essas normas tratam de definir o modelo de ajuste público-privado que formaliza a cooperação; dispõem sobre as principais cláusulas contratuais ou conveniais que garantem a observância do interesse público e estatuem as formas de acompanhamento, avaliação e fiscalização dos resultados obtidos no âmbito da relação cooperada.

Assim, embora o modelo de cooperação tenha sido instituído por lei, o vínculo de cooperação público-privado tem natureza infralegal, formalizado pelo instrumento contratual ou convenial, que estabelece as obrigações e responsabilidades das partes e outras cláusulas importantes, inclusive sobre a eventual transferência de recursos financeiros do orçamento público para a entidade parceira.

Vê-se que essa forma de cooperação diferencia-se da cooperação paraestatal por se tratar de uma autorização genérica dada pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo para que esse eleja, mediante critérios públicos e transparentes, as entidades civis sem fins lucrativos com as quais pretenda estabelecer relações de parceria. No caso do vínculo paraestatal, a entidade parceira já é identificada na própria lei autorizativa da relação de cooperação.

Embora já tenha sido dito, é bom lembrar, novamente, que:

- a. a relação de cooperação público-privada não implica a delegação de competências e poderes públicos. Ainda que exerçam atividades ou prestem serviços relacionados com objetivos públicos, as entidades contratadas ou parceiras são privadas, imbuídas de espírito público. Não cumprem competência estatal e não estão investidas de autoridade pública. Suas atividades são de interesse público e não substituem, mas complementam, a ação estatal; e

- b.** o fato de celebrar um contrato, convênio ou outra forma de ajuste com o Poder Público, de cooperação público-privada não altera a natureza jurídica da entidade privada, que, assim, não se submete aos regramentos do direito público que regem os órgãos e entidades públicos da Administração Direta e Indireta. Essas entidades não se submetem, por exemplo, ao instituto do concurso público e da licitação – exclusivos da Administração Pública. Também não são obrigadas a prestar contas de sua gestão aos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo. Prestam contas ao órgão ou entidade pública com o qual celebraram o ajuste de parceria e fomento e podem se submeter a regras especiais no que concerne à contratação de pessoal ou às suas compras e contratações, por força dos termos que ajustarem com o Poder Público.

Dentre os formatos de cooperação existentes no Governo Federal e mencionados anteriormente, pode-se fazer uma importante diferenciação: as OS, as agências delegatárias de águas e as fundações de apoio são modelos de qualificação direcionados a parcerias de longo prazo, para a realização de atividades de interesse público de natureza continuada. As leis que instituíram esses modelos previram mecanismos de co-gestão público-privada para garantir a observância dos interesses públicos e o alinhamento da entidade aos objetivos da Administração.

Já o modelo de qualificação de Oscips foi concebido para facilitar e agilizar as relações de cooperação entre o Poder Público e as entidades civis, na realização de projetos específicos de curta ou média duração e, portanto, não contempla a preocupação com a co-gestão e sim com as formas de eleição dos projetos e respectivas entidades que irão executá-los.

Um aspecto interessante nos modelos que contemplam a co-gestão público-privada é o questionamento sobre a participação do Poder Público na governança das entidades parcerias, tida, usualmente, como uma ingerência pública no processo decisório superior da entidade privada.

Um dos alvos desses questionamentos tem sido a Lei Federal nº 9.637, de 1998, que instituiu o modelo das organizações sociais como um modelo de parceria de longo prazo, embora, nesse caso, a lei tenha deixado claro de que a previsão da representação pública nos órgãos internos da entidade privada tem de ser uma iniciativa da própria entidade civil e não uma imposição do Poder Público.

No caso da celebração de convênios, a lei tem considerado a participação de dirigentes públicos ou servidores nos conselhos de administração de entidades privadas como fator impeditivo para que essa entidade possa receber fomento público a qualquer título, a não ser nos casos em que houver explícita previsão legal dessa participação (*vide* art. 37 da Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2001). A preocupação maior é a de evitar a corrupção, nos casos em que a participação do agente público nos órgãos decisórios da entidade privada parceira do Estado não decorrer de decisão estritamente institucional, voltada para uma melhor defesa do interesse público dentro dessas estruturas privadas. Por isso, a importância das exceções previstas, que isentam da limitação legal, a representação pública nas entidades privadas, quando a medida atender a interesse da Administração Pública.

Cooperação entre o Poder Público e entidade civis

“lei quadro”: autoriza o Executivo a selecionar entidade e com ela estabelecer relação de cooperação

Qualificação por **ato do Executivo**

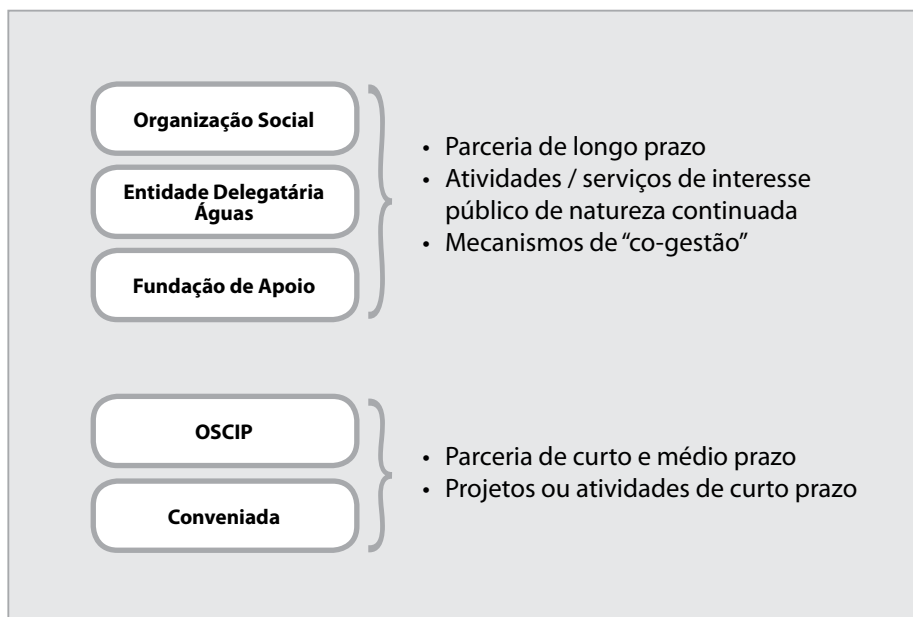


Figura 3 – Comparativo entre vínculos infralegais

Outro ponto interessante de ser comentado refere-se ao controle interno e externo das atividades de interesse público realizadas pela entidade civil sem fins lucrativos, com vínculo de cooperação firmado com o Poder Público. Nesse aspecto, é sempre didático lembrar que a entidade de colaboração é uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, instituída pelo particular e, como tal, sua gestão administrativa, patrimonial ou financeira não está submetida ao controle interno e externo do Poder Executivo.

Quando mantém vínculo de colaboração com o Poder Público e recebe recursos públicos a título de fomento, deve prestar contas à Administração sobre o cumprimento das cláusulas contratuais e o alcance dos objetivos e metas que lhe tiverem sido fixadas. Esse controle é exercido pela Administração Pública, notadamente no que se refere à verificação do alcance dos resultados esperados com a parceria ou o apoio público. Quem presta contas aos órgãos de controle interno e externo é a Administração Pública, sobre os resultados alcançados no ajuste e em relação ao seu próprio desempenho como negociadora e fiscalizadora do contrato ou convênio.

