Gradiente das Formas Jurídico-institucionais do Poder Executivo

GesPública

Secretaria de **Gestão Pública**

Ministério do **Planejamento**

GOVERNO FEDERAL BRASIL PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA

Presidenta da República
Dilma Rousseff

Vice-Presidente da República
Michel Temer

Ministra do Planejamento, Orçamento e Gestão
Miriam Belchior

Secretária Executiva
Eva Maria Cella Dal Chiavon

Secretária de Gestão Pública
Ana Lúcia Amorim de Brito

Secretária Adjunta de Gestão Pública
Catarina Batista

Diretora do Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão
Valéria Alpino Bigonha Salgado

GRADIENTE DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Valéria Alpino Bigonha Salgado[1]

Valdomiro José de Almeida[2]

[1] Valéria Alpino Bigonha Salgado é Diretora de Inovação e Melhoria da Gestão na Secretaria de Gestão Publica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

[2] 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

CAPÍTULO I

Fundamentos da Administração Pública Brasileira

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 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, as 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 Publica. 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

l) 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[3], 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

[3] 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*.

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 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.

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:

I. a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

II. 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 ar. 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, 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.

CAPÍTULO II

Gradiente das formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública

1. Apresentação[4]

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*[5].

Consiste em um modelo de analise taxonômica das formas de exercício das funções executivas do Estado[6], na regulação social e da economia[7]. 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 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 I). O eixo das ordenadas (Eixo Y) separa a atuação executiva direta e a indireta do Estado, tendo-se convencionado que, o pólo superior representa a ação direta da administração pública e o pólo inferior contempla as formas de participação da sociedade e do mercado na implementação das políticas sociais e econômicas.

---

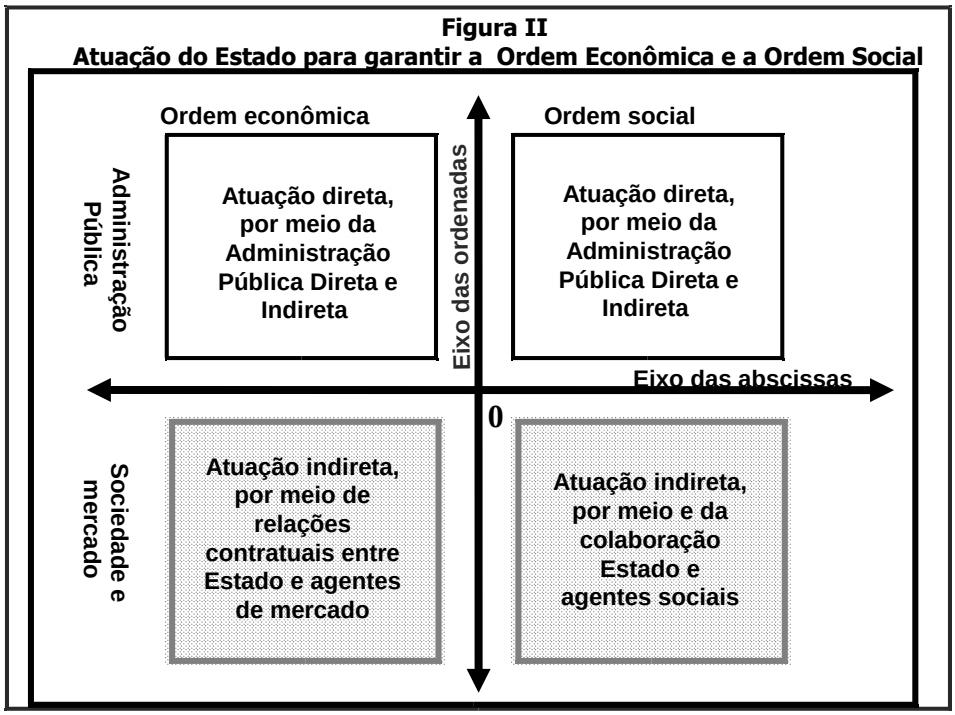
[4] O texto deste Capítulo foi extraído do artigo " Nuevos arreglos institucionales para la gestión pública democrática en Brasil" de autoria de Valéria A. B. Salgado e Sabado Girardi, publicado na Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 50. (Jun. 2011). Caracas.

