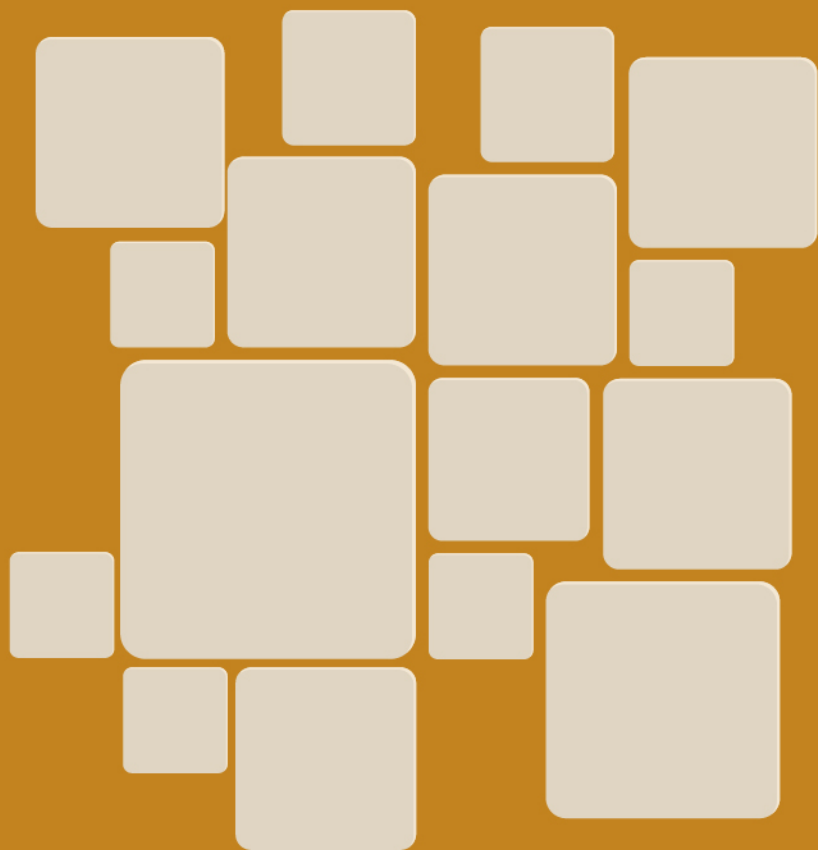


CONASS

para entender a gestão do SUS

2015

ALTERNATIVAS DE GERÊNCIA DE UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE



Brasília, 2015 | 1.ª edição

ALTERNATIVAS DE GERÊNCIA DE UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE



CONASS

Conselho Nacional de Secretários de Saúde

© 2015 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citadas a fonte e a autoria.

A coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015* está disponível gratuitamente para *download* no site www.conass.org.br.

Tiragem: 8 mil exemplares.

ISBN 978-85-8071-029-8

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2015.

157 p.

ISBN 978-85-8071-029-8

Sistema de Saúde I.

NLM WA 525

Secretários de Estado da Saúde 2015

AC Francisco Armando Melo	PB Roberta Abath
AL Rozângela Wyszomirska	PE José Iran Costa Júnior
AM Wilson Duarte Alecrim	PI Francisco Costa
AP Pedro Rodrigues Gonçalves Leite	PR Michele Caputo Neto
BA Fábio Vilas Boas	RJ Felipe Peixoto
CE Carlile Lavor	RN José Ricardo Lagreca
DF João Batista de Sousa	RO Williames Pimentel
ES Ricardo de Oliveira	RR Kalil Gibran Linhares Coelho
GO Leonardo Vilela	RS João Gabbardo dos Reis
MA Marcos Pacheco	SC João Paulo Kleinubing
MG Fausto Pereira dos Santos	SE José Macêdo Sobral
MS Nelson Barbosa Tavares	SP David Uip
MT Marco Aurélio Bertulio	TO Samuel Braga Bonilha
PA Heloísa Maria Melo e Silva Guimarães	

Diretoria do CONASS 2014/2015

Presidente

Wilson Duarte Alecrim (AM)

Vice-Presidentes

Região Centro-Oeste

Halim Antonio Girade (GO)

Região Nordeste

Jorge Villas Boas (AL)

Região Norte

Hélio Franco de Macedo Júnior (PA)

Região Sudeste

Marcos Esner Musafir (RJ)

Região Sul

Michele Caputo Neto (PR)

Equipe Técnica do CONASS

Secretário Executivo

Jurandi Frutuoso

Assessoria de Relações Internacionais

Fernando Cupertino

Assessoria Jurídica

Alethele de Oliveira Santos

Assessoria de Comunicação Social

Adriane Cruz

Marcus Carvalho

Tatiana Rosa

Coordenação de Núcleos Técnicos

Rita de Cássia Bertão Cataneli

Coordenação de Desenvolvimento Institucional

Ricardo F. Scotti

Assessoria Técnica

Alessandra Schneider

Beatriz Figueiredo Dobashi

Eliana Maria Ribeiro Dourado

Lídia Tonon

Lore Lamb

Lourdes Almeida

Maria José Evangelista

Maria Zélia Soares Lins

Nereu Henrique Mansano

René Santos

Tereza Cristina Amaral

Viviane Rocha De Luiz

Organização da Coleção

René Santos

Coordenação do Livro

Lourdes Almeida

Colaboradora

Valéria Alpino Salgado

Revisão Técnica

René Santos

Revisão Ortográfica

Sem Fronteira Idiomas

Edição

Adriane Cruz

Tatiana Rosa

Projeto Gráfico e Diagramação

Marcus Carvalho

Como usar o QR Code

Para fazer a leitura dos códigos é preciso ter um *smartphone* ou *tablet* equipado com câmera, acesso à internet e um aplicativo leitor de *QR Code*. Acesse os conteúdos complementares de forma dinâmica e fique sempre atualizado!



Abra o aplicativo e aponte a câmera para o *QR Code*

Aguarde o aplicativo escanear o *QR Code*

O aplicativo irá processar o código

Você será direcionado ao conteúdo online.

Sumário

- 8** APRESENTAÇÃO
- 9** INTRODUÇÃO
- 12** CAPÍTULO 1 – MODELOS DE GERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA
- 20** CAPÍTULO 2 – MODELOS DE GERÊNCIA DE ATUAÇÃO DIRETA
- 80** CAPÍTULO 3 – MODELOS DE GERÊNCIA DE ATUAÇÃO INDIRETA
- 118** CAPÍTULO 4 – LEI N. 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014
- 138** CAPÍTULO 5 – MODELOS DE GERÊNCIA DAS SECRETARIAS ESTADUAIS DE SAÚDE
- 143** REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Apresentação

Entre os temas que têm sido debatidos pelos Secretários Estaduais de Saúde nas assembleias regulares do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS) ou em oficinas específicas, o que trata das alternativas de gerência de unidades públicas de saúde tem-se destacado por ser um desafio a ser enfrentado pelos gestores do SUS, pois está vinculado à melhoria da gestão e do atendimento da população e à eficiência dos serviços que são oferecidos.

O CONASS já tem publicado alguns documentos sobre este tema ao longo dos anos como o CONASS Documenta n. 14 e a Revista Consensus n. 36 de 2008, fruto de debates e reuniões de consenso realizadas.

Este livro procura aprofundar este debate e contempla uma análise dos principais modelos da Administração Pública brasileira: órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, bem como o resultado de um levantamento dos modelos de gerência utilizados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, realizado pelo CONASS em 2014.

Dessa forma, o CONASS espera oferecer contribuições para o fortalecimento da gestão estadual e instrumentos para a capacitação dos técnicos das secretarias estaduais de saúde, cumprindo, assim, as suas finalidades de prestar assessoramento técnico em assuntos ligados à gestão do sistema de saúde, disseminar informações e produzir e difundir o conhecimento.

Wilson Duarte Alecrim
Presidente do CONASS

Introdução

Evoluir para um modelo de Administração Pública capaz de efetivar os ideais nacionais de liberdade e igualdade, justiça, segurança, bem-estar e desenvolvimento, na forma cristalizada pela Constituição Federal de 1988, constitui o grande desafio atual dos governos nacional, estaduais e municipais do país.

Esse desafio implica superar disparidades, contradições e antagonismos existentes na Sociedade Brasileira, com reflexos marcantes no modo de atuação das estruturas estatais.

Apesar dos avanços alcançados pelas sucessivas reformas administrativas intentadas na Administração Pública Brasileira, ainda vigora, na burocracia nacional, um modelo de organização e funcionamento autocentrado, baseado no controle de meios,¹ e ancorado por um ordenamento jurídico obsoleto, caracterizado por lacunas, sobreposições e desalinhamento aos novos paradigmas e valores constitucionais e mundiais. Esse descompasso entre os ideais e objetivos nacionais e o *modus operandi* da máquina pública tem corroído a capacidade regulatória do Estado e imobilizado a sua ação executiva.

Atualmente, os modelos de gerência de atuação direta e indireta existentes no ordenamento jurídico-administrativo nacional ou estão referenciados nas disposições do Decreto-Lei n. 200, de 1967²

1 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 correta aplicação dos recursos federais repassados a estados, municípios e Distrito Federal como CGU, TCU, Ministério Público e Tribunais. Praticamente não existem mecanismos que privilegiem o controle social efetivo da ação, exercido *ex ante*.

2 A reforma administrativa de 1964-1967, de caráter inovador e ainda atual, foi precursora de muitas das ideias que seriam apresentadas, quase 20 anos depois, como parte de uma revolução gerencial. Embora muitos dos seus principais conceitos tenham sido obscurecidos pela evolução do regime rumo a um maior

ou estão em total desarticulação com essa norma. Ademais, tanto o Decreto-Lei n. 200, conhecido como a “lei orgânica da Administração Pública”, quanto a Lei n. 4.320, de 1964, conhecida como a “lei de finanças” – principais marcos regulatórios da Administração Pública Brasileira –, remontam à década de 1960, quando o País vivenciava a experiência da ditadura militar.

Além de fragmentado, o conjunto das leis e normas que rege, atualmente, o Setor Público é inadequado à realidade nacional, sendo que, muitas das legislações, inclusive, algumas mais recentes, foram construídas sob o espírito da desconfiança na discricionariedade do administrador público, dentro do paradigma do controle do ato, do processo e não do resultado esperado.

Desse fato, decorrem diversas das disfunções na atuação da Administração Pública, com impactos significativos na área social que, por se caracterizar pela ação estatal direta na prestação positiva (ou na garantia) de serviços à população, demanda menos burocracia e mais resultados concretos.

Nada obstante a necessidade de agilidade e flexibilidade, a área social está submetida ao mesmo regime jurídico imposto às atividades estatais regulatórias, que exercem poderes de autoridade privativos, reservadas aos órgãos da administração direta e às autarquias.

Faltam, no país, tecnologias jurídico-institucionais consistentes que possam instrumentalizar adequadamente a intervenção estatal, especialmente quando o objetivo é o provimento direto de benefícios aos cidadãos, uma vez que grande parte dos referenciais jurídicos e dos modelos gerenciais desenvolvidos, até há poucos anos, voltavam-se fundamentalmente ao apoio de políticas de desenvolvimento econômico.