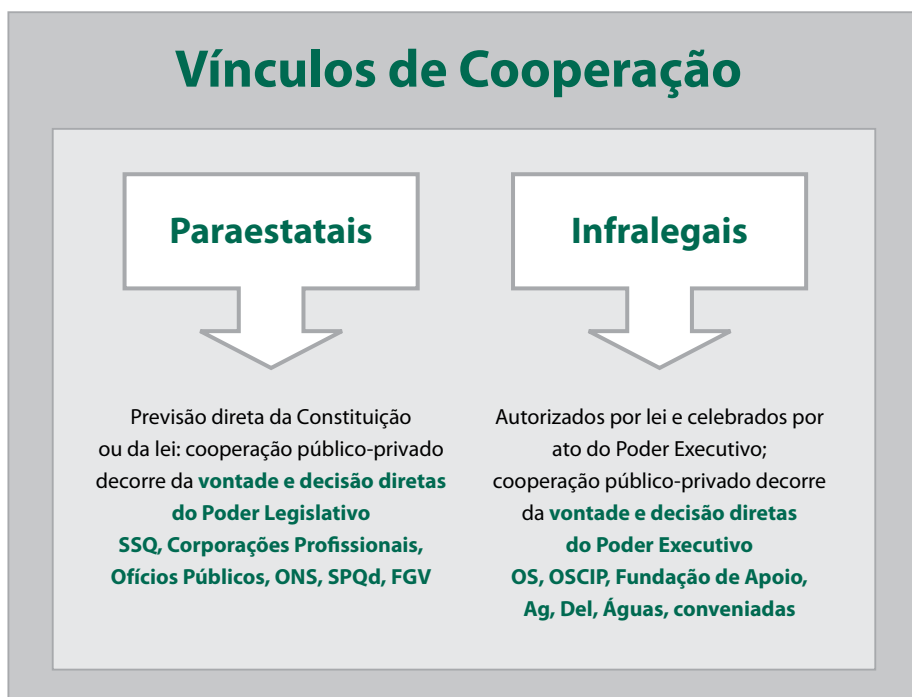


Figura 4 – Comparativo entre vínculos paraestatais e vínculos infralegais

3.8 OFÍCIOS PÚBLICOS

3.8.1 Referencias constitucionais e legais

- É competência privativa da União, legislar sobre registros públicos (Constituição Federal art. 22, XXV);
- A Constituição Federal, em seu art. 236, estabelece: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”;
- A Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, e, posteriormente, a Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, regulamentaram o art. 236 da Constituição Federal.

3.8.2 Conceito e natureza jurídica

Os serviços notariais e de registro são serviços públicos, exercidos em caráter privado através de delegação.

Os delegatários são pessoas físicas, particulares que, ao desempenhar funções que caberiam ao Estado, colaboram com a Administração pública, sem integrar a categoria de servidor público.

Os titulares são denominados notários ou tabeliães e oficiais de registro ou registradores, como sinônimos.

3.8.3 Os registros públicos

A execução dos serviços exige a participação de outras pessoas e, para tanto, podem os delegatários contratar empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. Os empregados são escreventes ou auxiliares, ficando a critério de cada titular determinar o número a contratar.

Dentre os escreventes, o notário ou registrador escolherá os substitutos para, simultaneamente com o titular, praticar todos os atos que lhe sejam próprios. Dentre os substitutos, um será designado pelo titular para responder pelo serviço em suas ausências ou impedimentos.

3.8.4 Extinção da Delegação

Extingue-se a delegação nas hipóteses elencadas no art. 39 da Lei nº 8.935/1994: morte do titular, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia, perda e descumprimento da gratuidade conferida pela Lei nº 9.534, 10 de dezembro de 1997 (não cobrança de emolumentos pelo registro civil de nascimento, pelo assento de óbito e pela primeira respectiva certidão).

A aposentadoria, facultativa ou por invalidez, segue as normas da legislação previdenciária oficial. A perda da delegação, como sanção disciplinar, depende de sentença judicial transitada em julgado ou de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito à defesa.

3.9 CORPORAÇÕES PROFISSIONAIS

3.9.1 Conceito e natureza jurídica

Corporação profissional ou associação profissional é pessoa jurídica de direito público não estatal, criada por associação de classe, mediante autorização específica de lei federal a ela concedida.

Exerce finalidade privativa do Poder Público – de fiscalizar e regular o exercício das profissões poderes de polícia – e, portanto, são reconhecidas como entidades autárquicas, submetendo-se ao direito público no exercício de seu poder fiscalizador, regulador e sancionador.

Também denominada “autarquia corporativa”, pelos poderes de Estado que exerce.

Esses poderes estavam previstos na Constituição Federal de 1937:

Art 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Foram mantidos na Constituição Federal de 1967:

Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei.

§ 1º Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

E foram mantidos na EC nº 1/1969, renumerado para art. 166.

Não há, na atual Constituição Federal, a autorização, presente nas constituições anteriores, para a delegação de funções públicas a entidades profissionais.

A Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, art. 58, *caput*, e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, tentou resgatar a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, como entes públicos, criados por lei, de natureza autárquica e delegação para o desenvolvimento de atividades típicas de Estado, em entidades de direito privado.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no voto da ADI nº 1.717-6/DF, de 7 de novembro de 2002, declarou a inconstitucionalidade do art. 58, *caput*, e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649, de 1998, e manteve, entretanto, a constitucionalidade do §3º do mesmo artigo que vedava a aplicação a estas entidades do regime jurídico da Lei nº 8.112, de 1990:

[...] a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

Entendimento do STF à respeito da OAB – ADIn nº 3.026-4 – Distrito Federal – Acórdão de 8.6.2006 – ministro relator: Eros Grau:

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das

personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”

5. Por não se configurar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

Entendimento do STF – ADIn nº 3.026-4 – Distrito Federal - Acórdão de 8.6.2006 – Voto do Relator, ministro Eros Grau: “O regime estatutário disciplina as relações entre servidores públicos e a Administração Pública, não sendo extensivo a outras entidades tão-somente porque a criação destas últimas decorreu de lei”.

3.9.2 As instituídas antes da vigência da Constituição Federal de 1988

- Nas relações com seus empregados está sujeita ao direito do trabalho, não sendo obrigatória a realização de concurso público para a contratação;
- Rege-se pelo direito privado nas suas relações com terceiros em geral, especialmente na aquisição e alienação de bens ou contratação de obras, fornecimentos e serviços;
- Tem arrecadação própria;
- Os orçamentos dos conselhos de fiscalização de profissão regulamentada, constituídos sob a forma de autarquia não integram o OGU: LDO 2010, art. 6º, §1º, inciso II.

3.9.3 Inseguranças jurídicas quanto à natureza das corporações profissionais, à luz da Constituição Federal

As atuais entidades fiscalizadoras de atividades profissionais foram criadas com base em dispositivos constitucionais anteriores – descritas, na lei de criação, como autarquias com delegação para o desenvolvimento de atividades típicas de Estado. São entidades de natureza associativa-corporativa, organizadas por particulares coletivamente interessados das respectivas profissões e, não integrantes da estrutura da administração pública.

Questiona-se: (a) o formato a ser dado a essas entidades, visto que o texto da Constituição atual veda a delegação; e (b) a possibilidade da criação de

novos conselhos com a delegação das funções regulatória e fiscalizatória, sob o formato jurídico de autarquia corporativa.

3.10 SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO

3.10.1 Conceito e personalidade jurídica

Modelo criado na década de 1940, consistente com a visão corporativa de Estado introduzida pelo Estado Novo.

É entidade privada de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical (Constituição Federal, art. 240).

Atua no âmbito da relação econômica, capital e trabalho.

Os serviços sociais autônomos (SSA) são as entidades que compõem o tradicional Sistema S.

3.10.2 Referências constitucionais

Previsão na Constituição Federal de 1937:

Art 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Previsão na Constituição Federal de 1967:

Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei."

§ 1º Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

Texto mantido na EC nº 1/1969, renumerado para art. 166.

Referências na Constituição Federal de 1988:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

[...]

ADCT – Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área.

3.10.3 Finalidade

Prestar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais.

3.10.4 Personalidade e natureza jurídica

Conceito doutrinário: pessoa jurídica criada ou prevista por lei como entidade privada de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical e sujeita ao disposto no art. 240 da Constituição Federal.

Não há regra que determine a forma jurídica do SSA. Podem assumir o formato de fundação, associação ou formato jurídico especial, insuscetível de perfeito enquadramento nas categorias previstas no Código Civil.

É entidade civil de direito privado, “criada” por lei federal ou a partir de autorização legal. Geralmente, seu regulamento é estabelecido por decreto. Normalmente, é criada por outra entidade civil, corporação representativa de setor da economia, mediante autorização legal.