5 A lógica de classificação e representação gráfica dos setores de atuação do Estado utilizada no "Gradiente" assemelhe-se à aplicada na Reforma Administrativa de 1995.

6 Á 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.

7A 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.

Figura I



Diferenciação entre ação direta e indireta da Administração Pública

Para a 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[8].

A atuação direta do Poder Executivo pressupõe, portanto, que a instituição executora da atividade seja pública – com direito de propriedade público, o que implica em 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 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 convenial - 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

---

8 A Constituição Federal estabelece, no art. 175, que só é possível delegação de competência publica 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.

cooperação se estabelece por determinação legal. Nesses casos, diz-se que os vínculos têm natureza paraestatal.

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 distinguem 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, onde 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 conseqüência, a legitimidade da instituição a que pertence perante a sociedade[9]. 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 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

9 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.

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 do 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 infra-legal. 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 5° 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 onde 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.

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 pólo superior do eixo das ordenadas corresponderia ao maior grau de razão pública e o pólo 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 pólo inferior do Gradiente, onde se arbitrou representado o ponto de menor nível de razão pública[10] e maior razão privada, estão 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 pólo, as estruturas são exclusivamente privadas e há pouca incidência do controle formal. É o *locus*, onde 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;

---

10 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.

f) regime jurídico aplicável;

g) formas de controle.

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 pólo 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 pólo 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.

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 pólo 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.

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, alienã-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[11], 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 pólo superior (mais alto grau de propriedade pública) para o pólo 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 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 mantém relacionamento com o Poder Público, o grau de

---

11 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 que dar uma função social à propriedade, conforme seu art. 5º, XXIII da . 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*".

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, onde os resultados da resultados da atividade institucional – novas receitas, incorporação ao patrimônio, assim como dívidas e prejuízos – 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.

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 em 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 intervém 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, onde os resultados da resultados da atividade institucional – novas receitas, incorporação ao patrimônio, assim como dívidas e prejuízos – 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.

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.

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 *bordelaine* 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 convenial 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.