A viabilização da agenda política dos governos, especialmente no campo social, tem exigido, de forma crescente, a legitimação de

endurecimento e fechamento, várias das principais novidades introduzidas pela Reforma do Aparelho do Estado de 1995 a 1998 já eram mencionadas naquela época. (Gaetani, 2003).

novas alternativas jurídico-institucionais para a atuação governamental na oferta de benefícios estatais diretos à população, sobretudo em áreas sensíveis como educação e saúde.

No campo da saúde pública, a consagração da saúde como um direito do cidadão e dever do Estado, a ser assegurado por meio de ações integradas e complementares do Poder Público, em suas três esferas e pela sociedade civil, organizada em um Sistema Único de Saúde, impôs a concepção de um modelo organizativo e de funcionamento às estruturas estatais, que se notabiliza pelos seus colegiados decisórios interfederativos; pelas instâncias e mecanismos de participação e controle social e pela adoção de novas alternativas de atuação estatal direta, no provimento de serviços de saúde à população, seja de forma direta, seja por meio de modelos de parceria com o setor privado.

Os gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) são, com certeza, grandes protagonistas, no País, do debate e do esforço de construir um modelo de gestão pública democrática, voltada ao controle de resultados, capaz de responder, adequadamente, à complexidade, gravidade e urgência das demandas sociais e de desenvolvimento do País.

A tarefa não tem sido fácil, em grande parte pela dificuldade de se efetivar reformas no ordenamento jurídico nacional, para sua adequação à moralidade vigente – sem dúvida, evidenciada no consenso da massa de cidadãos brasileiros que se insurgiram, nas ainda recentes passeatas realizadas nas ruas das capitais do País, exigindo, do Estado, urgência na implementação de nova ordem social que amplie o contingente de beneficiários do estado e o leque de benefícios disponíveis.

Para isso é preciso garantir bases jurídicas seguras aos atos da Administração Pública, que diminuam o contencioso e o processo de judicialização da ação do Poder Executivo e estanquem o processo de criminalização do gestor público. É preciso estabelecer regras claras e eficientes que, por um lado, regulem o desempenho dos homens públicos, na defesa do bem comum, e, por outro contribuam para impulsionar a ação pública e maximizar seus resultados.

1

Modelos de Gerência da Administração Pública Brasileira

Modelos de Gerência da Administração Pública Brasileira

Aqui se utiliza o termo “modelos de gerência” para nominar os formatos jurídico-administrativos que podem ser utilizados pelo Poder Público para assegurar a prestação de serviços de saúde à população. O termo engloba tanto as formas de atuação direta do Poder Executivo, por meio de seus órgãos e entidades públicas da administração direta e indireta; quanto as formas de atuação estatal indireta, por meio de terceiros, pela compra de serviços no mercado ou celebração de acordos de colaboração com entidades civis sem fins lucrativos.

Os **modelos de gerência de atuação direta do Poder Executivo** são, portanto, as categorias de órgãos e entidades públicos presentes no atual ordenamento jurídico nacional. De acordo com o art. 4º do Decreto-Lei n. 200, de 1967, a Administração Pública constitui-se dos órgãos da administração direta e das entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria a ela vinculadas, que podem assumir as seguintes categorias: autarquias, consórcios públicos; fundações públicas de direito público e de direito privado; empresas públicas e sociedades de economia mista.

O art. 172 do Decreto-Lei n. 200, de 1967, contempla, ainda, o conceito de “órgão autônomo”, assim denominado o órgão da administração direta a quem o Poder Executivo assegurou autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente ao exercício adequado de suas competências públicas. Em alguns casos, o Poder Executivo é autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, em que são depositados todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extraorçamentários, inclusive a receita própria.

Tem-se, portanto, que nos **modelos de gerência de prestação direta** a ação pública realiza-se por meio de uma estrutura

estatal criada por lei ou mediante autorização legal específica para o exercício de competências públicas, ou seja, por um órgão da Administração Direta ou uma entidade descentralizada, integrante da administração indireta. Essas estruturas somente podem ser extintas por lei.

A ação direta do Poder Executivo pressupõe que a pessoa jurídica executora seja administrativa, ou seja, pública, dotada de competências públicas a ela atribuídas por lei, com direito de propriedade público, o que implica patrimônio, governança e força de trabalho vocacionados e direcionados exclusivamente para a realização dos objetivos públicos.

Quando o direito de propriedade é público, a direção institucional, a supervisão e o controle da instituição são exercidos pelo Poder Público, sem interferência de terceiros, seja órgão da Administração Direta, autarquia, fundação ou empresa pública. 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.

Os **modelos de gerência de atuação indireta do Poder Executivo** são aqueles em que a atuação pública se dá por meio da celebração de contrato ou outro tipo de ajuste com terceiros, com o objetivo de viabilizar a prestação de serviços de saúde aos cidadãos. Nesse caso, o que se gerencia não é o exercício da competência pública, ou seja, a prestação de serviços à população. Gerencia-se o contrato ou ajuste e os resultados por ele produzidos. A gerência dos serviços é privada e cabe ao particular que contratou com o Setor Público.

Quando o Poder Público estabelece relações contratuais ou de colaboração com agentes sociais ou de mercado, na intenção de alcançar os objetivos públicos, não há descentralização de competências públicas nem delegação de poderes para o particular. A celebração de relações negociais ou de parceria com particulares é

uma estratégia que pode ser adotada pelo Poder Público quando a aquisição de serviços ou produtos de terceiros ou a atuação cooperativa com particulares mostrar-se, justificadamente, mais adequada, eficaz ou eficiente para o interesse público que a atuação direta do órgão ou da entidade da Administração Pública. A decisão sobre a celebração ou não dessas relações é do próprio Poder Executivo, sem necessidade de autorização legal específica, devendo, sempre, ser motivada.

Na área social, há vários modelos de parceria, instituídos por lei, tais como o modelo das Organizações Sociais (OS); das Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip); das fundações de apoio; entre outros.

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 que fixa as bases do vínculo entre os signatários, especialmente suas responsabilidades, obrigações e transferências do Poder Público para as entidades contratadas e/ou parceiras. Há casos específicos em que o vínculo de cooperação se estabelece por determinação legal. Nesses casos, diz-se que os vínculos têm natureza paraestatal, como o dos serviços sociais autônomos e das corporações profissionais.

A descentralização de competências públicas da Administração Direta para entidades da administração indireta é uma estratégia recomendada quando o objetivo é favorecer a especialização no desenvolvimento de determinada atividade ou serviço público, de forma a ampliar a qualidade de suas especificações técnicas e o grau de alcance da ação estatal.

Como implica a delegação de competências públicas da administração direta para entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, a decisão de quando e como descentralizar cabe, privati-

vamente, ao Chefe do Poder Executivo.³ Somente a ele competem o julgamento final e a proposição legislativa de delegar competências da administração direta a uma entidade pública da administração indireta, mediante descentralização, assim como a proposição da personalidade jurídica que essas competências irão assumir – medidas que precisarão ser convalidadas pelo Parlamento para ter efeito.

De igual forma, e no caso de celebração de parcerias com a sociedade civil para o alcance de objetivos públicos comuns, incumbe ao Chefe do Poder Executivo autorizar a parceria, sendo essa autorização, em alguns casos, delegada a autoridades a ele subordinadas diretamente – os ministros, no caso federal; ou os secretários, nos governos estaduais ou municipais.

Há, pois, um reconhecimento implícito de que os modelos de gerência adotados pelos Governos são um instrumento de planejamento do desenvolvimento, ou seja, a maneira como o Setor Público se organiza reflete, em grande parte, as suas prioridades políticas.

Pesam na decisão de descentralizar alguns fatores de ordem político-administrativa, tais como:

- a. a necessidade de descentralizar o serviço ou a atividade para ampliar o impacto positivo da ação estatal no contexto social, político e econômico;
- b. a capacidade de descentralizar, tendo em vista a importância de a administração direta não perder, no processo, capacidade de coordenação política e supervisão administrativa, na sua área de competência;

3 Art. 11 e 12 do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967: “A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento”.

- 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. a existência de forças políticas que possam dar sustentação à proposta do Poder Executivo perante o Poder Legislativo;
- e. a capacidade de governança e governabilidade do Poder Executivo e os instrumentos disponíveis para que a descentralização de competências não represente perda de controle e de capacidade estatal em prol de interesses privados, ou seja, o risco de captura dos interesses públicos por privados;
- f. o grau de organização e preparo das forças políticas sociais para o exercício do controle social, ou seja, o nível de cidadania e de representação política das partes interessadas na atividade estatal a ser descentralizada, capaz de influenciar nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas;
- g. a capacidade financeira do Poder Público de arcar com os custos da descentralização; e
- h. a capacidade técnica de coordenar e supervisionar a atividade da entidade descentralizada, com foco em resultado.

Esse rol, não exaustivo, de fatores a serem considerados na decisão de descentralização evidencia que não há como determinar um modelo de gerência ideal para o setor de prestação de serviços de saúde. Alternativas adequadas em determinado setor ou esfera de governo podem ser inaplicáveis em outras áreas. Da mesma forma que soluções geradas para responder a necessidades de determinado Ente federativo podem ser inadequadas para aplicação por outro Ente federativo.

Partindo do pressuposto de que à Administração Direta cabe exercer todas as competências estatais, quando e como descentra-

lizar são respostas que somente poderão ser dadas caso a caso, em vista das condições políticas, econômicas, culturais e 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 nos quais houver capital social suficientemente amadurecido e organizado que garanta qualidade e representatividade ao controle social, poderão ser adotadas formas organizacionais dotadas de sistemas de governança mais participativos, abertos ao controle social. Quanto maior a capacidade de governança e a legitimidade de um governo, maior será a sua capacidade de garantir a supremacia do interesse público nas suas relações de cooperação com agentes sociais e de firmar contratos com agentes de mercado.

Em vez de propor modelos referenciais de organização da macroestrutura do Poder Executivo, é necessário melhor compreender as formas jurídico-institucionais da Administração Pública e os formatos de colaboração e contratação com a sociedade e o mercado, a partir dos institutos jurídicos que sustentam o Direito Público e que têm suas bases na Constituição Federal.

2

Modelos de Gerência de Atuação Direta

2.1 A administração direta

2.1.1 Conceito e principais aspectos

A administração direta é o conjunto de órgãos do Ente federado diretamente subordinados ao Chefe de cada Poder. O Decreto-Lei n. 200, 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, do estado ou do município. São criados por lei para auxiliar o Chefe do Poder (Constituição Federal, art. 76) e regem-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.

A administração direta tem a delegação constitucional explícita do exercício de todas as funções que incumbem ao Poder Executivo. Por essa razão, a lei que cria seus órgãos da administração direta (ministérios ou secretarias) não estabelece as suas competências e somente delimita as áreas de competência de cada um.

A Constituição Federal determina que há funções que são privativas da administração direta e que não podem ser descentralizadas para entidades públicas a ela vinculadas nem exercidas por terceiros. São essas competências:

1. direção superior (Constituição Federal, art. 84, II): atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle (DL n. 200/1967, art. 10, § 2º), fiscalização e controle da execução (DL n. 200/1967, art. 10, § 6º), e

2. normativa (Constituição Federal, art. 84, IV): estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios (Decreto-Lei n. 200/1967, art. 10, §§ 4º e 6º).