Adquire personalidade jurídica com a inscrição do seu ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Sua relação com a administração pública tem natureza paraestatal ou para-administrativa, visto que é criado por lei ou a partir de autorização legal específica, mas fora da administração pública indireta.

Vincula-se ao órgão da administração direta relacionado com suas atividades para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção. Essa vinculação com o Poder Público é diferenciada das entidades da administração indireta.

3.10.5 Regime jurídico

O serviço social autônomo rege-se pelo Direito Privado com a incidência das normas de Direito Público previstas na lei autorizativa.

Não está obrigado à observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Não se aplicam a eles as normas constitucionais referentes à administração pública (artigos 37 e 38). Não se submete a regras do regime administrativo, apenas ao controle da aplicação dos recursos de origem pública, por força do art. 70 da Constituição Federal.

Observa a legislação privada, inclusive no que se refere ao regime de pessoal, ao processo de compras de bens e serviços e de contabilidade e finanças com as derrogações impostas na lei autorizativa, quando houver.

3.10.6 Regime de pessoal

Regime celetista: não precisa fazer concurso público – as leis mais recentes de SSAs estabelecem a exigência de processo seletivo.

3.10.7 Outros aspectos principais

- a.** As entidades constituídas sob a forma de serviço social autônomo, destinatárias de contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários devem divulgar, semestralmente, pela Internet, dados e informações atualizados acerca dos valores recebidos à conta das contribuições, bem como das aplicações efetuadas, discriminadas por finalidade e região. (LDO 2010, art.6º, §3º);
- b.** Mantido por contribuições parafiscais, conforme previsão da lei autorizativa;
- c.** Tributam o setor privado (as empresas): tributos que incidem sobre a folha de salários das empresas pertencentes à categoria correspondente e se destinam a financiar atividades que visem ao aperfeiçoamento profissional e à melhoria do bem-estar social dos trabalhadores;

- d.** Prestam serviços de formação profissional diretamente aos trabalhadores do setor tributado;
- e.** Patrimônio constituído por doações e legados. Em caso de extinção, o patrimônio deve ser revertido para as entidades instituidoras, na forma estabelecida no estatuto;
- f.** Não está sujeito à licitação, embora leis mais recentes de SSAs estabeleçam a exigência de regulamento próprio de compras;
- g.** Têm orientação jurídica própria;
- h.** Imunidade tributária, quando enquadrados nos casos contemplados no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal;
- i.** Tem estrutura e cargos estabelecidos na forma do estatuto social;
- j.** Sujeito ao controle interno e externo do Poder Executivo;
- k.** Estrutura de governança;
- l.** Composto por um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma diretoria-executiva;
- m.** Em geral, representação majoritária de entidades civis (corporações, federações e conselhos) representativas das empresas tributadas e minoritária do Poder Público;
- n.** Não há representação de pessoas físicas – apenas jurídicas;
- o.** Presidência do órgão deliberativo exercida por representação de entidade privada, em geral, da instituidora (confederação);
- p.** Diretoria-executiva indicada pelo presidente do SSA ou por eleição pelos conselheiros nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial, de serviços e tecnológica.

3.10.8 O serviço social autônomo na jurisprudência

Acórdão de 8.8.2007, ADIn 1.864-9 Paraná, Serviços – ministro Relator Originário, Maurício Corrêa – ministro relator para o Acórdão, Joaquim Barbosa:

Serviços sociais são entes de cooperação, classificados como paraestatais, caminhando ao lado do Estado para o desempenho de atividades de interesse público ou social. (Voto do Relator Original)

[...]

Serviços sociais são entes paraestatais cujo objetivo é promover a cooperação com o Poder Público no desempenho de suas atribuições. Com personalidade de direito privado, prestam assistência ao Estado e são mantidos

por meio de dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais. (Voto do Relator Original).

Importante: o sentido do termo “prestam assistência ao Estado” é o de ajudar ao Estado a prestar serviços e não prestar serviços ao Estado-cliente.

Não procede a afirmação de ofensa ao artigo 37, II, da Carta Federal, tendo em vista que, conforme ficou salientado, os serviços sociais não integram a Administração Pública, a quem está endereçada a norma constitucional. Somente a lei ou as normas internas podem sujeitar os entes de cooperação à observância de contratar seus empregados mediante concurso público. (Voto do Relator Original).

[...]

Nem no atual ordenamento constitucional cabe considerar os serviços sociais autônomos como entidades da administração indireta, visto que os incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição enumeram exhaustivamente o rol das pessoas jurídicas que a compõem: autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, e suas subsidiárias. Os serviços sociais são entes de cooperação classificados como paraestatais, caminhando ao lado do Estado para o desempenho de atividade de interesse público ou social. (Voto do Relator Original).

[...]

A Constituição Federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do Paranaeducação.

[...]

A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado.

[...]

A Constituição Federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do Paranaeducação.

3.10.9 ABDI e Apex – singularidades da lei autorizativa

- Instituídos pelo Poder Público (a partir da autorização legislativa);
- Serviços direcionados para empresas – “entidades de interface”;
- Atribuições originárias do Sebrae;
- Recebem parte da contribuição parafiscal destinada ao Sebrae;
- Em caso de extinção, os legados, doações e heranças que lhe forem destinados, bem como os demais bens que venha a adquirir ou produzir, serão incorporados ao patrimônio da União;
- Realizam processo seletivo para contratação de empregados;
- Elaboração e publicação de “manual de licitações”;
- ABDI – Instituída a partir da Lei nº 11.080, 30 de dezembro de 2004, com a finalidade: promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia.

3.10.9.1 Estrutura de governança da Apex

- Composta por um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma diretoria-executiva;
- Representação majoritária de entidades civis (CNI, AEB, Sebrae e outros). Representação minoritária do Poder Público;
- Presidência do órgão deliberativo: eleito pelos conselheiros;
- Diretoria-Executiva é composta por um presidente, indicado pelo presidente da República, e por dois diretores, indicados pelo conselho deliberativo e nomeados pelo presidente da Apex-Brasil, demissíveis *ad nutum*.

3.10.9.2 Estrutura de governança da ABDI

- Estrutura de governança da ABDI;
- Composto por um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma diretoria-executiva;
- Representação majoritária do Poder Público. Entidades civis representadas: CNI, CNC, Sebrae, Apex, CUT e outros;
- Presidência do órgão deliberativo: eleito pelos conselheiros;

- A diretoria-executiva, órgão responsável pela gestão técnica e administrativa da ABDI, é composta por um presidente e dois diretores, escolhidos e nomeados pelo presidente da República, para um período de quatro anos, demissíveis ad nutum;
- “Os serviços sociais autônomos têm natureza jurídica muito específica, pois se destinam à gestão de determinada atividade privada, a qual, em virtude de interesse público subjacente, recebe o incentivo do Estado. Noutras palavras, destinam-se os serviços sociais autônomos a gerir e desenvolver atividades privadas, embora de algum modo incentivadas e fomentadas pelo Estado.” (Voto do Relator Joaquim Barbosa, p.134, para o Acórdão da ADIn. 1.864-9);
- Segundo define Diogo Moreira de Figueiredo Neto¹¹⁴, os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pelo Estado para o desempenho de atividades delegadas de interesse público ou social, sob o princípio da descentralização por cooperação. Os serviços sociais autônomos para atuarem como entidades de cooperação recebem uma delegação legal da entidade política matriz.

3.10.9.3 Serviço social “prestador de serviços sociais”

Além do modelo tradicional de SSA do Sistema S existem algumas entidades instituídas pelo Poder Público sob a denominação de SSA para a prestação de serviços sociais. A finalidade institucional dessas entidades é a de prestar de serviços sociais diretos aos cidadãos, em geral.

São instituídas pelo Poder Público (não apenas o Federal, mas também o estadual ou municipal) a partir de autorização legal. O decreto estabelece seu regulamento.

Em alguns casos, estabelecem com o Poder Público relações de fomento e parceria, via contrato de gestão e por força desse contrato, recebem recursos financeiros transferidos pelo Poder Público.