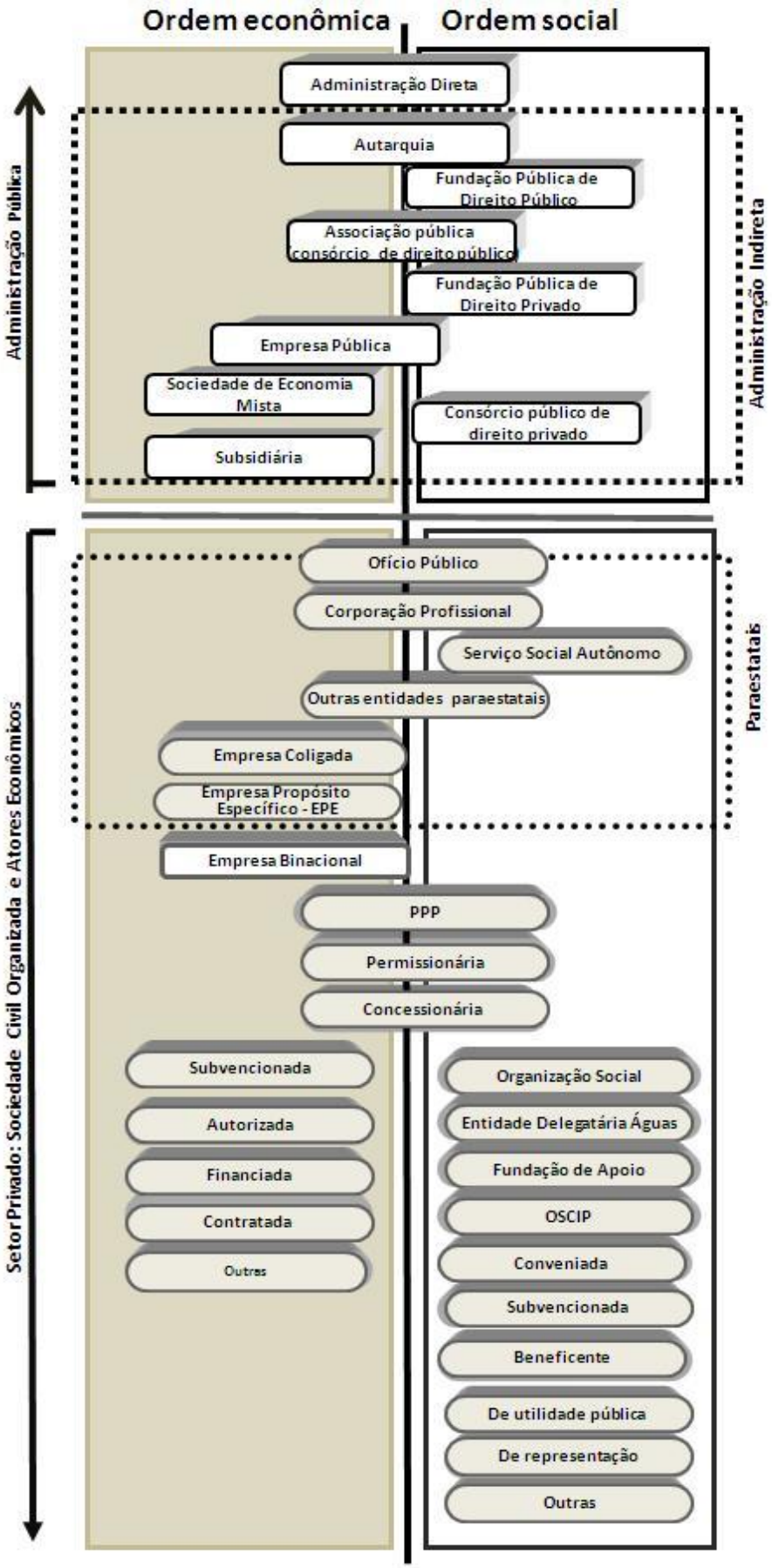
4.7. Formas de controle

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 II


Ordem econômica
Ordem social
Administração Pública
Administração Direta
Autarquia
Fundação Pública de Direito Público
Associação pública consórcio de direito público
Fundação Pública de Direito Privado
Empresa Pública
Sociedade de Economia Mista
Subsidiária
Consórcio público de direito privado
Administração Indireta
Setor Privado: Sociedade Civil Organizada e Atores Econômicos
Ofício Público
Corporação Profissional
Serviço Social Autônomo
Outras entidades paraestatais
Empresa Coligada
Empresa Propósito Específico - EPE
Paraestatais
Empresa Binacional
PPP
Permissionária
Concessionária
Subvencionada
Autorizada
Financiada
Contratada
Outras
Organização Social
Entidade Delegatária Águas
Fundação de Apoio
OSCIP
Conveniada
Subvencionada
Beneficente
De utilidade pública
De representação
Outras

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. Nascem, 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.

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;

d) 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;

e) 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 influenciar nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas;

f) a capacidade financeira do Poder Público de arcar com os custos da descentralização;

g) 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[12]. 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 onde 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.

12O 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.

Ao invés de propor modelos referenciais de organização da macro-estrutura 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 20 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 hegemonias 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 pela ordem internacional que devem ser contemplados na construção dos novos padrões de organização e funcionamento para as instituições publicas, 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 mais nada, os diversos papeis 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[13].

---

13 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.

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 antitestatal 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 Dahal (1998) ensina que: *"Uma vez que os próprios mecanismos jurídicos e constitucionais poder sem 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-*

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[14].

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 ideal constitucional, considerando as reais

---

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.

14 A democracia é, por concepção, humana, maculada pelas paixões, pelos confrontos e pelos acordos. Os espaços democráticos devem ser grandes arenas onde 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.