As autoridades superiores da administração direta são o Chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos – ministros ou secretários de estado ou municipais – por ele nomeados e exonerados. As demais autoridades ocupam cargos em comissão de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo e ministros ou secretários.

2.1.2 Regime de pessoal

O quadro de pessoal dos órgãos da administração direta é constituído por pessoal ocupante de cargos efetivos, criados por lei, e organiza-se em carreiras.

O provimento dos cargos efetivos dá-se apenas por concurso público (Constituição Federal, art. 37, II).

A remuneração dos cargos efetivos e cargos em comissão é estabelecida por lei (Constituição Federal, art. 37, X).

Os cargos efetivos sujeitam-se ao limite de remuneração estabelecido na Constituição. Nos Poderes Executivos dos estados e municípios, esse limite é o subsídio mensal do Governador e do Prefeito, respectivamente. Na Administração Pública Federal o teto é a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 37, XI).

O regime de previdência: dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos é próprio, conforme previsto na Constituição Federal, art. 40. No âmbito federal, esse regime está estabelecido pela Lei n. 12.618, de 2012, que institui a previdência complementar dos servidores, a cargo da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp-Exe). Em observância aos dispositivos da mencionada lei, o Governo federal criou a Funpresp-Exe por meio do Decreto n. 7.808, de 2012.

Os órgãos da administração direta podem contratar pessoal, nos casos de excepcional interesse público, na forma da lei (Cons-

tuição Federal, art. 37, IX). No âmbito federal, essa contratação é disciplinada pela Lei n. 8.745 de 1993, que impõe a realização de processo seletivo e a existência de dotação orçamentária específica, atestada por autorização expressa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado supervisor do órgão ou entidade contratante.

2.1.3 Aspectos do regime administrativo

As diretrizes, os objetivos e as metas dos órgãos da administração direta devem constar de plano plurianual, aprovado por lei (Constituição Federal, art. 165, § 1º). O orçamento deve ser estabelecido na lei orçamentária anual (Constituição Federal, art. 165, § 5º).

A administração direta é financiada com recursos oriundos do orçamento geral do Ente federativo, previstos na Lei Orçamentária Anual (LOA) (Constituição Federal, art. 165, § 5º, I).

O regime financeiro e contábil da administração direta é o integralmente público, regido pela Lei n. 4.320, de 1964, e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar n. 101/2000.

Por força dos arts. 18 e 19 da LRF, o limite de suas despesas com pessoal não pode ultrapassar a 50%, no governo federal, ou 60%, nos governos estaduais e municipais da receita corrente líquida, considerando-se despesas de pessoal o somatório dos gastos do Ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo Ente às entidades de previdência.

Submete-se às regras constitucionais e legais de licitação em suas compras e contratos (Constituição Federal, art. 37, XXI e Lei n. 8.666 de 1993).

Os órgãos da administração direta são fiscalizados pelo controle interno do Poder Executivo e pelo controle externo do Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, nas dimensões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Constituição Federal, arts. 70 e 74).

Os órgãos da administração direta gozam de imunidade tributária (Constituição Federal, art. 150, VI, “a”); pagam suas dívidas mediante a emissão de precatórios (Constituição Federal, art. 100) e têm privilégios processuais.

2.2 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.

Essas entidades podem ser de direito público (autarquia, fundação pública de direito público e associação pública) ou de direito privado (empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública de direito privado).

Às entidades administrativas de direito público compete exercer as atividades públicas descentralizadas pela administração direta que implicam o uso de poderes de estado ou de polícia, que, em sentido amplo, pode ser conceituado como “o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público” e envolvem a consecução do poder de legislar, consentir, fiscalizar e aplicar sanções, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁴

4 Ementa do Processo REsp 817.534/MG, Recurso Especial, 2006/0025288-1, julgado em 10 de novembro de 2009, com relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques. Resta informar que, em decisão de 16 de junho de 2010, o Superior Tribunal de Justiça, a respeito de Embargo de Declaração no Recurso Especial mencionado, entendeu que, no caso específico, era possível o exercício da atividade de fiscalização por empresa estatal, reservada, no entanto, a função de aplicação de sanções a estruturas estatais de Direito Público.

A Constituição e a lei definem as atividades e serviços públicos privativos, vedados às entidades privadas. São elas as 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 que não exigem o regime jurídico público integral, ou seja, aqueles que não são privativos do Poder Público, podendo ser explorados ou exercidos, sem fins lucrativos, por entidades privadas, criadas e geridas por particulares.

As entidades da administração indireta, sejam de direito público ou privado, vinculam-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.

2.2.1 Autarquia

O Decreto-Lei n. 200, de 1967, define autarquia como o “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 n. 200/67, art. 5º, I).

Como é uma pessoa jurídica administrativa regida, exclusivamente, pelo direito público, tal qual a administração direta, a autarquia pode exercer atividades privativas de estado,⁵ descen-

5 Atividade privativa de Estado é aquela que implica poderes de estado ou poder de polícia. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “[...] em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público [...]” 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de política podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação; (ii) consentimento; (iii) fiscalização e (iv) sanção. Ementa do Processo Resp 817.534/MG.

tralizadas pela administração direta, à exceção das atividades de direção superior, que são exclusivas dos órgãos subordinados diretamente ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, à administração direta. Podem, assim, exercer atividades como regulação, normatização, fiscalização, tutela, sanção, habilitação e outras que impliquem poderes de Estado.

A autarquia é dotada de autonomia administrativa, respeitados os limites do regime jurídico de direito público, sendo criada por lei específica, que define as suas competências, sistema de governança, fontes de receita, patrimônio e quadro de pessoal.

Por ser regida, integralmente, pelo regime jurídico de direito público, a autarquia observa os mesmos regramentos administrativos aplicáveis aos órgãos da administração direta, inclusive quanto a atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, regime de pessoal, regime orçamentário, financeiro e patrimonial, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais.

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.

Há vários tipos de autarquias:

1. autarquia administrativa, cujo atributo é o da especialização da execução de atividade privativa de estado;
2. autarquia de regime especial: autarquia dotada de maior grau de autonomia, conferida por lei, para o melhor exercício de suas finalidade e competências. 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;
3. a autarquia de regulação, nominada de agência reguladora, que constitui uma autarquia de regime especial, dotada de competências regulatórias e com autonomias especiais,

- tais como a garantia de mandato fixo e estabilidade a seus dirigentes e a impossibilidade de revisão de seus atos, salvo pelo Poder Judiciário;
4. a associação pública, constituída por Entes federados, para o exercício compartilhado de atividades administrativas ou serviço público de natureza privativa e inserida no Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002, art. 41, inciso IV) pela Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005 (lei de consórcios públicos); e
 5. as demais autarquias assim definidas pela lei.

2.2.2 Fundação Pública

Conceito de fundação

O conceito de fundação está, 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 1940, a fundação de direito privado passou a integrar o elenco de entidades no processo de descentralização, já agora, integrando a Administração Pública.

Foi institucionalizada pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967. O Decreto-Lei n. 900, de 1969, retirou a fundação pública da administração indireta, sujeitando-a apenas às regras gerais do Código Civil (sem supervisão ministerial e controle interno e externo). Posteriormente, a Lei n. 7.596, de 1987, alterou, novamente, a redação do Decreto-Lei n. 200, de 1967, e reintegrou as fundações públicas na Administração Indireta (art. 4º, II).

Conforme art. 5º do Decreto-Lei n. 200, de 1967, fundação pública 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.

Até 1984, só havia a fundação pública de direito privado, no ordenamento jurídico nacional. Decisão do STF, reconheceu possibilidade de haverem dois regimes de fundações públicas:

[...] nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal (o dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC n. 1/1969). Recurso Extraordinário – RE n. 01.126-RJ, Relator o Min. Moreira Alves – RTJ 113/314, decisão de 24 de outubro de 1984, publicada no Diário de Justiça em 3 de março de 1985)

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, não trouxe da fundação pública de direito privado e estabeleceu sobre a fundação pública de direito público regime jurídico semelhante ao da autarquia.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou a redação do art. 37, inciso XIX da Constituição para deixar clara a possibilidade de criação de fundação pública de direito privado dentro da administração indireta:

[...] 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 n. 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.

Entende-se que, na ausência da Lei Complementar mencionada no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, o art. 5º, IV, do DL n. 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.**

Natureza das fundações públicas: de direito público ou de direito privado

Há duas categorias de fundações públicas: as públicas de direito privado, instituídas na forma prevista no Decreto-Lei n. 200 e no art. 37, inciso XIX da Constituição; e a pública de direito público, dotada do mesmo estatuto jurídico da autarquia.

Ambas são formas de descentralização administrativa de competências da administração direta, na área social.

Podem ser constituídas a partir da destinação de patrimônio público ou pela institucionalização de competência pública na área social (instituto personalizado), sem fins lucrativos.

Seu patrimônio, em caso de extinção, reverte-se para o Poder Público.

2.2.2.1. Fundação pública de direito privado

Conceito e principais aspectos

A fundação pública de direito privado, também denominada fundação governamental ou fundação estatal, é uma estrutura pública, dotada de personalidade jurídica própria, criada em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades não privativas de estado na área social. São dotadas de autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos públicos diretos do Tesouro do Ente que a instituiu e/ou de outras fontes.

Como visto anteriormente, a Constituição Federal estabelece que as áreas de atuação da fundação pública de direito privado devem ser estabelecidas por lei complementar (inciso XIX do artigo 37), ainda não aprovada pelo Poder Executivo.

A fundação pública de direito privado adquire personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil, concernentes às fundações (art. 5º, § 3º).

Difere da fundação privada, criada pelo particular, por não ser regida integralmente pelo Código Civil, sofrendo as derrogações do direito público estabelecido pela Constituição Federal e legislação regulamentadora para todas as entidades da administração indireta: a) força de trabalho provida por concurso público; b) observância das regras públicas de compras e contratos (Lei n. 8.666, de 1990); c) fiscalização do controle interno do Poder Executivo e do controle externo, dentre outras. Assim, não incidem sobre ela 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.

O regime jurídico de direito privado aplica-se, especialmente, à gestão administrativa da entidade pública de direito privado, inclusive quanto ao regime de seu pessoal, que é celetista; à remuneração do pessoal; ao pagamento e execução de seus créditos e débitos; e, ainda, aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

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. Seu estatuto é, geralmente, estabelecido por decreto, conforme orientações estabelecidas na sua lei autorizativa.

A fundação pública está submetida à supervisão da Administração Pública, sob os aspectos da legalidade e da eficiência.

Regime de Pessoal

O regime de pessoal da fundação pública de direito privado é o 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.

As disposições sobre contratação por tempo determinado devem ser estabelecidas na lei (preferencialmente, a que autorizou a criação da fundação) e podem ser específicas ou seguir as regras da CLT.