Essa modalidade de entidade paraestatal pode ser instituída com a finalidade de auxiliar o Estado a cumprir suas obrigações e não para exercer competência estatal. Tem estrutura jurídica similar à dos serviços sociais

114 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 258.

autônomos tradicionais: não integram a administração pública e observam regras do direito privado e os dispositivos específicos da lei que autorizou ao Poder Público a sua criação.

O STF, na apreciação da ADI nº 1.864-9 Paraná, de 8 de agosto de 2007, evitou denominar essas entidades como SSA: *“Entidade instituída com o fim de auxiliar o Poder Público, com atuação paralela à do Estado em regime de cooperação, sendo mero auxiliar na execução de função pública”*.

No Poder Executivo, é um exemplo desse tipo de serviço social autônomo a Rede Sarah. No âmbito estadual, há Paranaprevidência, Paranacidade, Paranaeducação, Ecoparana e Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade. Na esfera municipal, podem ser mencionados como exemplos: Instituto Curitiba de Saúde e Hospital Alcides Carneiro (Petrópolis-RJ).

3.10.9.3.1 Aspectos do modelo de serviço social autônomo “prestador de serviços sociais”

Levantados pelos ministros do STF, durante a apreciação do Acórdão de 8.8.2007, ADIn 1.864-9 Paraná, Serviços:

- Natureza “pirandeliana” desse ente (Ministro Sepulveda Pertence, fl. 176);
- A característica de ser “auxiliar” não pode ser só uma palavra na norma, de forma que, verdadeiramente, a entidade assuma o serviço e não exerça a função de auxiliar o Estado na prestação de serviço. (Ministra Carmen Lucia, fl.158);
- O importante na definição de um modelo não é a denominação que se dá à entidade. Para aferir sua categoria jurídica é preciso verificar a resultante de todas as normas da lei: a delimitação do seu campo de atuação, se a lei prevê competências e estabelece o tipo de atividade, a estruturação do serviço. (Ministro Cezar Peluzo, fl.159);
- “O Sistema administrativo brasileiro vem evoluindo para comportar novas entidades no seio da Administração Pública ou como suas auxiliares. Essa tendência, ainda recente em nosso ordenamento, visa a propiciar maior eficiência da gestão pública e da participação da sociedade nos destinos do país, em todas as esferas políticas. No entanto, essa abertura do modelo tradicional não pode significar o abandono de princípios básicos do direito público nem, muito menos, o

desvirtuamento da atuação do Estado em setores de evidente relevância social.

“Assim, a instituição, pelos membros da Federação, de entidades auxiliares da gestão pública de determinados serviços deve ser analisada com o rigor necessário à preservação do interesse público. Noutras palavras, sendo a educação um direito público subjetivo e serviço público essencial do Estado, qualquer entidade que venha a interferir no sistema educacional dos estados e municípios deve respeitar os princípios da Administração Pública.” Voto do Relator Ministro Joaquim Barbosa para o Acórdão da ADIn. 1.864-9, p.131

3.10.9.3.2 A estrutura de governança do SSA Sarah

- É composta por um conselho deliberativo e uma diretoria-executiva;
- Composição majoritária de pessoas físicas. Representação do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde e dos empregados da Associação das Pioneiras Sociais. Não há representação do Poder Público;
- Presidência do órgão deliberativo exercida por representação de entidade privada, em geral, da instituidora (confederação);
- Diretoria-executiva indicada pelos membros do conselho, mediante processo eletivo.

3.11 ORGANIZAÇÃO SOCIAL

3.11.1 Conceito e natureza jurídica

- Titulação concedida pelo Poder Público a uma associação ou fundação privada, instituída por particulares, para a celebração de relação de parceria e fomento para a realização de atividade de interesse público, de longo prazo;
- É uma forma de colaboração com entidades civis sem fins lucrativos, regulada pela Lei nº 9.637/1998;
- A organização social (OS) é uma associação ou fundação privada, instituída por particulares, qualificada como parceira pelo Poder Público;

- A entidade qualificada tem personalidade jurídica de direito privado (regida pelo Código Civil);
- A qualificação pelo Poder Público tem a finalidade de fomento e parceria nas atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde;
- A Organização Social é qualificada por decreto;
- Pronunciamento do STF, ministro Gilmar Mendes, em seu Voto-Vista da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5 Distrito Federal, de 1º.8.2007:

As Organizações Sociais, portanto, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade. De produtor direto de bens e serviços públicos o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas, exercendo, ainda, um controle estratégico de resultados dessas atividades. O contrato de gestão constitui o instrumento de fixação e controle de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados à sociedade.

- Os critérios de seleção de organização social devem ser explicitados na lei ou no regulamento;
- A organização social não recebe recursos orçamentários e sim recursos financeiros a título de fomento (por transferência). O fomento não é pagamento por serviços, mas fomento à atividade-fim da entidade parceira;
- Parceria entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos deve decorrer da capacidade da sociedade de contribuir e não apenas de receber recursos (financeira, técnica, de mobilização/associação, de gestão democrática, dentre outros). A necessidade de flexibilizar a gestão pública não deve ser a razão para transferir funções de Estado para a sociedade civil;
- A qualificação requer o atendimento a requisitos estatutários pela entidade civil e a manifestação do ministro responsável pela área quanto à conveniência e oportunidade da medida;
- Previsão no estatuto social da finalidade não lucrativa e da obrigatoriedade de investimento dos excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades.

3.11.2 Requisitos de Qualificação (dentre outros)

- a. Previsão da participação do Poder Público e da sociedade civil no Conselho de Administração;
- b. Proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido;
- c. Previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados/doações que lhe foram destinados e dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades ao patrimônio de outra OS qualificada no âmbito da União, em caso de extinção ou desqualificação;
- d. Obrigatoriedade de publicação anual, no DOU, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão.

3.11.3 Participação do Poder Público no Conselho de Administração

A participação do Poder Público e da sociedade civil no Conselho de Administração é uma forma de veiculação do título de OS:

- a. do fim social;
- b. da sua finalidade não lucrativa;
- c. do cumprimento dos objetivos do contrato de gestão; e
- d. da aplicação de seus recursos em seu fim social.

3.11.4 Efeitos do título de organização social

O título de organização social habilita ao estabelecimento de uma parceria de longo prazo com o Poder Público:

- a. atividades e serviços aos cidadãos de natureza perene;
- b. permissão de uso de bens públicos móveis e imóveis;
- c. cessão de servidores públicos à OS, com ônus para a origem; e
- d. as alterações estatutárias viabilizam a tutela do título pelo Poder Público.

3.11.5 Competências privativas do Conselho de Administração da Organização Social

- a. Fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

- b.** Aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;
- c.** Aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;
- d.** Fixar a remuneração dos membros da diretoria;
- e.** Aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;
- f.** Aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento e cargos e respectivas competências;
- g.** Aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria; e
- h.** Fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

3.11.6 Composição do Conselho de Administração

- a.** 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- b.** 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
- c.** Até 10%, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
- d.** 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e
- e.** Até 10% de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

3.11.7 Contrato de gestão

- Pronunciamento do STF, ministro Gilmar Mendes, em seu Voto-Vista da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5 Distrito Federal, de 1º.8.2007:

A principal função do contrato de gestão é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de

resultados das atividades da organização social. Assim, deverá o contrato de gestão conter: I – especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (art. 7º).

- Objetivo do contrato: estabelecer as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, especialmente as metas de desempenho e o montante de recursos a título de fomento;
- O contrato é firmado entre a OS e o órgão ou entidade da área de atuação em que esteja inserido o objeto social da entidade;
- É supervisionado pelo órgão ou entidade signatário, a quem a OS deve prestar contas.

3.12 ENTIDADE DELEGATÁRIA DAS FUNÇÕES DE AGÊNCIA DE ÁGUA

3.12.1. Referência legal

A Lei nº 9.433, 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e estabeleceu características e requisitos da agência de água (arts. 41 a 44), especialmente sobre sua função de secretaria executiva do comitê (ou comitês) de bacia hidrográfica, na mesma área de atuação do comitê (ou comitês) de bacia hidrográfica.