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.

Capítulo III

As formas jurídico-institucionais de atuação da Administração Pública

1. Administração Direta

1.1. Conceito

Administração Direta é o conjunto de órgãos da União diretamente subordinados ao Chefe de cada Poder. O Decreto-lei nº200, 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.

1.2. Competências

Na forma da Constituição, incumbe à Administração Direta o exercício do Poder Executivo, ou seja, todas as funções que incubem 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 200/67, art. 10. § 2º), fiscalização e controle da execução (DL 200/67, art. 10. § 6º), e

b) normativa (Constituição Federal, art. 84, IV): estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios (DL 200/67, art. 10, §§ 4º e 6º).

1.3. Supervisão

Os órgãos da Administração Direta sofrem a supervisão hierárquica do Ministro e do Presidente da República (Decreto-lei nº 200/67, arts. 19 a 25).

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[15].

Sua estrutura básica está prevista por lei e constitui-se de órgãos despersonalizados (DL 200/67, art. 4º, I).

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.

1.6. Regime de pessoal

- Principais referências: Constituição Federal, arts. 37 e 39 e Lei nº 8.112/90 - 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).

---

[15] Os cargos em comissão podem ser preenchidos por pessoas sem vínculo e as funções comissionadas são reservadas aos servidores com cargos efetivos.

- 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 (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 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 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 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).

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 lei orçamentária anual (Constituição Federal, art. 165, §5º).

b) Fonte de recursos: recursos oriundos do Orçamento Geral da União, previstos na Lei Orçamentária Anual - LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias LDO, cada órgão é uma unidade orçamentária.

1.8. Finanças

Regidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF – LC nº 101/2000 e pela Lei nº 4.320, de 1964, e observam o limite nas despesas com pessoal.

1.9. Precatórios

Emite precatórios para pagamento de dívidas. (Constituição Federal, art. 100)

1.10. Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária. (Constituição Federal, art. 150, VI, “a”)

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 1993)

1.12. Sistemas administrativos

Coordena os sistemas administrativos do Poder Executivo Federal (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda, Controladoria Geral da União).

1.13. Possui privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

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)

1.15. Orientação jurídica

Orientação Jurídica da Advocacia-Geral da União. (LC nº 73/1993)

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 aqueles 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 Publica 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. Autarquia

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 200/67, art. 5º, I).

Competência

Exercer atividade privativa de estado[16], à exceção das atividades de direção superior, que são exclusivas da Administração Direta.

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.

Forma de criação

Criada por lei específica.

---

[16] Atividade privativa de Estado é aquela que implica em 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 dividas em quatro grupos, a saber: (i) legislação; (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.* Ementa do Processo Resp 817.534/MG.

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.

Regime de pessoal

Estatutário:

a) Referências: Constituição Federal, art. 39 e Lei nº 8.112/90;

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, Lei n.8745/1993);

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).

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 lei orçamentária anual (Constituição Federal, art. 165, §5º).

Seus recursos são oriundos do Orçamento Geral da União, previstos na Lei Orçamentária Anual - LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias LDO, cada autarquia é uma unidade orçamentária.

Sistema contábil e financeiro

Finanças regidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF – LC nº 101/2000 e pela Lei nº 4.320, de 1964. Observa limite nas despesas com pessoal.

Precatórios

Emite para pagamento de dívidas (Constituição Federal, art. 100).

Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária, conforme Constituição Federal, art. 150, VI, “a”.

Licitação

Observa regras de licitação (Constituição Federal, art. 37, XXI).

Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos observam as normas dos Sistemas Administrativos da Administração Direta (SIORG, SIAPE, SICAF,SIPEC).

Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

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).

Orientação Jurídica

Orientação Jurídica da Advocacia-Geral da União (LC nº 73/1993).