Outros aspectos do regime administrativo

A fundação pública de direito privado pode ser dependente ou não dos recursos do Tesouro do Ente federado que a criou. Ela é dependente, quando recebe recursos públicos diretos do Tesouro, figurando como unidade orçamentária na LOA, tendo suas despesas de pessoal e custeio em geral ou de capital são custeadas diretamente com os recursos do Tesouro.

Quando a fundação pública é dependente, deve observar as 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. Seu planejamento deve seguir as mesmas regras que recaem sobre a autarquia, ou seja, deve integrar o Plano Plurianual e ser aprovado pelo Congresso Nacional. Seu orçamento deve constar da LOA e a fundação deve seguir as regras de finanças e contabilidade impostas às autarquias.

A fundação pública de direito privado não é dependente quando não figurar como unidade orçamentária na LOA e suas despesas de pessoal e custeio em geral forem cobertas com recursos oriundos de fontes próprias, inclusive, de contratos celebrados com o Poder Público. Nesse caso, a LOA deve conter 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 orçamentárias.

A fundação pública não dependente não tem o seu planejamento inserido no Plano Plurianual. Seguem as regras de finanças e contabilidade aplicáveis às entidades privadas.

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

A fundação pública de direito privado goza de privilégios processuais e das imunidades previstas na Constituição, na forma do § 2º do art. 150. O fato de auferir recursos da exploração do pa-

trimônio, 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.

A fundação pública de direito privado no ordenamento jurídico nacional

Como visto anteriormente, as fundações públicas de direito privado estão previstas na Administração Pública brasileira desde a promulgação do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, como modalidade institucional de descentralização administrativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público.

A figura jurídica permanece até hoje no ordenamento jurídico brasileiro, a despeito das modificações legais introduzidas ao longo dos anos, existindo atualmente várias fundações públicas de direito privado em funcionamento, especialmente nos governos estaduais e municipais.

No âmbito dos governos estaduais podem ser encontradas várias dessas fundações vinculadas às Secretarias Estaduais, como é o caso da Fundação Baiana de Pesquisa Científica, Desenvolvimento Tecnológico, Fornecimento e Distribuição de Medicamentos (Bahiafarma); da Fundação Centro de Controle de Oncologia do Estado do Amazonas (Fcecon); da Fundação Hemope em Pernambuco; da Fundação Pró Sangue e Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto em São Paulo; da Fundação Hospitalar do Sergipe; da Fundação de Saúde Parreiras Hortas e da Fundação Estadual de Saúde de Sergipe.

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.

A partir de 2005, o esgotamento dos modelos administrativos de atuação direta do Poder Executivo na área social levou o Governo

federal a investir na remodelagem do estatuto da fundação pública de direito privado e propor lei complementar que regulamentasse as áreas de atuação desse modelo jurídico, na forma exigida pelo art. 37, inciso XIX da Constituição Federal. O projeto das fundações estatais foi conduzido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em parceria com o Ministério da Saúde, que intentava dar uma solução sustentável à crise na oferta de serviços públicos de saúde pelas instituições públicas federais, gerada pelas determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério Público Federal (MPF)⁶ de cessação das relações simbióticas irregulares que essas entidades vinham mantendo com suas fundações de apoio.

O fato conduziu o Governo federal ao aprofundamento dos estudos sobre as atuais formas jurídicas da Administração Pública, no objetivo de modelar uma solução que atendesse aos hospitais federais como também aos demais setores estatais executores de atividades não privativas do Estado, que não exijam o exercício do seu poder de autoridade. Naquela época, alguns estados participaram ativamente do debate do projeto das fundações estatais, com destaque para a Bahia e Sergipe.

Desses estudos resultaram a proposição do Projeto de Lei Complementar n. 92, encaminhado ao Congresso Nacional em dezembro de 2007, referente às fundações estatais e a elaboração de uma cartilha sobre o estatuto das fundações estatais, publicado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em seu *site*, na internet.⁷

6 Essas entidades sofreram recentes questionamentos por parte do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal, quanto à legalidade das relações que estabelecem com as fundações de apoio – Fundação Ary Frauzino; Fundação Pró-coração (Fundacor) e Fundação de Apoio e Ensino Bonsucesso (Faseb). Por meio do Acórdão n. 1193/2006-TCU-Plenário, os Ministros do Tribunal de Contas determinaram ao Ministério da Saúde que rescindissem os convênios com as mencionadas e fundações de apoio, estabelecendo prazos para a suspensão dos serviços, abrindo uma crise de natureza administrativa sem precedentes, naqueles hospitais e institutos.

7 http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/fundacao_estatal/arquivos/081003_PFE_Arq_cartilha.pdf

O Projeto de Lei Complementar n. 92/2007, de autoria do Poder Executivo teve, como objetivo 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. O Projeto sofreu obstáculos políticos em sua tramitação no Congresso Nacional e no fim de 2014 ainda aguardava votação.

Independentemente do Projeto de Lei, PLP n. 92/2007 não haver concluído sua tramitação no Poder Legislativo Federal, alguns estados e municípios instituíram fundações estatais, especialmente para personalizar serviços públicos de saúde, tais como a Fundação Estatal Saúde da Família (Fesf), da Bahia, das Fundações Estatais do Sergipe, da Fundação Estadual do Rio de Janeiro. Também a União investiu no modelo de fundação estatal e criou a Funpresp-EXE e a Funpresp-JUD, como fundações públicas de direito privado, autorizadas pela Lei n. 12.618, de 2012.

Muitas das novas fundações públicas de direito privado, criadas pelos governos federal, estaduais e municipais, tão logo instituídas, tiveram suas leis autorizativas questionadas quanto à sua constitucionalidade junto ao Judiciário.

2.2.2.2 Fundação pública de direito público

Fundação pública de direito público 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 são uma espécie do gênero das autarquias, sendo, por isso, denominadas fundações autárquicas.

Seu regime jurídico administrativo, de pessoal, patrimonial, orçamentário, financeiro, fiscal e tributário é o mesmo das autarquias, usufruindo das mesmas prerrogativas processuais. Diferem das autarquias por serem instituídas apenas em áreas sociais, para o exercício de atividades privativas ou não.

Fundações Públicas de Direito Público vinculadas a Secretarias Estaduais de Saúde

Nos governos estaduais existem 16 fundações públicas de direito público vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde:

- a. Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais (Hemominas) (MG);
- b. Fundação Oncocentro (SP);
- c. Fundação Alfredo da Matta (Fuam) (AM);
- d. Fundação Hospitalar Estadual Acre (Fundacre) (AC);
- e. Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas (FVS/AM) (AM);
- f. Fundação de Hematologia e Hemoterapia do Amazonas (Hemoam) (AM);
- g. Fundação de Medicina Tropical “Doutor Heitor Vieira Dourado (AM);
- h. Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia (Hemo-ba), (BA);
- i. Fundação de Ensino e Pesquisa em Ciência da Saúde (DF);
- j. Fundação Hemocentro (FHB) (DF);
- k. Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG) (MG);
- l. Fundação Ezequiel Dias (Funed) (MG);
- m. Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul (MS);
- n. Fundação FHMERON (RO);
- o. Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde (FE-PPS) (RS);
- p. Fundação de Medicina Tropical do Tocantins (TO).

2.2.2.3 Posicionamentos jurídicos e de controle externo acerca da fundação pública de direito privado

A seguir alguns posicionamentos jurídicos e de controle externo acerca da Fundação Pública de Direito Privado.

Sobre a natureza jurídica das fundações públicas de direito privado

Entendimentos da Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal (STF), constantes dos autos do processo relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 191-4 (à fl.16), de 29 de novembro de 2007 (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 (edições posteriores ao advento daquela Emenda), em que se observa: A EC n. 19/1998 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, 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 à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panaceia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia (*Idem, Ibidem*)

Sobre o pessoal da Fundação

Na ADI n. 191, de 29 de novembro de 2007, já mencionada anteriormente, o STF julgou inconstitucional o art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul, que assegurava aos funcionários das fundações de Direito Privado os mesmos direitos dos servidores das fundações de Direito Público. O STF entendeu que os regimes são diversos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. 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. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 191, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00001 RTJ VOL-00205-01 PP-00015)

• Criação de cargos nas fundações públicas de direito privado – TCESP

No Processo TC-000406/015/09, o Tribunal de Contas de São Paulo (TCE/SP) afirmou que a criação de cargos (empregos públicos) nas fundações de direito privado não depende de lei, bem como que, no estado de São Paulo, dependem de decreto:

2.2 As admissões em exame decorreram de regular concurso público, tendo sido respeitada a ordem classificatória, bem como a

quantidade de vagas existentes no quadro de pessoal da Fundação, conforme constatou a Fiscalização quando da verificação in loco da documentação pertinente. Entretanto, questiona-se nos autos a ausência de lei de criação dos cargos existentes no quadro de pessoal da Fundação. O documento de fl. 28 revela que a criação de cargos sempre foi tratada e autorizada em reuniões do Conselho de Curadores da Fundação Dracense de Educação e Cultura, que, por sua vez, dá amplos poderes ao Diretor Executivo da entidade “para praticar todos os atos necessários à boa administração, incluída a criação de cargos (empregos públicos).

[...]

Acontece que, na verdade, apesar de não constar na legislação constitucional a exigência de lei para a criação de cargos públicos em fundações, assiste razão à Equipe de Fiscalização ao apontar a ausência de norma específica para tanto, oriunda do Poder Executivo instituidor.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 47, inciso XII, prevê que a criação de cargos para as fundações instituídas ou mantidas pelo poder público deve ser efetivada através de decreto editado pelo Chefe do Executivo, conforme os seguintes termos [...]

Posteriormente, contudo, o TCE/SP afirmou, no Processo TC-002310/026/09, que, por integrarem a Administração Pública Indireta, as fundações públicas de direito privado devem ter seus cargos e empregos criados por lei:

Não se pode olvidar que a Fundação de Apoio (fundação pública de direito privado) integra a Administração Pública Indireta e, como tal, seus cargos ou empregos (no mais das vezes, são empregos públicos regidos pela CLT) são públicos, devendo observância, entre outros, ao princípio da legalidade. Logo, a criação, transformação e extinção dos postos de trabalho destas entidades, também dependem de lei (CF art. 37, I). Assim, entendo deva ser mantida a ressalva efetuada na r. Decisão originária a respeito da resistência da entidade em cumprir mandamentos constitucionais pertinentes ao seu quadro de pessoal. (TC-002310/026/09)

- **Súmula do TCU sobre exigência de concurso público:**

A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada. (Súmula 231 do TCU).

Contudo, no Acórdão n. 1.557/2005, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendeu que é possível, em caráter excepcional e justificado, a nomeação para “cargos” em comissão em empresas públicas, os quais, outrossim, não dependem de lei. A fundamentação do TCU aplica-se às fundações públicas de direito privado.

Entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a necessidade de concurso público para contratação de empregados pela fundação pública de direito privado

No Recurso de Revista n. RR 11400-89.2003.5.04.0027, o TST afirmou que é obrigatória a realização de concurso para contratação de empregados pelas fundações públicas de direito privado. Contudo, na Resolução n. 206500-45.2005.5.02.0066, o TST afirmou que, em relação a certas atividades finalísticas, é possível que seja dispensado o concurso (casos em que a fundação realiza programas de televisão ou congêneres, pois é custoso manter quadro permanente de artistas), hipótese em que se mantém a exigência em relação às atividades burocráticas:

Quanto às funções administrativas, operacionais, burocráticas, entende-se a exigência de concurso público, pois, nesse particular, o contexto é de que há necessidade de quadro de pessoal permanente, que pode ser selecionado mediante critérios objetivos, sem nenhuma excepcionalidade em relação aos demais órgãos públicos.