A lei condicionou a criação da agência de água aos seguintes fatores:

- a. prévia existência do comitê de bacia hidrográfica e à viabilidade financeira assegurada pela cobrança de uso dos recursos hídricos em sua área de atuação;
- b. criação por solicitação de um ou mais Comitês de Bacia Hidrográfica;
- c. criação autorizada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) ou pelos conselhos estaduais de recursos hídricos.

A Lei nº 9.433/1997, art. 51, previu a delegação das funções de agência de água a entidades civis sem fins lucrativos:

Art. 51. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos poderão delegar a organizações sem fins lucrativos relacionadas no art. 47 desta Lei, por prazo determinado, o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto esses organismos não estiverem constituídos. (Redação dada pela Lei nº 10.881, de 2004)

Nos termos do art. 47 da Lei nº 9.433/1997, são reconhecidos como entidades civis de recursos hídricos (entidades delegatárias):

“I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas;
II - associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos;
III - organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos;
IV - organizações não governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; e
V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.”

3.12.2. Personalidade jurídica

A entidade delegatária de agências de águas tem personalidade jurídica de direito privado. Recebe delegação do CNRH para exercer funções de competência de agências de água – até que seja instituída a agência de água.

Firma contrato de gestão com a ANA e pode receber, por força do contrato de gestão, bens e recursos transferidos da agência provenientes das receitas da cobrança pelos usos de recursos hídricos em rios de domínio da União.

Pode ser autorizada a cessão de bens públicos à entidade delegatária e a ANA pode designar servidores do seu quadro para auxiliar a implementação das atividades da entidade delegatária. Não é cessão!

3.12.3. Contrato de gestão

- Signatários: ANA, entidade delegatária e comitê de bacia hidrográfica;

- Objeto: autorizar a entidade delegatária ao exercício das funções de Agência de Água e estabelecer metas para o seu desempenho;
- São exigidas a manifestação do comitê de bacia hidrográfica sobre os termos do Contrato de Gestão e aprovação do ministro do Meio Ambiente.
- Comissão de avaliação instituída pela ANA;
- Rescisão: pela ANA, quando houver descumprimento do contrato de gestão. A rescisão deve ser precedida de processo administrativo, assegurado direito a ampla defesa;
- Os administradores da entidade delegatária respondem individual e solidariamente por danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão;
- Conteúdo mínimo:
 - a. programa de trabalho: metas, indicadores, prazos;
 - b. limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens para dirigentes e empregados;
 - c. exigência de apresentação à ANA de relatório de desempenho do contrato;
 - d. publicidade do contrato;
 - e. vedação da possibilidade de delegação das competências;
 - f. forma de relacionamento da entidade com o Comitê de Bacia; e
 - g. forma de relacionamento e cooperação da entidade delegatária com entidades estaduais relacionadas ao gerenciamento de recursos hídricos na Bacia.

3.13 FUNDAÇÃO DE APOIO

3.13.1 Previsão legal e normativa

1. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro 1994, alterada pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.
2. Decreto nº 7.423, de 31 de dezembro de 2010.
3. Portaria MEC/MCT nº 475, de 15 de abril de 2008.
4. Portaria MEC/MCT, nº 3.185, de 14 de setembro de 2004.

3.13.2 Conceito e natureza jurídica

- É uma titulação conferida a uma fundação privada.

- A fundação de apoio é uma fundação civil – pessoa jurídica de direito privado, instituída por particulares, a partir de seus próprios recursos, na forma das disposições do Código Civil.
- A Lei nº 8.958/1994 autoriza que as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, contratem fundações de apoio, nos termos com dispensa de licitação, por prazo determinado (inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993).
- Instituições federais de ensino superior (Ifes) são as universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.
- Fundações de apoio são instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.
- Segundo o art. 1º do Decreto nº 7.423, de 2010:
 - a.** a caracterização de fundações como fundação de apoio é condicionada ao prévio registro e credenciamento, por ato conjunto dos Ministérios da Educação e da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos do inciso III do art. 2º da referida lei e da regulamentação estabelecida por esse decreto;
 - b.** a fundação registrada e credenciada como fundação de apoio visa dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições apoiadas e, primordialmente, ao desenvolvimento da inovação e da pesquisa científica e tecnológica, criando condições mais propícias a que as instituições apoiadas estabeleçam relações com o ambiente externo.
- Conceito de desenvolvimento institucional; são os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para o cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no Plano de Desenvolvimento Institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos.

A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para a melhoria de infraestrutura deverá limitar-se às obras laboratoriais, aquisição de materiais e equipamentos e outros insumos especificamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

É vedado o enquadramento, no conceito de desenvolvimento institucional, de:

I – atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância e reparos;

II – serviços administrativos, como copeiragem, recepção, secretariado, serviços na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia, demais atividades administrativas de rotina, e respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de funcionários; e

III – realização de outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada.

3.13.3 Fomento público à fundação de apoio

- A lei 8.958/1994 (art. 3º) estabelece que, na execução de atividades que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações de apoio são obrigadas a:
 - a. observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;
 - b. prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;
 - c. submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante; e
 - d. submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo TCU e CGU.

3.13.4. Características principais da fundação de apoio

- Não integra a Administração Pública Indireta.

- Sujeita à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil;
- Não é criada por lei – sua instituição observa as normas do Código Civil;
- Não está sujeita a normas de direito público. Apenas às impostas pela Lei nº 8.958/1994 – que estabelece o vínculo com as instituições federais;
- Regime de pessoal CLT, contratado sem concurso e remunerado com base em valores de mercado;
- Seus recursos são próprios, oriundos do convênio que estabelece com o Poder Público e de outras fontes.

3.13.5 Participação de servidores públicos nas fundações de apoio

A Lei nº 8.958/1994 autoriza que servidores das instituições federais participem das atividades realizadas pelas fundações de apoio, sem prejuízo de suas atribuições funcionais, na forma das normas aprovadas pelo órgão de direção superior daquelas instituições federais (art. 4º).

A atuação dos servidores públicos nas fundações de apoio não constitui vínculo empregatício, sendo autorizada a concessão a eles de bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.

A atuação dos servidores públicos nas fundações de apoio não pode coincidir com a sua jornada de trabalho na instituição federal à qual pertence.

Na execução dos projetos de interesse da instituição apoiada, a fundação de apoio pode contratar complementarmente pessoal não integrante dos quadros da instituição apoiada, observadas as normas estatutárias e trabalhistas.

É vedada à contratação de pessoal pela fundação de apoio para a prestação de serviços de caráter permanente na instituição apoiada.

Os cargos de membros da diretoria e dos conselhos das fundações de apoio podem ser ocupados por servidores das instituições apoiadas. Esses cargos não são remunerados.

3.13.6 Credenciamento como fundação de apoio

O credenciamento ocorre a pedido da fundação de apoio.

O pedido de credenciamento ou de renovação de credenciamento, junto com o respectivo registro da fundação de apoio é analisado pelo conselho

superior da instituição federal a ser apoiada, que manifesta a sua concordância e registra em ata.

As normas de credenciamento são expedidas pelos ministérios da Educação e da Ciência, Tecnologia e Inovação.

Anualmente ou sempre que exigido pela instituição apoiada, a fundação de apoio deverá submeter à aprovação do órgão colegiado da instituição balanço e relatório de gestão e das atividades desenvolvidas, bem como emitir balancetes e relatórios parciais sempre que solicitado pela instituição apoiada.

3.13.7 Projetos públicos desenvolvidos em parceria com fundação de apoio

Os projetos desenvolvidos com a participação das fundações de apoio devem ser baseados em plano de trabalho, no qual sejam precisamente definidos:

- a.** objeto, projeto básico, prazo de execução limitado no tempo, bem como os resultados esperados, metas e respectivos indicadores;
- b.** os recursos da instituição apoiada envolvidos, com os ressarcimentos pertinentes, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.958, de 1994;
- c.** os participantes vinculados à instituição apoiada e autorizados a participar do projeto, na forma das normas próprias da referida instituição, identificados por seus registros funcionais, na hipótese de docentes ou servidores técnico-administrativos, observadas as disposições deste artigo, sendo informados os valores das bolsas a serem concedidas; e
- d.** pagamentos previstos a pessoas físicas e jurídicas, por prestação de serviços, devidamente identificados pelos números de CPF ou CNPJ, conforme o caso.