Tipos de Autarquias

a) 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)

b) 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 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 Banco Central (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.

c) 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 47);

b) estrutura especifica de cargos em comissão e funções;

c) autonomia para elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos (art.53, inciso V da Lei n° 9.394, de 1996);

d) autorização para contratação de professor substituto (art.2°, inciso IV da Lei n° 8.745, de 1993), e

e) autorização p/concurso baseada no conceito de "professor equivalente".

d) 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.

e) Agências reguladoras

- Autarquia constituída sob regime especial, com a competência de regular setor específico da economia.
- Referências na CF 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, onde 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 9.986/00)

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 9.986/00);

- 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 n° 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 precípua 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."

4. Fundação Pública

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*).

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 40, 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 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". (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)

- 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 200 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 n°200 e no art. 37, inciso XIX da Constituição; e
  b) Fundação pública de direito público, instituída com estatuto jurídico semelhante à de autarquia.

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 velação do Ministério Público, visto que submete-se à supervisão ministerial.
- Instituída em áreas de atividades públicas sem fins lucrativos.

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.

4.1. Fundação pública de direito privado

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 CC, nem os arts. 1.199 a 1.204 do CPC, sobre a organização e fiscalização das fundações.

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 7.596/87).

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.

. 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, 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.

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 recaem sobre a autarquia – deve integrar o Plano Plurianual e ser aprovado pelo Congresso Nacional. Seu orçamento deve constar da Lei Orçamentária Anual e a fundação deve seguir as regras de finanças e contabilidade impostas às autarquias.

Não constará da Lei Orçamentária Anual – 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 Plano Plurianual. Seu planejamento e orçamento devem ser aprovado pelo Chefe do Poder Executivo (Plano de Dispêndio Global – PDG), à semelhança das empresas estatais.

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.

Precatórios

Por sua natureza pública, regida por regras de direito privado, não pode emitir precatórios para pagamento de suas dívidas

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.

Licitação

Observa as regras de licitação, em suas compras e contratos, estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 1990 (Constituição Federal, art. 37, XXI)

Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos são privados e observam normas próprias. Não integram os Sistemas Administrativos da Administração Direta (SIORG, SIAPE, SICAF,SIPEC)

Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

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)

Orientação Jurídica

Tem orientação jurídica própria e seu corpo jurídico não se submete à orientação Jurídica da Advocacia-Geral da União (LC nº 73/1993)

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

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, FURP – Fundação do Remédio Popular

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 8.112/90 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.

Fundação pública – Jurisprudência do STF

a) No julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 2.135-4 DF (2.8.2007) o Supremo Tribunal Federal, 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, 07 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*

panacéia 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)

O PLP nº 92/2007, do Poder Executivo

- O Projeto de Lei Complementar nº92/2007, 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.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, compreendem-se na área da saúde também os hospitais universitários federais.

§ 2º 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. 2º 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 CCJC/CD opinou pela constitucionalidade e juridicidade do Projeto e do Substitutivo.

h) O Substitutivo encontra-se em plenário mas não foi apreciado por acordo de líderes.

2. Fundação pública de direito público

– a fundação pública prevista na Constituição Federal de 1988

Conceito e natureza jurídica

Fundação pública de direito público[17] 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[18].

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.

Forma de criação

Criada por lei específica

Estrutura regimental

Aprovada por decreto. A estrutura regimental das fundações públicas de direito público 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

[17] Essa modadlidade 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

[18] 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

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 8.112/90

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, Lei n.8745/1993)

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)

Planejamento e Orçamento

As diretrizes, objetivos e metas das fundações autarquicas devem constar de plano plurianual, aprovado por lei. (Constituição Federal, art. 165, §1º). Seu orçamento deve ser estabelecido na lei orçamentária anual (Constituição Federal, art. 165, §5º).

Seus recursos são oriundos do Orçamento Geral da União, previstos na Lei Orçamentária Anual - LOA (Constituição Federal, art. 165, §5º, I). Na forma estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias LDO, cada autarquia é uma unidade orçamentária.

Sistema contábil e financeiro

Finanças regidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF – LC nº 101/2000 e pela Lei nº 4.320, de 1964 - Observa limite nas despesas com pessoal.