Porém, quanto às funções inerentes à produção de programas de rádio e de televisão considerada em si mesma, a conclusão pela exi-

gência de concurso público implicaria decisão inexecutável, o que não se admite, conforme se passa a expor.

Com efeito, quando a produção é feita pela própria fundação, não há como se aferir por meio de concurso público o talento, o carisma, o prestígio ou a visibilidade de determinados artistas (produtores, diretores, editores, roteiristas, atores, cinegrafistas, figurinistas, maquiadores, iluminadores etc.) e jornalistas (pauteiros, redatores, locutores, colunistas, comentaristas, repórteres etc.).

2.2.3. Consórcio público

Conceito e principais aspectos

Consórcio público é o nome que se dá à entidade pública sem fins lucrativos instituída por dois ou mais Entes federados para a consecução de competências públicas por eles descentralizadas por lei.

O consórcio público pode ser instituído como uma autarquia interfederativa: a associação pública; ou como pessoa jurídica de direito privado.

O consórcio público está previsto no art. 241 da Constituição Federal e a instituição de consórcios públicos está disciplinada, em nível nacional, pela Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, e pelo Decreto n. 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei.

Constituição Federal, art. 241:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os Entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O âmbito de atuação do consórcio público corresponde à soma dos territórios dos municípios ou estados consorciados, independentemente de a União figurar como associada.

Quando assume a forma de associação pública, o consórcio público adquire personalidade jurídica mediante a vigência das leis dos Entes da Federação que a instituírem. A associação pública pode exercer competências privativas e não privativas de estado, visto que, sobre ela incide 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.

Quando é criado como consórcio público de direito privado, sua criação deve ser autorizada pelas leis dos Entes federados instituidores e sua personalidade jurídica é adquirida mediante o atendimento dos ritos da legislação civil.

Ambos os consórcios públicos – de direito público ou de direito privado – observam as seguintes regras:

1. O regime de seu pessoal é o celetista; no entanto, a admissão de celetistas depende de previsão específica, no contrato de consórcio, que fixe a forma e os requisitos de provimento e sua respectiva remuneração.
2. Recebem recursos financeiros e patrimônio por contrato de rateio celebrado entre os Entes instituidores.
3. Podem receber servidores públicos cedidos pelos Entes instituidores, se previstos no contrato de rateio.
4. Observam a legislação federal de compras e contratações (Lei n. 8.666, de 1993).
5. Submetem-se à orientação, coordenação e supervisão dos Entes federados instituidores, exercida de forma compartilhada, 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.

6. Sua instância máxima de governança é a Assembleia Geral, com poderes decisórios superiores, da qual participam representantes de todos os Entes federados consorciados.
7. Seu representante legal e presidente da Assembleia Geral deve ser um chefe do Poder Executivo de um dos Entes consorciados (critérios de eleição e duração do mandato dispostos no protocolo de intenções que contém os principais requisitos da relação consorciada).
8. Seus órgãos colegiados devem ser constituídos por representantes dos Entes consorciados, sendo permitida a participação de representantes da sociedade civil.
9. O controle do consórcio, para os fins de que trata o art. 70 da Constituição, é exercido pelos Tribunais de Contas.

No consórcio público de direito público, as atividades 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.

Para instituição de um consórcio público, os Entes desejosos de se consorciarem devem celebrar um protocolo de intenções que estabeleça os requisitos essenciais da relação consorciada; o estatuto do consórcio e as regras administrativas próprias que a entidade deverá observar. O protocolo de intenções, uma vez convertido em lei pelos Entes consorciados, passa a ser reconhecido como o contrato de consórcio que regula a entidade e as responsabilidades dos Entes que o subscreveram.

O Protocolo de Intenções deve prever o direito dos Entes consorciados de exigirem o pleno cumprimento do contrato de consórcio dos demais Entes.

O contrato de rateio é o instrumento pelo qual os Entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos para as despesas do consórcio, devendo ser formalizado em cada exercício financeiro.

O consórcio público de direito público ou de direito privado que receber recursos via contrato de rateio não tem autonomia orçamentária, devendo observar as regras fiscais e de contabilidade de direito público.

A Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, autorizou ao consórcio público a observância de regras mais flexíveis na aplicação dos limites de dispensa e das modalidades simplificadas de licitação, que obedecem ao dobro dos valores estabelecidos na Lei n. 8.666, de 2003.

Contrato de programa

O contrato de programa não é um instituto próprio do consórcio público. Trata-se de outro instituto previsto na Lei Federal n. 11.107, de 2005, que viabiliza a gestão associada de serviços privativos entre Entes federados que não celebraram contrato de consórcio entre si, ou entre um consórcio público e um Ente federado não subscritor do contrato de consórcio.

O contrato de programa institui e regula a cooperação entre dois Entes da Federação, inclusive entre entidade da administração indireta de um Ente federado com outro Ente federado ou com consórcio público, para a gestão associada de serviços públicos. Podem celebrar contrato de programa uma autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista, ou consórcio público, independentemente de haver lei autorizativa.

É obrigatório celebrar contrato de programa quando houver prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa, quando o serviço não for prestado pelo próprio consórcio público, e também quando houver a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, sendo considerado ato de improbidade administrativa celebrar outro tipo de contrato ou instrumento.

Posicionamentos de órgãos jurídicos e de controle externo acerca dos consórcios públicos

- *Sobre teto remuneratório*

Não foram encontradas decisões dos Tribunais de Contas dos estados acerca da aplicabilidade do teto remuneratório aos consórcios públicos. O TCU não tem acórdãos a respeito, mas, a julgar pelo entendimento manifestado nos outros casos – de que o art. 37, XI, e § 9º, da CF enumera taxativamente as entidades abrangidas pela regra do teto –, a regra não se aplicaria aos consórcios públicos de direito privado, não dependentes de recursos do orçamento dos Entes instituidores e a ele transferidos por via do contrato de rateio.

- *Limite de despesas – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)*

A Portaria n. 72/2012 da Secretaria do Tesouro Nacional uniformizou o entendimento de que **as despesas do consórcio com pessoal devem ser computadas proporcionalmente no limite da LRF.**

Antes mesmo dessa portaria, o Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCEMT) já havia firmado entendimento nesse sentido, por meio da Resolução de Consulta n. 63, de 2010 (originada do Processo 9.441-2010). Na oportunidade, o Tribunal de Contas afirmou também que a adoção de consórcios na área de saúde não pode implicar transferência total do serviço público.

- *Contribuição ao PIS*

Na Resolução de Consulta n. 23/2012 (originada do Processo 19.681-9/2012), o TCEMT firmou entendimento no sentido de que a contribuição ao PIS é devida tanto nos consórcios de Direito Público (receita), como de Direito Privado (folha de salários).

- *Concurso Público*

Na Resolução de Consulta n. 29, de 2008, o TCEMT entendeu que é necessária a realização de concurso público nos consórcios públicos e que, no caso da contratação de serviços eventuais especializados, é possível a contratação do serviço (e não do empregado), na forma da Lei n. 8.666/1993.

Nas Resoluções de Consulta n. 731.118 e 843.841, o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG) também afirmou a obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de pessoal (à exceção dos servidores cedidos).

- *Cômputo dos valores transferidos aos consórcios públicos para efeito de apuração do mínimo de aplicação em saúde*

Na Consulta 843481, o TCEMG entendeu que é possível de se computarem, na apuração do mínimo de aplicação em saúde, aquelas despesas efetivamente realizadas com os serviços públicos de saúde – discriminadas no art. 3º da Lei Complementar n. 141/2012 e da Instrução Normativa n. 19/08, na aplicação do percentual mínimo de 15% (quinze por cento) destinado aos Municípios, o cômputo dos valores transferidos a consórcio público de saúde, para fins do percentual mínimo de aplicação.

- *Contratação de pessoal*

Na Consulta 896648, o TCEMG entendeu, ao analisar os consórcios públicos na área de saúde, que: (i) o consórcio não pode contratar profissionais para prestar serviços em apenas um município; (ii) não é permitido repassar ao consórcio a integralidade das verbas recebidas do Fundo Nacional de Saúde (FNS); (iii) os serviços de baixa complexidade devem ser prestados, em regra, pelos municípios; (iv) as despesas com pessoal do consórcio devem ser computadas para fins do limite da LRF.

• *Posicionamento da Advocacia-Geral da União a respeito dos consórcios públicos*

– Regime de direito financeiro e contábil

No Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAF) n. 1.238/2012, a PGFN afirmou que os consórcios de direito privado:

[...] submetem-se às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente no tocante à contabilidade pública, à execução orçamentária e à responsabilidade fiscal:

6. A controvérsia, de todo modo, não mais reside na **submissão dos consórcios públicos, independentemente da natureza jurídica, às normas de Direito Financeiro, que compreendem, inclusive, elementos relacionados às atividades de prestação de contas e controle pelos órgãos de fiscalização.**

7. Sobre esse ponto já há pronunciamento desta Coordenação-Geral que permanece válido, e em relação ao qual há concordância da Secretaria do Tesouro Nacional.

[...]

44. Independentemente das críticas feitas à dualidade de regimes jurídicos, da análise do § 4º do art. 8º, art. 9º e art. 20 da Lei n. 11.107/2005 e do inciso II do art. 40 do Decreto n. 6.017/2007, depreende-se que, independentemente de possuírem personalidade jurídica de direito público ou privado, **os consórcios públicos submetem-se às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente no tocante à contabilidade pública, à execução orçamentária e à responsabilidade fiscal, por expressa determinação legal [...]**

45. Dessa forma, a constituição do consórcio público com personalidade jurídica de direito privado não afasta a aplicação do regime público no que se refere especificamente às normas de direito financeiro, além das matérias citadas no § 2º do art. 6º da Lei n. 11.107/2005.

No referido parecer, afirmou-se, ainda, que, nos consórcios públicos de Direito Privado e no de Direito Público, todas as receitas (próprias e transferidas) devem ser contempladas no orçamento dos Entes consorciados.

– Natureza administrativa dos consórcios públicos

No Parecer PGFN/CJU/COJLC n. 111/2011, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional concluiu que tanto os consórcios de Direito Público, como os de Direito Privado integram a Administração Indireta de cada um dos Entes consorciados.

No referido parecer, concluiu-se que, no regime misto dos consórcios públicos de Direito Privado, devem prevalecer as características de Direito Público:

118. Já aos consórcios públicos de direito privado deve-se aplicar um regime jurídico híbrido ou misto (público e privado), **com maior predominância para o regime de direito público.**

119. Sabe-se que no regime misto pode-se preponderar o regime público ou o regime privado. No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividades econômicas em sentido estrito, essas se sujeitam predominantemente ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme determina o artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, apesar de sujeitarem a algumas normas do regime público. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à prestação de serviços públicos, como, por exemplo, a Infratero e a ECT, se sujeitam predominantemente ao regime jurídico de direito público, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado.