Os projetos devem ser obrigatoriamente aprovados pelos órgãos colegiados acadêmicos competentes da instituição apoiada, segundo as mesmas regras e critérios aplicáveis aos projetos institucionais da instituição.

Os projetos devem ser realizados por, no mínimo, dois terços de pessoas vinculadas à instituição apoiada, incluindo docentes, servidores técnico-administrativos, estudantes regulares, pesquisadores de pós-doutorado e bolsistas com vínculo formal a programas de pesquisa da instituição apoiada. Essa

proporção pode ser inferior nos casos devidamente justificados e aprovados por órgão colegiado superior da instituição apoiada.

Em todos os projetos deve ser incentivada a participação de estudantes. Quando essa participação for em projetos institucionais de prestação de serviços, quando tal prestação for admitida como modalidade de extensão, nos termos da normatização própria da instituição apoiada, deverá observar a Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008.

A participação de docentes e servidores técnico-administrativos nos projetos conduzidos por fundações de apoio deve atender a legislação prevista para o corpo docente e servidores técnico-administrativos da instituição apoiada.

O órgão ou entidade pública apoiada deve normatizar e fiscalizar a composição das equipes dos projetos, observadas as disposições do Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010.

É vedada a realização de projetos baseados em prestação de serviço de duração indeterminada, bem como aqueles que, pela não fixação prazo de finalização ou pela reapresentação reiterada, assim se configurem.

Deve haver incorporação, à conta de recursos próprios da instituição apoiada, de parcela dos ganhos econômicos decorrentes dos projetos, observada a legislação orçamentária.

3.13.8 Questionamentos do Ministério Público e do TCU, quanto à legalidade do auxílio de algumas fundações de apoio à gestão dos órgãos e entidades, em relação aos seguintes aspectos

- a.** receitas complementares;
- b.** remuneração complementar;
- c.** regime de contratação celetista e outros regimes de contratação;
- d.** incentivos à produção e formas alternativas de remuneração;
- e.** investimento em infraestrutura; e
- f.** promoção de pesquisas.

3.14 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

3.14.1 Referências Legais

- Lei nº 9.790, 23 de março de 1999 – Lei do Terceiro Setor, alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001, e pela Lei nº 10.539, de 2002;

e regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999, alterado pelo Decreto nº 7.568, de 2011.

3.14.2 Conceito e personalidade jurídica

A Oscip é uma forma institucional de parceria entre Estado e terceiro setor: qualificação pela Administração de entidade civil sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares.

Objetivos:

- a. ampliar o universo de entidades que mantêm relação institucionalizada com o Poder Público (não se confunde com o reconhecimento como de utilidade pública);
- b. fortalecer o terceiro setor, promovendo o fomento a projetos considerados relevantes; e
- c. estabelecer outro instrumento jurídico de fomento ao Terceiro Setor: o termo de parceria como alternativa aos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993 e aos convênios.

A Oscip é uma pessoa Jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, criada por particulares (associação ou fundação privada), assim qualificada pelo Ministério da Justiça, a partir da apresentação dos documentos legais exigidos, em rito rápido.

As entidades qualificadas com base em outros diplomas legais poderão qualificar-se como Oscip, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até cinco anos contados da data de vigência da Lei nº 9.790/1999. Após esse prazo, a manutenção da qualificação implicará a renúncia automática de suas qualificações anteriores (redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001).

3.14.3 Características principais

- Não está sujeita a normas de direito público – as obrigações são estabelecidas no termo de parceria;
- Não há regras para participação do Poder Público no conselho de administração e para seu funcionamento;
- Regime de emprego celetista: podem ser praticados valores de mercado;

- Contrata com o Poder Público sem licitação e não está abrangida pela Lei nº 8.666/1993;
- Desfruta de privilégios tributários;
- Não é autorizada a cessão de servidores para exercício na Oscip;
- É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Oscip, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título (incluído pela Lei nº 10.539, de 2002);
- Exigência de gratuidade nas áreas de educação e saúde;
- Podem receber recursos públicos a título de subvenção social e auxílio, desde que a escolha da Oscip para a celebração de termo de parceria com o Governo Federal tenha se realizado por meio de processo de seleção, com ampla divulgação (LDO 2010, art. 36, §3º).

3.14.4 Área de Atuação

Assistência social, cultural, saúde, segurança alimentar e nutricional, proteção e preservação do meio ambiente, promoção do desenvolvimento sustentável, econômico e social e direitos humanos, dentre outros.

3.14.5 Não são passíveis de qualificação como Oscip

- sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais;
- cooperativas;
- fundações públicas;
- fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e

- organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

3.14.6 OSCIPS que não podem celebrar termo de parceria com o Poder Público

O Poder Público não pode celebrar termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas (incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011):

- omissão no dever de prestar contas;
- descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria;
- desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos, e
- ocorrência de dano ao Erário; ou –
- prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

MODALIDADES DE CONTROLE	ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	OSCIPS
Atividade de interesse público	Natureza continuada	Projeto ou atividade de curto e médio prazo
Qualificação	Presidente da República	Ministro da Justiça
Iniciativa da Qualificação	Privativa da Administração Pública	Da entidade
Requisitos da Qualificação	Estatutários + avaliação da conveniência e oportunidade	Estatutários
Forma de seleção da entidade	Discricionariedade da Administração e aprovação do PR	Discricionariedade + aprovação do Conselho de Política Pública Prevista seleção projetos
Instrumento de cooperação	Contrato de gestão: fomento à atividade continuada	Termo de parceria: fomento a projeto
Modelo de	Mecanismos de co-gestão: Cessão de pessoal Cessão de bens móveis e imóveis	Cessão de bens móveis e imóveis

Figura 5 Comparativo entre os modelos de organizações sociais e OSCIPs

3.14.7 Termo de Parceira

- Assinatura do termo de parceria: estabelece a relação de fomento com o Poder Público – pode ser realizado concurso de projetos (art. 23 do Decreto nº 3.100/1999);
- A qualificação e a assinatura do termo de parceria: são dois processos distintos.

3.15 CONVENIADA COM O PODER PÚBLICO

3.15.1 Referências legais e normativas

- Decreto nº 6.170, de 25 de julho de /2007, alterado pelos decretos nº 6.428, de 14 de abril de 2008, nº 6.497, de 30 de junho de 2008, nº 6.619, de 29 de outubro de 2008, nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, nº 7.594, de 31 de outubro de 2011, e nº 7.641, de 12 de dezembro de 2011;
- Portaria Interministerial nº 507, de 2011;
- LDO – Lei nº **12.708, de 17 de agosto de 2012.**

3.15.2 Conceito e natureza jurídica

Entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a administração pública federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco. Denominada conveniente.

Inclusive os SSA e as entidades qualificadas como OS, Oscip, entidade de utilidade pública, e entidade beneficente podem celebrar convênio, na qualidade de conveniadas com o Poder Público, independentemente dos seus títulos (termo de parceria é o instrumento jurídico previsto na Lei nº 9.790/1999 para transferência de recursos para organizações sociais de interesse público).

3.15.3 Convênio

Acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Direta ou Indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade

da Administração Pública estadual, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

É vedado o convênio:

- com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente 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 segundo grau (Decreto nº 6.170/2006, alterado pelo Decreto nº 6.619/2008);
- com órgão ou entidade, de direito público ou privado, que esteja em mora, inadimplente com outros convênios celebrados com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, ou irregular em qualquer das exigências da Portaria Interministerial nº 507, de 2011;
- com pessoas físicas ou entidades privadas com fins lucrativos;
- visando à realização de serviços ou execução de obras a serem custeadas, ainda que apenas parcialmente, com recursos externos sem a prévia contratação da operação de crédito externo;
- com entidades públicas ou privadas cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio;
- com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, nos últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do convênio; e
- com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas:
 - a.** omissão no dever de prestar contas;
 - b.** descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria;
 - c.** desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos;
 - d.** ocorrência de dano ao erário; ou

- e. prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.
- Autoridade competente: os convênios deverão ser assinados pelo ministro de Estado ou pelo dirigente máximo da entidade da Administração Pública Federal concedente;
- Cláusula essencial: o convênio deverá conter cláusula que indique a forma como a sua execução será acompanhada pelo órgão ou entidade pública (concedente).