Precatórios

Emite para pagamento de dívidas (Constituição Federal, art. 100)

Imunidade tributária

Goza de imunidade tributária, conforme Constituição Federal, art. 150, VI, “a”.

Licitação

Observa regras de licitação (Constituição Federal, art. 37, XXI)

Sistemas Administrativos

Seus processos administrativos observam as normas dos Sistemas Administrativos da Administração Direta (SIORG, SIAPE, SICAF,SIPEC)

Privilégios processuais

Goza de privilégios processuais.

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)

Orientação Jurídica

Orientação Jurídica da Advocacia-Geral da União (LC nº 73/1993).

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* <u>*consórcios públicos*</u> *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"*

3.5.2. Marco legal e normativo

Lei nº 11.107, de 2005 e Decreto no 6.017, 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 Publico 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 das Leis do Trabalho.

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.

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, de 6 de abril de 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 Constas Municipais, poderá ser exercido por instância superior de controle constituída pelo Poder Legislativo dos entes associados e composta exclusivamente por parlamentares.

Aplicam-se à associação pública instituída mediante contrato de consórcio público, as disposições da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

3.5.4.2. O Consórcio Publico 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[19].

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 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.

[19] 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

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 nº de votos dos consorciados na Assembléia 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 11.107/205, 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 8.666 (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.

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"*

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[20].

20Diferenciação 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

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 classificada 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)

d) Quanto às suas fontes de financiamento (LRF, art.º, 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 Lei Orçamentária Anual. Não têm autonomia orçamentária – apenas administrativa e financeira. Submete-se às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.

---

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.

"*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*"

6.1. Empresa pública

O conceito de empresa pública do Decreto-Lei nº 200/67 (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."*

"Empresa pública é diferente de sociedade unipessoal: sua natureza jurídica está afeta ao patrimônio 100% público" (conforme Prof. Sérgio de Andrea Ferreira)

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.

Observa a Lei das S/A (Lei nº 6.404/76) no que couber, especialmente com relação ao sistema contábil.

Seu sistema de governança é colegiado – dotada de Conselho de Administração. As Competências da Assembléia de Acionistas, previstas na Lei das S/A, são exercidas pelo órgão controlador.

6.2. Sociedade de Economia Mista

- Conceito do DL nº 200/67 (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 assembléia de acionistas e seguem disposições legais quanto à transparência de sua gestão (Lei das S/A).

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[21].
- 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:

  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 1990. (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 3.735/2001.
- Não goza de imunidade tributária.
- Sistemas administrativos próprios.
- Autonomia administrativa, financeira e orçamentária.
- Não integra o orçamento fiscal ou de seguridade.

[21] Derrogações de direito público, imposto pela Constituição, especialmente pelos seus arts. 37, 70, 71, 74, 163 e 165 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Orçamento compõe o Programa de Dispêndio Global, aprovado pelo Chefe do Poder Executivo.
- Integra o Orçamento de Investimento.
- Atua no mercado, com receita própria.
- Sujeita ao controle interno e externo do Poder Executivo.
- 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 (c/ base em José dos Santos Carvalho Filho).

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/base em: José dos Santos Carvalho Filho - Manual de Direito Administrativo, 16ª ed., 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 6.404/76 (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:

a. A Constituição Federal impõe a proibição de acumular empregos e funções também às subsidiárias (art. 37, XVII)

b. A Constituição Federal limita a remuneração dos empregados de subsidiária ao teto previsto no inciso XI do art. 37, quando dependente do OGU

c. 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 submete-se às mesmas derrogações do direito público impostas às empresas públicas e sociedades de economia mista e, portanto, estaria dentro da administração pública indireta?

7. Vínculos paraestatais e de colaboração[22]

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 Poder Público*[23]. Nelas, a cooperação público-privada não decorreu da vontade e decisão do Poder Executivo, mas por reconhecimento direto e ato do Poder Legislativo[24].