120. Assim, parece-nos que o **regime aplicável aos consórcios públicos de direito privado deve ser similar ao das demais pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta prestadoras de serviço público (empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as fundações públicas de direito privado) sendo vedado a aplicação analógica do artigo 173 do texto constitucional supramencionado.**

– Imunidade previdenciária

No Parecer PGFN/CAT n. 979/2012 foi abordada a imunidade dos consórcios públicos em relação às contribuições previdenciárias (art. 195, § 7º, da CF/1988). A PGFN concluiu que os consórcios de Direito Público não têm imunidade, por terem a natureza de autarquia. As autarquias, por sua vez, não estariam abrangidas pela imunidade, porque (i) essa imunidade tem por objetivo substituir a solidariedade dos particulares no financiamento da seguridade pela solidariedade deles na prestação de serviços assistenciais, em auxílio ao Estado; e (ii) não há previsão na lei que regulamenta o dispositivo – Lei n. 12.101/2009:

13. Uma entidade pública não compõe o espectro de contribuintes imunes, porque a prestação desses serviços sociais é obrigação do Estado, e não faculdade dele. O pressuposto da imunidade é a substituição da solidariedade contributiva pela solidariedade na prestação dos serviços. Sucede que as entidades públicas foram criadas pelo Estado para prestação dos serviços de provimento obrigatório pelo Estado, com a previsão de que arcariam com os custos tributários decorrentes de tal atividade. Nada há a ser substituído, porque a imunidade das entidades estatais depende de previsão constitucional expressa. Reconhecer dispensa da solidariedade contributiva a essas entidades configuraria um desvio da função da norma imunizante do § 7º do art. 195 da CF, que é, repita-se, estimular a iniciativa privada a se somar ao Estado, a atuar em parceria com ele no desempenho de suas obrigações.

(...)

18. O consórcio público de direito público, segundo a Lei n. 11.107, de 2005, e de acordo com doutrina abalizada, possui natureza jurídica de autarquia e atua sob regime jurídico de direito público. Sobre ele, o Parecer PGFN/CJU/COJCL/N. 111, de 2012, dispôs nesse mesmo sentido: (...)

21. Portanto, o consórcio público de direito público, sendo uma espécie de autarquia, não está legitimado a requerer certificação como entidade beneficente de assistência social, não fazendo jus ao gozo do não pagamento das contribuições devidas à seguridade social, por não se subsumir aos limites constitucionais da imu-

nidade posta no § 7º do art. 195 da CF e por não se adequar às exigências da Lei n. 12.101, de 2009.

O interessante é que o fundamento da natureza autárquica dos consórcios públicos de Direito Público permite defender a imunidade em relação aos impostos (art. 150, VI, “a”, da CF/1988⁸), pois essa é extensível às autarquias.

Em relação aos consórcios públicos de Direito Privado, inicialmente concluiu-se pela inaplicabilidade da imunidade do mencionado art. 150, § 7º, porque tais consórcios estão submetidos a um regime jurídico predominantemente público e não se assemelham a instituições beneficentes, conforme o Parecer PGFN/CAT n. 979/2012:

26. Além de integrarem a Administração Indireta e de atuarem sob regime jurídico predominantemente de direito público, a forma de constituição dos consórcios públicos os distancia do conceito de entidades beneficentes de assistência social. Os consórcios públicos sejam os de direito público sejam os de direito privado são constituídos por pessoas políticas, os Entes federados, os quais, obviamente, passam ao largo do direito a serem reconhecidos como entidades beneficentes de assistência social. A possibilidade de estímulo ao desvio de finalidade dos consórcios públicos foi antevista pelo Parecer PGFN/CJU/COJLC/N. 111, de 2012, ao defender o regime jurídico predominantemente público para a atuação de tais Entes [...].

27. Transpondo essa ideia para o direito tributário, e de um ponto de vista pragmático, reconhecer imunidade das contribuições do financiamento da seguridade social aos consórcios públicos de direito público ou privado funcionaria como forte incentivo ao desvio de finalidade dessa nova figura jurídica, que, em um perverso

8 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; § 2º – A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

“planejamento tributário dos Estados e Municípios” contra a União e contra a Sociedade, absorveria a prestação de todos os serviços públicos sociais de prestação obrigatória por cada Ente político formador do consórcio público.

28. Tal manobra desoneraria as folhas de pagamento da Administração Direta, porque a execução dos serviços, por estímulo desse tipo de interpretação jurídica, seria, tanto quanto possível, transferida aos consórcios públicos. Levado ao extremo, o vislumbrado “planejamento tributário” de Estados e Municípios comprometeria o equilíbrio do Fundo do Regime de Previdência Social, sobrecarregando a União, por força da sua responsabilidade na cobertura de eventuais insuficiências do Fundo, nos termos do art. 16 da Lei n. 8.212, de 1991.

Contudo, no Parecer n. 1.344/2013, a PGFN teve de alterar seu entendimento **em relação aos consórcios públicos de Direito Privado**, porque a Consultoria Geral da União (CGU) proferiu parecer (que vincula a PGFN), no sentido da possibilidade de eles se cadastrarem como entidades beneficentes, deste que atendidos os demais requisitos legais:

5. Assim sendo, conforme antes mencionado, a controvérsia foi submetida à CGU, para uniformização dos entendimentos dos citados órgãos jurídicos. Na sequência, foi exarado, então, o Parecer n. 008/2012/GBA/CGU/AGU (Despacho CGU n. 1700/2012, e respectivo despacho de aprovação Ministerial), cujas conclusões foram as seguintes:

(i) entre as entidades do setor público, podem estar acolhidas, em tese, pelo requisito ‘pessoas jurídicas de direito privado’, referido no art. 1º da Lei n. 12.101, de 2009, as fundações públicas de direito privado, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e os consórcios públicos de direito privado,

(ii) é possível reconhecer a presença do requisito ‘sem fins lucrativos’, referido no art. 1º da Lei n. 12.101, de 2009, às entidades referidas no item anterior, mesmo na hipótese de empresas estatais (empresas públicas e

sociedades de economia mista) prestadoras de serviço público não privativo, sendo desnecessário que o prestem em regime de monopólio;

(iii) diante do cenário de inconsistência conceitual, tais conclusões não esgotam a análise dos requisitos autorizadores da certificação, porquanto não se pode extrair da atual tipologia de entes públicos a adequada compreensão da atividade desempenhada, o que somente se pode aferir mediante análise casuística fundamentada, cercada de absoluta cautela, recomendação essa decorrente do caráter excepcionalíssimo que a certificação assumirá nesses casos.

6. Dessa forma, muito embora a posição da PGFN e, pessoalmente, desta signatária, sejam em sentido oposto ao adotado pela AGU no Parecer N. 008/2012/GBA/CGU/AGU, a interpretação conferida pelo mencionado órgão vincula técnica e juridicamente a atuação da PGFN, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

2.2.4 Empresa estatal

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 uma figura jurídica própria para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (Constituição Federal, art. 173).

A empresa estatal é criada por autorização legislativa específica (Constituição Federal, inciso XIX) e procedimentos do Código Civil: registro do estatuto social na Junta Comercial. Seu estatuto social é publicado por decreto, com base na lei autorizativa.

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, doação 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 extinção ou transferência de controle de empresa estatal depende de autorização por lei específica.

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. 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, sendo que a maioria do capital social com direito a voto pertence, direta ou indiretamente, ao Poder Público.

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 sociedades de economia mista podem instituir subsidiárias, mediante autorização legislativa, sob o formato de sociedades anônimas, desde que haja participação majoritária do Poder Público.

A empresa estatal economicamente ativa, que não receba recursos diretos do orçamento público para cobertura de suas despesas de pessoal; de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária é considerada não dependente. Aquela que recebe recursos do orçamento público e integra a LOA do seu Ente instituidor é depen-

dente e tem tratamento orçamentário e financeiro similar ao da autarquia. Essa última submete-se, inclusive, às disposições da LRF.

A empresa pública é conceituada no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 como:

[...] 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.

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 n. 6.404/1976) no que couber, especialmente com relação ao sistema contábil.

A sociedade de economia mista é a sociedade de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades não estatais, controlada pelo Poder Público, com preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores. É constituída sob a forma de sociedade anônima e observa a Lei n. 6.404, de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações ou Sociedades Anônimas (S/A).

Segundo o inciso III do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 a sociedade de economia mista é:

[...] 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.

A inscrição do estatuto social na Junta Comercial prescinde de sua publicação por decreto; necessita apenas de lei autorizativa.

O regime de direito público 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, especialmente os arts. 37, 70, 71, 74, 163 e 165.

O regime de pessoal é o da CLT, com admissão por concurso público. Está sujeita à aprovação do Ministério do Planejamento e Orçamento, nos pedidos de alteração no quantitativo de pessoal próprio, nos programas de desligamento de empregados, na revisão do plano de cargos e salários (inclusive de cargos em comissão), na renovação de acordo coletivo de trabalho, na participação de empregados nos lucros (PLR), conforme o Decreto n. 3.735/2001.

O orçamento da empresa estatal não dependente compõe o Programa de Dispêndio Global, aprovado pelo Chefe do Poder Executivo.

Conforme o inciso III do § 1º do art. 173 da CF as empresas estatais que explorem 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 n. 8.666, de 1993. No entanto, como essa lei ainda não foi promulgada, as empresas estatais seguem as disposições da lei geral de licitações.

A empresa estatal submete-se ao controle interno do Poder Executivo e ao controle externo. Não tem privilégios administrativos, tributários ou processuais e está sujeita à penhora de seus bens e à falência. No caso da penhora, excetuam-se os bens afetados à prestação de serviços públicos – Decisão STF – Recurso Extraordinário – RE n. 407.099-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Veloso e AC n. 669-MC/SP, Relator Ministro Carlos Brito.

Empresa subsidiária

Pessoa jurídica de direito privado instituída por empresa estatal, mediante autorização legal específica e registro do seu ato

constitutivo na Junta Comercial. É denominada sociedade controlada, no Direito Comercial – Lei n. 6.404/1976 (Lei que dispõe sobre as S/A).

O controle e gestão das suas atividades são atribuídos a empresa pública ou a sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado.

A empresa subsidiária é criada por autorização legislativa (Constituição Federal art. 37, inciso XX) e obedece procedimentos do Código Civil como o registro do estatuto social na Junta Comercial.

Vincula-se diretamente à empresa estatal que a criou, sendo supervisionada indiretamente pela administração direta.

O § 1º do art. 1º do Decreto n. 3.735/2001 inclui a subsidiária no rol das entidades da administração indireta:

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 é um indicativo de que, para o Poder Executivo Federal, a subsidiária submete-se às mesmas derivações do direito público impostas às empresas públicas e sociedades de economia mista e, portanto, estaria dentro da Administração Pública indireta.

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh)

A Ebserh surgiu como uma empresa pública unipessoal, com capital social integralmente sob a propriedade da União, e previsão legal de que seu lucro líquido deverá ser reinvestido para atendimento do seu objeto social (o que a aproxima do conceito de fundação), excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência.