3.15.4 Contrapartida

É exigida uma contrapartida da entidade convenente, que poderá ser financeira ou de bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis:

- quando financeira, a contrapartida deverá ser depositada na conta bancária específica do convênio em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso, ou depositada nos cofres da União, na hipótese de o convênio ser executado por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi); e
- quando atendida por meio de bens e serviços, constará do convênio cláusula que indique a forma de aferição da contrapartida.

3.15.5 Condições para a celebração

Há várias condições a serem cumpridas pelas convenentes:

- regularidade previdenciária (regimes de previdência);
- regularidade quanto a tributos e contribuições federais e à dívida ativa da União;
- regularidade quanto a contribuições previdenciárias;
- regularidade perante o poder público federal (Cadin);
- regularidade quanto a contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- regularidade quanto à prestação de contas de recursos federais recebidos anteriormente (art. 25, da LC nº 101/2000); e
- outras condições estabelecidas no art. 38 da Portaria Interministerial nº 507/2011.

3.15.6 Cadastro prévio no SICONV

As entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos e entidades da Administração Pública Federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv), conforme normas do órgão central do sistema (Decreto nº 6.170/2006, art. 3º, alterado pelo Decreto nº 6.428/2008).

3.15.7 Chamamento público

A celebração de convênio poderá ser precedida de chamamento público, o qual deverá estabelecer critérios objetivos, e publicidade, especialmente, no Portal dos Convênios (<https://www.convenios.gov.br/portal/>).

O edital do chamamento público ou concurso de projetos conterà, no mínimo, as seguintes informações:

- I – especificação do objeto da parceria;
- II – datas, prazos, condições, local e forma de apresentação das propostas;
- III – datas e critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas;
- IV – exigência de declaração da entidade proponente de que apresentará, para celebração do instrumento, comprovante do exercício, nos últimos três anos de atividades referentes à matéria objeto do convênio ou termo de parceria que pretenda celebrar com órgão ou entidade, nos termos do § 7º deste artigo;
- V – valor previsto para a realização do objeto da parceria; e
- VI – previsão de contrapartida, quando cabível.

3.15.8 Da contratação de bens e serviços pelas convenentes

Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no Siconv e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

3.15.9 Da prestação de contas

A entidade que receber recursos na forma estabelecida na legislação de convênios estará sujeita a prestar contas da sua boa e regular aplicação ao órgão ou entidade público signatário do convênio (concedente).

3.15.10 Diretrizes da LDO 2012/2013 – Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012 (art. 55)

A transferência de recursos prevista na Lei nº 4.320, de 1964, a entidade privada sem fins lucrativos dependerá da justificação pelo órgão concedente de que a entidade complementa de forma adequada os serviços prestados diretamente pelo setor público. Não se exigirá contrapartida nas transferências de recursos às entidades que atuem nas áreas de saúde, educação e assistência social e atendam ao disposto no art. 51 Lei nº 12.708/2012

3.16 SUBVENCIONADA PELO PODER PÚBLICO

3.16.1 Conceito

Subvencionada pelo Poder Público é a entidade privada de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa habilitada a receber recursos públicos para cobertura de despesas.

Conforme Lei nº 4.320/1964, art. 16, a subvenção social visa à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

3.16.2. Quem pode ser subvencionada: as diretrizes da Lei nº 12.708/2012 – LDO (ARTS. 51-54)

Podem receber subvenções sociais, nos termos do art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, as entidades sem fins lucrativos que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, prestem

atendimento direto ao público e tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009.

Essa certificação poderá ser substituída ou dispensada nas seguintes situações:

- I – substituída pelo pedido de renovação da certificação devidamente protocolizado e ainda pendente de análise junto ao órgão competente, nos termos da legislação vigente; ou
- II – dispensada, desde que a entidade seja selecionada em processo público de ampla divulgação promovido pelo órgão ou entidade concedente para execução de ações, programas ou serviços em parceria com a administração pública federal, nas seguintes áreas:
 - a) atenção à saúde aos povos indígenas; b) atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas; c) combate à pobreza extrema; d) atendimento às pessoas com deficiência; e e) prevenção, promoção e atenção às pessoas com vírus da imunodeficiência humana (HIV), hepatites virais, tuberculose, hanseníase, malária e dengue.

3.16.3 Sobre a subvenção

- A entidade subvencionada difere da entidade conveniada por receber transferência de recursos a título de contribuição às suas atividades, enquanto a conveniada recebe transferência de recursos para realizar projeto e atividade em parceria com o Poder Público;
- A Lei nº 4.320/1964 classifica as transferências de recursos a título de contribuições, em “correntes”¹¹⁵ e “de capital”;
- Para receber transferência de recursos a título de contribuição corrente, as entidades sem fins lucrativos devem preencher uma das seguintes condições:

I – estejam autorizadas em lei que identifique expressamente a entidade beneficiária;

115 Despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens e serviços e não seja reembolsável pelo receptor, bem como as destinadas a atender a despesas de manutenção de outras entidades de direito público ou privado, observado, respectivamente, o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei Complementar nº 101, de 2000.

II – estejam nominalmente identificadas na Lei Orçamentária de 2013;
ou

III – sejam selecionadas para execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no PPA.

- Não podem receber transferência de recursos a título de contribuição corrente as entidades sem fins lucrativos que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, por vedação na LDO;
- A alocação de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, a título de contribuições de capital, fica condicionada à autorização em lei especial anterior, cf. § 6º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 1964;
- A Constituição Federal (Art. 204) veda destinação de recursos a entidades civis (inclusive a título de subvenção) para:

I – pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais;

II – pagamento de serviço da dívida;

III – pagamento de qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

A Constituição Federal veda ao Poder Público a subvenção a cultos religiosos ou igrejas e estabelece a possibilidade de colaboração de interesse público (art. 19, inciso I).

3.17 TÍTULO DE UTILIDADE PÚBLICA

3.17.1 Referências Legais

Lei nº 91, de 1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, 2 de maio de 1961.

3.17.2 Finalidade

Usufruir de benefícios fiscais (imunidades e isenções tributárias).

Pedido de declaração de utilidade pública dirigido ao presidente da República, por intermédio do Ministério da Justiça.

3.17.3 Requisitos

- a. cargos da diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados (redação Lei nº 6.639/1979);
- b. comprovação do funcionamento, nos três anos anteriores ao pedido, em áreas da educação, pesquisa científica, cultura, inclusive artística, ou filantrópica;
- c. diretores com “folha corrida” e moralidade comprovada; e
- d. obrigação de publicar, anualmente, demonstração da receita e despesa do período anterior, quando contemplada com subvenção por parte da União.

3.17.4 Aspectos gerais

A titulação não implica em nenhum favor do Estado, salvo o uso pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, fâmulas, bandeiras ou distintivos próprios.

Obrigação de apresentar até o dia 30 de abril de cada ano, ao Ministério da Justiça, relatório dos serviços prestados à coletividade no ano anterior, acompanhado do demonstrativo da receita e da despesa realizada no período, ainda que não tenham sido subvencionadas.

Cassação do título, se a entidade:

- a. Não apresentar, em três anos consecutivos, o relatório dos serviços prestados;
- b. se negar a prestar serviço compreendido em seus fins estatutários; e
- c. retribuir por qualquer forma, os membros de sua diretoria, ou conceder lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados.

3.18 TÍTULO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (ANTERIORMENTE CONHECIDA COMO “FILANTRÓPICA”)

3.18.1 Marcos legais e normativos

- Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;
- Decreto nº 3.048/99, arts. 206 a 210.

- Decreto nº 4.327, de 8 de agosto de 2002;
- Decreto nº 7.237/2010.