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

---

[22] 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

[23] 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

[24] 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 associariam 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

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 Publico que podem envolver a garantia de financiamento público de origem fiscal 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[25], 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[26]. Daí serem nominadas

[25] 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 mantem com o Poder Público, é assim entitulada e distinguida dentre demais entidades civis.

[26] 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

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 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[27].

A lei e a norma nem sempre são suficientemente claras a respeito da natureza dos controles institucionais exercidos sobre essas entidades, sendo que esta 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.

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[28].

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 1988);

b) a qualificação de entidades civis como delegatárias de águas, para exercício de atividades de agências de águas (Lei nº9.433, de 1997);

c) a qualificação de entidades civis como organizações da sociedade civil sem fins

---

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.

27 5O ofício público é uma exceção, visto que exerce competência pública delegada.

28Constituem exceções as relações de colaboração paraestatais estabelecidas com particulares, previstas em lei.

lucrativos – OSCIP, para fins de fomento e parceria (Lei nº 9.790, de 1999);

d) a qualificação de fundações civis em fundações de apoio a instituições publicas federais de ensino superior e de pesquisa (Lei nº 8.958, de 1994), e

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 a serem

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 que 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 201). 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.

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 V

Comparativo entre vínculos infralegais

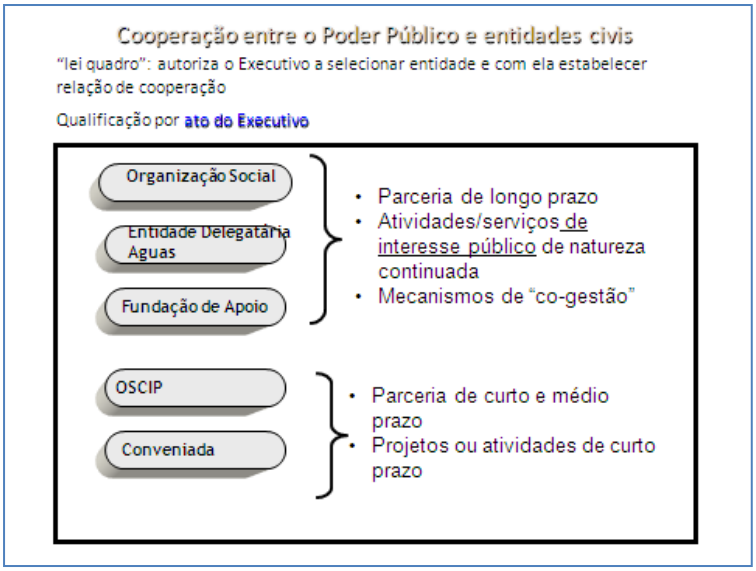


Figura VI

Comparativo entre vínculos paraestatais e vínculos infralegais

8. Ofícios públicos

Referencias constitucionais e legais

- É competência privativa da União, legislar sobre registros públicos (Constituição Federal art. 22, XXV)
- Constituição Federal, art. 236: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público"
- Lei nº 8.935, de 18/11/94 e, posteriormente, Lei nº 10.169, de 29/12/00 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

(1) 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.

(2) 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

(1) Extingue-se a delegação nas hipóteses elencadas no art. 39 da Lei nº 8.935: morte do titular, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia, perda e descumprimento da gratuidade conferida pela Lei nº 9.534/97 (não cobrança de emolumentos pelo registro civil de nascimento, pelo assento de óbito e pela primeira respectiva certidão).

(2) 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."*

... 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 mantido na EC nº 1/69, 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:

> *Constituição Federal 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.

A Lei nº 9.649, 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 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 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".*

Voto da ADI nº 1.717-6/DF, de 07.11 de 2002

"*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 3.026-4 – Distrito Federal - Acórdão de 08.06.2006 – 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 sujeira a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária".

Entendimento do STF – ADIn 3.026-4 – Distrito Federal - Acórdão de 08.06.2006 – 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 Orçamento Geral da União: 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 da Constituição Federal).

Atua no âmbito da relação econômica, capital e trabalho.