Sua finalidade institucional é prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como prestar serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

Suas atividades de prestação de serviços de assistência à saúde estão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do SUS.

A lei autoriza que a contratação da Ebserh pelas universidades federais pode ser realizada por meio de um contrato especial, interno à Administração Pública, considerando se referir a ambas as partes – Ebserh e universidades –, a estruturas públicas integrantes da administração indireta do Governo federal, vinculadas ao Ministério da Educação.

Esse contrato deve estabelecer, entre outras disposições, as obrigações das partes; as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução a serem observados pela Ebserh; a respectiva sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios e parâmetros a serem aplicados; e a previsão de que a avaliação de resultados obtidos, no cumprimento de metas de desempenho e observância de prazos pelas unidades da Ebserh, será usada para o aprimoramento de pessoal e melhorias estratégicas na atuação perante a população e as instituições federais de ensino ou instituições congêneres, visando ao melhor aproveitamento dos recursos destinados à Ebserh.

No âmbito desses contratos, as universidades federais contratantes podem ceder à Ebserh bens e servidores públicos.

A estrutura de governança da Ebserh é constituída de Conselho de Administração, Diretoria Executiva, Conselho Fiscal e Conselho Consultivo, esse último como instância de participação social, com “finalidades de consulta, controle social e apoio à Diretoria Execu-

tiva e ao Conselho de Administração” (art. 23 do Decreto n. 7.661, de 2011).

A previsão legal e estatutária da instância de controle social dentro da estrutura de governança é um avanço em direção a modelos jurídico-institucionais mais abertos e sensíveis à participação direta de usuários e partes interessadas em espaços decisórios dos órgãos e entidades públicos.

Outro aspecto interessante a destacar é a previsão, no estatuto, de que a Empresa deverá assegurar aos integrantes e ex-integrantes dos Conselhos de Administração e Fiscal e da Diretoria Executiva a defesa em processos judiciais e administrativos contra eles instaurados pela prática de atos no exercício do cargo ou função, nos casos em que não houver incompatibilidade com os interesses da empresa.

A Lei da Ebserh foi questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.895, proposta ao STF pelo Procurador-Geral da República, sob os argumentos: (i) de que o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal exige a edição de lei complementar a definir áreas de atuação não apenas para instituição de fundações públicas, mas também de empresas públicas e sociedades de economia mista; e (ii) de que a contratação de celetistas pela empresa pública em questão seria inconstitucional, já que deveriam ser estatutários.

Sustentou o Procurador-Geral da República que, na expressão “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” (CF, art. 37, XIX), a expressão “neste último” caso se referiria também às empresas estatais. Assim, a lei que autorizou a criação da empresa seria inconstitucional, por falta de lei complementar prévia.

Em resposta à solicitação do Relator da ADI, Ministro Dias Toffi do Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União

manifestou-se pela improcedência do pedido veiculado pelo requerente e pela declaração de constitucionalidade dos artigos 1º a 17 da Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Registrou, o Advogado-Geral que a imposição constitucional do art. 37, inciso XIX, quanto à necessidade de prévia lei complementar para a definição das áreas de atuação aplica-se apenas às fundações públicas de direito privado.

Quanto ao regime jurídico único previsto no art. 39, caput da Carta da República, o Advogado-Geral defendeu não ser ele aplicável aos servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme, inclusive, evidenciado no texto do próprio dispositivo que não estende o regime às empresas estatais.

Instado a também se pronunciar, pelo Relator da ADI, o Advogado do Senado Federal, no Ofício n. 091/2013-PRESID/ADVOSF de 4 de março de 2013, entendeu que a ADI n. 4895 deve ser extinta sem julgamento de mérito ou, caso admitida, seja julgada improcedente no mérito, declarando-se a constitucionalidade da lei impugnada.

Empresas estatais vinculadas a Secretarias Estaduais de Saúde

Nos governos estaduais, são exemplos de empresas estatais vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde:

Tipo de empresa estatal	Denominação da empresa estatal	UF
Sociedade Economia Mista	Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A. (Lifal)	AL
Sociedade Economia Mista	Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes S/A (Lafepe)	PE
Sociedade Economia Mista	Instituto Vital Brasil	RJ
Sociedade Economia Mista	Indústria Química do Estado de Goiás (Iquego)	GO
Sociedade Economia Mista	Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão	MA
Sociedade Economia Mista	Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares	MA

Posicionamentos de órgãos jurídicos e de controle externo acerca da empresa estatal

• *Teto remuneratório*

Em relação à aplicabilidade do teto remuneratório não há controvérsia. O TST afirmou no Recurso de Revista (RR) 145600-14.2007.5.01.0015 que:

Apenas se aplica aos empregados de sociedade de economia mista a regra de observância do teto remuneratório, nos termos do art. 37, § 9º, da Constituição Federal, quando não configurada a autonomia financeira do Ente. (RR 145600-14.2007.5.01.0015, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 19/6/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/6/2013)

O TCU, no Acórdão n. 463/2009, entendeu na mesma direção, que o dispositivo constitucional que trata do teto remuneratório (art. 37, inciso XI, da CF) é autoaplicável e alcança as empresas estatais dependentes de recursos do Orçamento Público.

A 1ª Turma do STF, no Recurso Extraordinário (RE) n. 572.143 entendeu que o teto remuneratório já era aplicável às empresas estatais antes da Emenda Constitucional (EC) n. 19/1998, bem como que, a partir dessa emenda, o teto não se aplica às empresas não dependentes.

• *Estabilidade dos empregados públicos*

No RE n. 589.998, o STF decidiu, sob o rito da repercussão geral, que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista **prestadoras de serviços públicos** não têm estabilidade, mas, por força do princípio da impessoalidade, a sua demissão deve ser motivada.

Na ADI n. 1.642, o Plenário do STF entendeu que:

[...] a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. (Ementa da ADI 1642, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, publicado em 19/9/2008)

- *Concurso público*

No Acórdão n. 1.557/2005, o TCU entendeu que, nos provimentos dos empregos públicos, o concurso público é a regra. Contudo, afirmou ser possível, em caráter excepcional e justificado, a nomeação para “cargos” em comissão em empresas públicas, os quais, outrossim, não dependem de lei.

2.2.5 Vínculos paraestatais e de colaboração⁹

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 especí-

9 Extraído do texto de artigo “Vínculos de cooperação entre a Administração Pública e entidades civis sem fins lucrativos: o papel das organizações sociais, das Oscip e dos serviços autônomos”, de autoria de Valéria A. B. Salgado, publicado no IV Congresso Consad de Gestão Pública, realizado em 2011, em Brasília.

ficas. 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**.¹⁰ Nelas, a cooperação público-privada não decorreu da vontade e decisão do Poder Executivo, mas por reconhecimento direto e ato do Poder Legislativo.¹¹

Há diversos tipos de vínculos paraestatais que podem ser diferenciados quanto à sua previsão constitucional ou legal; quanto à natureza da atividade a ser exercida em cooperação, privativa ou não privativa de Estado e quanto à natureza da “contrapartida” pública dada à entidade civil, geralmente de fomento com recursos de origem fiscal e parafiscal. Os ofícios públicos são exemplos de vínculos paraestatais estabelecidos com o particular, ao amparo da Constituição, para exercício de atividades que implicam poderes estatais. Esse também é o caso das autarquias corporativas institu-

10 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

11 É bom lembrar que a lei não obriga e nem autoriza o particular a instituir entidade civil com ou sem fins lucrativos. Essa liberdade, ele já tem por garantia constitucional. Os incisos XVII, XIII e XX do art. 5º da Constituição asseguram aos cidadãos a liberdade de se associarem e vedam qualquer forma de imposição à associação e à permanência como associado. Assim, a lei que trata do vínculo paraestatal é dirigida, especialmente, ao Poder Público, no sentido de disciplinar suas relações com o particular.

ídas 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 associativo ou fundacional, e suas finalidades são não lucrativas, voltadas para a área social. Prestam serviços de interesse público direcionado à população; atuam no setor de pesquisa, inovação e tecnologia ou na área de articulação e mobilização social e de agentes do setor produtivo em apoio a políticas públicas.

A lei que concede o *status* paraestatal do seu vínculo com o Poder Público estabelece requisitos de suas relações de cooperação com o Poder Público que podem envolver a garantia de financiamento público de origem fiscal ou parafiscal, a administração e a permissão de uso de bens públicos, entre 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 paraestatais¹² esses forma-

12 É importante destacar que **entidade paraestatal** não é nova categoria jurídica, diferente das previstas no Código Civil, e sim entidade civil que, pelo vínculo de cooperação que mantém com o Poder Público, é assim intitulada e distinguida dentre demais entidades civis.

tos 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.¹³ Daí serem nominadas paraestatais.

Essas entidades, em geral, têm o financiamento público ou parafiscal assegurado pela lei, sendo que podem dispor, adicionalmente, de outras fontes de receitas, oriundas de prestações de serviços e de mutações patrimoniais; fontes próprias de geração de receitas e de doações e legados.

As entidades com vínculo paraestatal não constituem 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 autono-

13 O estatuto jurídico da entidade com vínculo paraestatal observa as normas do Direito Civil que regem as pessoas jurídicas de direito privado, observadas as disposições de direito público da lei específica que estabelece o vínculo paraestatal com o Poder Público. As entidades são civis – criadas pelo particular ou pelo Poder Público – e não se submetem às normas constitucionais de direito público impostas à Administração Pública, especialmente as estabelecidas no Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública da Constituição Federal (arts. 37 a 43). Não estão obrigadas a prover seu quadro de pessoal por concurso público; a observar os procedimentos de licitação nos seus contratos de compra de bens e serviços; assim como prestar contas de sua gestão aos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal.

Não há um padrão na imposição dessas regras de direito público às entidades com vínculo paraestatal que irão depender do teor da lei autorizativa e do regulamento aprovado pelo Poder Público. Note-se que as regras específicas de direito público impostas ao vínculo paraestatal não se confundem com as regras do regime administrativo observado pelos órgãos e entidades estatais, de direito público ou privado. São regras especiais e não institutos administrativos.

mia administrativa e financeira e não se submetem à supervisão e da administração direta que incide sobre autarquias, fundações e empresas estatais.¹⁴

A lei e a norma nem sempre são suficientemente claras a respeito da natureza dos controles institucionais exercidos sobre essas entidades, sendo que essa matéria é objeto de debate, especialmente ante a tendência dos órgãos de controle interno e externo de aplicarem a elas procedimentos próprios do controle da ação administrativa das entidades da Administração Pública indireta.

2.2.5.1 Serviço social autônomo

Conceito e personalidade jurídica

O Serviço Social Autônomo (SSA) é um modelo de gerência (e não uma forma jurídica) criado na década de 1940, consistente com a visão corporativa de Estado introduzida pelo Estado Novo.

Trata-se de pessoa jurídica criada ou prevista por lei como entidade privada de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical, **sujeita ao disposto no art. 240 da Constituição Federal**. Atua no âmbito da relação econômica, capital e trabalho e compõe o tradicional Sistema S.

Sua finalidade, em geral, é a de prestar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais.