A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social são concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação.

Tais entidades deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional.

3.18.2 Conceito

Entidade beneficente de assistência social é a que presta serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, obedecendo ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional (art. 1º da MP nº 446, de 7 de novembro de 2008).

Na saúde, para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá: I – comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do Sistema Único de Saúde (SUS); II – ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); III – comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.

Na educação, a certificação ou sua renovação será concedida à entidade de educação que atenda ao disposto na Lei nº 12.101/2009 e na legislação aplicável. A entidade de educação deverá aplicar anualmente em gratuidade, pelo menos 20% da receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

A entidade deverá: I – demonstrar adequação às diretrizes e metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE), na forma do art. 214 da Constituição Federal; II – atender a padrões mínimos de qualidade, aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação; e III – oferecer bolsas de estudo nas seguintes proporções: (a) no mínimo, uma bolsa de estudo integral para cada nove alunos pagantes da educação básica;

(b) bolsas parciais de 50%, quando necessário para o alcance do número mínimo exigido.

Na Assistência Social, a certificação ou sua renovação será concedida à entidade de assistência social que presta serviços ou realiza ações assistenciais, de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, observada a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Entidade beneficente de assistência social é a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue com a finalidade de:

- a. proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice;
- b. amparar crianças e adolescentes carentes;
- c. promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências;
- d. promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde;
- e. promover a integração ao mercado de trabalho.

3.18.3 Constituição Federal, art. 213: menção a “entidades filantrópicas”

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

- I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. (grifos nossos).

3.18.4 Fiscalização do processo de certificação

Conforme Lei nº 8.742, de 1993, art. 18, incisos III e IV, compete ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS): acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; apreciar relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social

certificadas como beneficentes e encaminhá-lo para conhecimento dos conselhos de assistência social dos estados, municípios e do Distrito Federal.

3.18.5 O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é o documento “declaratório” concedido pelo CNAS: reconhecimento do Poder Público Federal de que é instituição sem fins lucrativos e presta atendimento ao público alvo da assistência social.

Deve ser renovado a cada três anos.

A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios:

- I – da Saúde, quanto às entidades da área de saúde;
- II – da Educação, quanto às entidades educacionais; e
- III – do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

Os ministérios acima deverão zelar pelo cumprimento das condições que ensejaram a certificação da entidade como beneficente de assistência social, cabendo-lhes confirmar que tais exigências estão sendo atendidas por ocasião da apreciação do pedido de renovação da certificação; o requerimento de renovação da certificação deverá ser protocolado com antecedência mínima de seis meses do termo final de sua validade; a certificação da entidade permanecerá válida até a data da decisão sobre o requerimento de renovação tempestivamente apresentado; constatada, a qualquer tempo, a inobservância das exigências legais, será cancelada a certificação, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

3.18.6 Requisitos legais para obtenção da isenção (Lei nº 12.101/2009, art. 29)

A entidade beneficente certificada fará jus à isenção do pagamento das contribuições para a seguridade social e das contribuições sociais (de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991), desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

- I – não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título;
- II – aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;
- III – apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do FGTS;
- IV – mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;
- V – não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;
- VI – conserve em boa ordem, pelo prazo de dez anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;
- VII – cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária; e
- VIII – apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos conselhos regionais de contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A entidade beneficiada com a isenção previdenciária deverá manter, em seu estabelecimento, em local visível ao público, placa indicativa da respectiva disponibilidade de serviços gratuitos de assistência social, educacionais ou de saúde a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência, indicando tratar-se de pessoa jurídica de direito privado abrangida pela isenção de contribuições sociais, segundo modelo estabelecido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

3.19 ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA POPULAÇÃO

São associações ou fundações que têm a finalidade de participar na formulação das políticas e no controle das ações governamentais em todos os níveis.

Não há titulação específica.

Referência na Constituição, na Seção “Da Assistência Social”.

Constituição Federal, art. 204:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (grifo nosso).

3.20 FATORES A SEREM CONSIDERADOS NO ARRANJO INSTITUCIONAL DAS ESTRUTURAS DO APARELHO DO ESTADO

1. Natureza das competências exercidas: atividades e serviços que impliquem ou não poderes de estado/atividades de interesse público, exercidas pelo particular;
2. Natureza do ente instituidor;
3. Direito de propriedade: patrimônio, recursos e governança;
4. Modelo do sistema de governança;
5. Financiamento;
6. Regime jurídico aplicável;
7. Formas de controle.

3.21 FATORES QUE INCIDEM NA DECISÃO POLÍTICA DE DESCENTRALIZAR – DESTAQUES

- a. *Necessidade de descentralizar*;
- b. *Capacidade de descentralizar* – a descentralização não deve implicar a perda da capacidade de direção do Poder Público;

- c. *Natureza da atividade*, se privativa ou não privativa, se voltada à área econômica ou direcionada a fins sociais e os *controles legais e normativos* aplicáveis (regime administrativo);
- d. *Forças políticas* que possam dar sustentação à proposta do Poder Executivo perante o Poder Legislativo;
- e. *Capacidade de governança e governabilidade* a descentralização não deve representar perda da capacidade estatal de regulação – risco de captura dos interesses públicos por privado;
- f. O grau de *organização e preparo das forças políticas sociais* para o *accountability*; ou seja, o nível de cidadania e de representação política das partes interessadas nas atividades estatais a serem descentralizadas, capaz de exercer controle social;
- g. A *capacidade financeira* do Poder Público de arcar com os custos da descentralização;
- h. *Capacidade técnica* de coordenar e supervisionar a atividade da entidade descentralizada, com foco em resultado.

É muito importante ter claras as diferenças entre a ação direta da Administração Pública e a ação privada, ainda que de interesse público. A intervenção direta do Estado na promoção do desenvolvimento social e econômica é importante para assegurar oportunidades e direitos democráticos essenciais aos cidadãos, especialmente em sociedades como a brasileira, onde ainda há baixos índices de cidadania e de organização política social.

Por outro lado, a complexidade crescente das questões econômicas e sociais têm exigido soluções cada vez mais sofisticadas e tornado indiscutível a necessidade de o Estado investir nas formas de cooperação público-privada e desenvolver novos formatos de parceria com o mercado e com a sociedade, baseado em relações de confiança mútua.

Assim, a construção de novos padrões de atuação estatal deve considerar, sobretudo, os diversos papéis que o Estado deve e pode desempenhar na sua intervenção na ordem econômica e na ordem social; papéis que se alteram, de forma dinâmica, a partir do grau de organização e ativismo das forças de mercado e dos grupos de interesse na regulação desses mercados.

Embora os mecanismos de cooperação Estado-sociedade possam ser alternativas eficientes e eficazes para a manutenção da capacidade estatal de prover bens e serviços à população, é fundamental considerar que eles não constituem uma panaceia e que não podem implicar a substituição da ação pública direta.

A parceria público-privada deve observar, necessariamente, a capacidade da pessoa privada de contribuir nas dimensões financeira, operacional, tecnológica ou científica, dentre outras, para o alcance dos objetivos públicos. Não deve ser utilizada como estratégia de “fuga” do regime jurídico imposto à Administração e da sua decorrente falta de agilidade e flexibilidade administrativa. As parcerias devem ser firmadas quando, comprovadamente, o parceiro privado tiver maior possibilidade e capacidade de agregar valor à atividade ou serviço, na direção do interesse público.

Embora não se deseje um retorno ao modelo de Estado totalitário é fundamental evitar a fragmentação do poder público pela transferência excessiva da capacidade e dos conhecimentos estatais (e, conseqüentemente, de espaços de poder) a segmentos não comprometidos com os conceitos e objetivos democráticos da República Brasileira e com as políticas públicas. É importante cuidar para que, na tentativa de alcançar novos domínios e novos patamares de prestação de serviços, haja excessiva transferência de responsabilidades públicas a poderes privados, e se permita a privatização do público.

ISBN 978-85-64478-17-6



Inovação na
GESTÃO PÚBLICA
Cooperação Brasil-Espanha



Ministério do
Planejamento