Os serviços sociais autônomos 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 1/69, 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 (artigo 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 – <u>apenas jurídicas.</u>

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

Acordão de 08.08.2007, 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) (grifo nosso)*

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) (grifo nosso)*

> "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 exaustivamente 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

- <u>Instituídos pelo Poder Público</u> (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 11.080/2004, 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."

- Segundo define Diogo Moreira de Figueiredo Neto, 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 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 Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADI 1.864-9 Paraná, de 08 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 Kubstichek. No âmbito estadual, há o 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 Acordão de 08.08.2007, 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.”

3.10.9.3.2. A estrutura de governança do SSA Sarah

- 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 9.637/98.

- A organização social 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 01.08.2007

> *"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 velação 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 01.08.2007:

> *"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 - OS, 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 9.433/1997, 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 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:

> *"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 9.433/97, 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.

Entidade civil sem fins lucrativos.

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 ANA 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.
- 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 sobre os termos do Contrato de Gestão e aprovação do Ministro do MMA.
- 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 2010

(3) Portaria MEC/MCT nº 475, de 15.04.2008

(4) Portaria MEC/MCT, nº 3185, de 14.09.2004

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 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 e Tecnologia, nos termos do inciso III do art. 2º da referida Lei e da regulamentação estabelecida por este 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 infra-estrutura 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 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 vinculo 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 pelo Ministério da Educação e da Ciência e Tecnologia.

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 04 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 infra-estrutura, e

f) Promoção de pesquisas.

3.14. OSCIP – organização da sociedade civil de interesse público

3.14.1. Referências Legais

- Lei nº 9.790/99 – "Lei do Terceiro Setor", alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001 e pela Lei nº 10.539, de 2002.
- Regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99, alterado pelo Decreto nº 7.568, de 2011.

3.14.2. Conceito e personalidade jurídica

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – 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 publica);

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 8.666/93 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 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que atendidos aos requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até cinco anos contados da data de vigência desta Lei. 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 8.666.
- 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 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, 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):

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, e

d) ocorrência de dano ao Erário; ou V - prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

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 3.100/99).
- A qualificação e a assinatura do Termo de Parceria: são dois processos distintos.

	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 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

3.15. Conveniada com o poder público

3.15.1. Referencias legais e normativas

- Decreto nº 6.170/2007, alterado pelos Decretos nº 6.428, de 2008, 6.497, de 2008, 6.619/2008, nº 7.568, de 2011, 7.594, de 2011, e nº 7.641, 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 convenente.

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, de 23 de março de 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 desta Portaria;

- 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 clausula 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 FGTS;

- regularidade quanto à prestação de contas de recursos federais recebidos anteriormente (art. 25, da LC 101/2000), e

- outras condições estabelecidas no art. 38 da Port. Interm. 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.

O edital do chamamento público ou concurso de projetos conterá, 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 3 (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, e

- 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 e ainda de:

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 desta Lei.

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 4.320/1964, art. 16, a subvenção social visa a 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 12.708/2012 – LDO (ARTS. 51-54)

Podem receber subvenções socais, 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 HIV - Vírus da Imunodeficiência humana, 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 4.320/64 classifica as transferências de recursos a título de contribuições, em "Correntes"[29] 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;

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 Plano Plurianual.

- 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 50.517/61.

[29] Despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens e serviços e não seja reembolsável pelo recebedor, 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.

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 6.639/79);

(b) comprovação do funcionamento, nos 3 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, flâmulas, 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 3 anos consecutivos, o relatório dos serviços prestados;

b) se negar a prestar serviço compreendido em seus fins estatuários, 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 8/8/2002

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 7.11.2008)

- 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 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 12.101/2009 e na legislação aplicável. A entidade de educação deverá aplicar anualmente em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) 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 9 (nove) alunos pagantes da educação básica; b) bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento), 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".

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 conterá 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 3 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 6 (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 12.101/09, 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 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - 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 10 (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: "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"

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 interessas nas atividade estatal a ser descentralizada, 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 papeis 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, consequentemente, 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.

www.gestaopublica.gov.br