Não há regra que determine a forma jurídica do SSA. Pode assumir o formato de fundação, associação ou formato jurídico especial, insuscetível de perfeito enquadramento nas categorias previstas no Código Civil.

Sua criação decorre de lei federal que o institui ou autoriza a sua instituição. Geralmente, seu regulamento é estabelecido por

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

decreto.¹⁵ Adquire personalidade jurídica com a inscrição do seu ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

A relação do SSA com a Administração Pública é de natureza paraestatal ou para-administrativa, uma vez 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.

Os serviços sociais autônomos do Sistema S¹⁶ são mantidos por contribuições parafiscais, conforme previsão da lei autorizativa, que se destinam a financiar atividades que visem ao aperfeiçoamento profissional e à melhoria do bem estar social dos trabalhadores. Tributam as empresas, sobre a folha de salários dos seus empregados pertencentes à categoria beneficiada com sua atuação.

Prestam serviços de formação profissional diretamente aos trabalhadores do setor tributado.

Seu patrimônio é privado, constituído por doações e legados. Em caso de extinção, esse patrimônio deve ser revertido para as entidades instituidoras, na forma estabelecida no estatuto.

15 O SSA tradicional é criado por outra entidade civil, corporação representativa de setor da economia, mediante autorização legal.

16 Sistema S é o nome pelo qual se chama o conjunto de nove instituições de interesse de categorias profissionais: Senar (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural); Senac (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial); Sesc (Serviço Social do Comércio); SESCOOP (Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo); Senai (Serviço Nacional de Aprendizagem da Indústria); Sesi (Serviço Social da Indústria); Sest (Serviço Social do Transporte); Senat (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte); Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas).

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 ele 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 derivações impostas na lei autorizativa, quando houver.

Não está obrigado a fazer concurso público, embora as leis mais recentes de SSA tenham estabelecido a exigência de processo seletivo.

Os SSA, destinatários 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).

Têm imunidade tributária, quando enquadrados nos casos contemplados no inciso VI, alínea “c” do art. 150, da CF.

Sua estrutura de governança é composta por um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma diretoria-executiva, em geral, com representação majoritária de entidades civis (corporações, federações e conselhos) representativas das empresas tributadas e minoritária do Poder Público. A presidência do órgão deliberativo é exercida por representação de entidade privada, em geral, da instituidora (confederação) e a sua diretoria-executiva é indicada pelo presidente do SSA ou por eleição pelos conselheiros nacionais de

desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial, de serviços e tecnológica.

Casos especiais de Serviços Sociais Autônomos do Sistema S

O Sebrae, a Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex Brasil) e a ABDI, apresentam singularidades estatutárias em relação aos demais SSA.

O Sebrae foi criado a partir do texto do art. 8º da Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990. O Poder Executivo foi autorizado a desvincular o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (Cebrae) da Administração Pública federal e a transformá-lo em serviço social autônomo.

Para financiar as atividades da entidade civil, a mencionada lei instituiu adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Social da Indústria (Sesi) e Serviço Social do Comércio (Sesc) e estabeleceu a proporcionalidade do rateio.

A Apex e a ABDI foram criadas pelo Poder Público, a partir de autorização legislativa, com a finalidade de prestar serviços direcionados às empresas privadas. Suas atribuições foram originárias do Sebrae. Recebem parte da contribuição parafiscal anteriormente destinada ao Sebrae.

Apesar da natureza jurídica de associação civil de direito privado, receberam a denominação de “agência”, típica das estruturas da Administração Pública indireta. Seus estatutos jurídicos afastaram-se, significativamente, dos estatutos dos demais SSA do Sistema S:

- a. 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.

- b. Realizam processo seletivo para contratação de empregados e elaboram e publicam “manual de licitações”.
- c. Seus sistemas de governança têm representação do Poder Público e o presidente de seus conselhos de administração são indicados pelo Presidente da República.
- d. No caso da ABDI, o conselho é composto majoritariamente de representantes do Poder Público.

Serviço Social Autônomo “prestador de serviços sociais”

- *Conceito e natureza jurídica*

Além do modelo tradicional de SSA do Sistema S, existem entidades instituídas pelo Poder Público sob a denominação de “serviço social autônomo” cuja finalidade é prestar serviços sociais diretos aos cidadãos, em geral.

Apesar de carregarem a mesma titulação, diferem em muitos aspectos dos SSA do Sistema S, previstos no artigo 240 da Constituição Federal.

São instituídos pelo Poder Público – não apenas o Federal, mas também o estadual ou municipal – a partir de autorização legal, tendo seu regulamento estabelecido por decreto.

Na maioria dos casos, estabelecem com a Administração Pública relações de fomento e parceria, por 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 n. 1.864-9 Paraná, de 8 de agosto de 2007, evitou denominar essas entidades como SSA:

Entidade instituída com o fim de auxiliar o Poder Público, com atuação paralela à do Estado em regime de cooperação, sendo mero auxiliar na execução de função pública.

No Poder Executivo, é um exemplo desse tipo de serviço social autônomo a Rede Sarah Kubitschek e a recentemente instituída Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (Anater). No âmbito estadual, há vários, tais como: o Parana previdência, Parana cidade, Parana educação, Eco Paraná; a Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade; e o Serviço Social de Saúde do Acre. Na esfera municipal, podem ser mencionados como exemplos: Instituto Curitiba de Saúde e Hospital Alcides Carneiro (Petrópolis/RJ).

Comentários sobre a natureza jurídica das entidades paraestatais, com base no entendimento dos Ministros do STF, manifestos na votação da ADI n. 1.864-9, de 8 de agosto de 2007:

- a. Entidades paraestatais são entidades civis sem fins lucrativos, criadas pelo particular, com ou sem participação do Poder Público, que mantêm vínculos de cooperação com a Administração Pública previsto em lei específica.
- b. O voto do Ministro Joaquim Barbosa – Relator da ADI n. 1.864-9, de 8 de agosto de 2007 – deixa clara a possibilidade de o governo celebrar parcerias com a sociedade civil organizada, lembrando que isso não deve significar a completa terceirização da ação estatal direta, mas a colaboração governo-sociedade.
- c. A lei que estabelece o vínculo de cooperação pode prever o fomento público às atividades desenvolvidas pela entidade paraestatal.
- d. A atividade exercida pela entidade paraestatal não se configura como **serviço público** e sim como **atividade de**

interesse público e não deve substituir a ação estatal direta, mas complementá-la, conforme Voto do Ministro Joaquim Barbosa: “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”.

- e. As entidades paraestatais não se submetem ao regime jurídico de direito público que recai sobre a administração direta e indireta.
- f. A relação paraestatal entre o Poder Público e as entidades civis sem fins lucrativos denominadas serviços sociais autônomos é reconhecida e assegurada pela Constituição (art. 240) e pela lei. Essa, inclusive, é a condição básica de sua paraestatalidade – o fato de a parceria público-privada que o SSA estabelece com a Administração não decorrer da vontade do Administrador, mas de determinação específica do Parlamento.

• *O caso do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (Rede Sarah)*

O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais foi criado por força da Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991, que autorizou o Poder Público federal a extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais, vinculada ao Ministério da Saúde, cujo patrimônio foi incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde, e instituir a Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública.

O seu objetivo é “prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público” (art. 1º da Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991).

Com a criação do SSA da Rede Sarah, inaugurou-se o uso da terminologia de serviço social autônomo, para nominar entidades

com vínculo paraestatal de prestação de serviços públicos, que tem características diversas das entidades do Sistema S:

- a. suas finalidades não se enquadram na dimensão das relações capital-trabalho e estão relacionadas à prestação de serviços sociais à população em geral e não a públicos específicos como os SSA tradicionais;
- b. suas atividades não são financiadas por recursos parafiscais, mas por recursos públicos transferidos a título de fomento, por meio de contrato de gestão que estabelece metas de desempenho e indicadores para a entidade com vínculo paraestatal;
- c. por não serem financiados com contribuições sociais, cuja instituição é exclusiva da União, na forma do art. 149 da Constituição, os Entes subnacionais passaram a também instituir entidades com vínculo paraestatal de auxílio ao Estado, sob a denominação de serviço social autônomo, tais como o SSA Paranaeducação, Paranaprevidência e Ecoparaná, instituídos pelo estado do Paraná a partir de 1997;
- d. o instituidor passou a ser diretamente o Poder Público, e não mais entidades civis de representação sindical, com estatuto jurídico estabelecido por decreto, mais próximo do estatuto das entidades estatais de Direito Privado, embora essas entidades tenham sido mantidas, em suas respectivas leis autorizativas, fora da Administração Indireta dos Entes subnacionais; e
- e. a estrutura de governança dessas entidades, em grande parte dos casos, passou a contemplar a representação majoritária do Poder Público em detrimento da representação de entidades civis, criadas por particulares.

Registre-se que, neste caso específico a estrutura de governança é integralmente privada e constituída por pessoas físicas.

Desde 1991, o Ministério da Saúde mantém um Contrato de Gestão com a Associação das Pioneiras Sociais. Esse Contrato de Gestão mantido com o governo federal explicita os objetivos, as metas e os prazos a serem cumpridos. Os princípios administrativos para alcançar esses propósitos estão regulamentados em manuais internos. O controle é feito pelo TCU, com ênfase na avaliação dos resultados finais dos investimentos garantidos por recursos públicos. A qualidade dos serviços é aferida pelo Centro Nacional de Controle de Qualidade, com padrões universais nas áreas ambulatorial e hospitalar. Os recursos financeiros que mantêm todas as unidades da Rede Sarah provêm exclusivamente do Orçamento da União, em rubrica específica para manutenção do Contrato de Gestão (CONASS, 2011).

- *O Serviço Social de Saúde do Acre*

Levantamento sobre os modelos de gerência aplicados no âmbito das Políticas Públicas de Saúde dos estados brasileiros identificou a existência de apenas uma entidade civil instituída como Serviço Social Autônomo, no estado do Acre.

O SSA foi instituído pelo estado do Acre, a partir de autorização da Lei Estadual n. 12.031, de 2008, como entidade paraestatal de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública.

Seu objetivo estatutário é “atuar através de contratos de Gestão firmados com Municípios, Estado e União tendo como referência as políticas e diretrizes do SUS e desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público”.

O SSA do Acre desenvolve atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público ou Privado; promove educação permanente de seu pessoal e colabora na identificação e no equacionamento de fatores determinantes e condicionantes do estado de saúde da população; e produz a oferta de serviços nos diversos níveis de atenção à saúde, de acordo com o estabelecido nos contratos de gestão.

Na forma da sua lei autorizativa, os serviços de saúde que presta são de acesso universal e gratuito ao cidadão, remunerados pela Administração Pública estadual, municipal ou federal, mediante contrato de gestão, sendo vedada a assunção de compromissos que violem os princípios do SUS, em especial, os da gratuidade, da assistência integral à saúde do cidadão e da igualdade de atendimento.

Posicionamentos de órgãos jurídicos e de controle externo acerca do serviço social autônomo e outras entidades paraestatais

- *Natureza jurídica*

No RE n. 789.874, sob o rito de repercussão geral, o Ministro Relator Teori Zavascki, entendeu que as entidades do Sistema S são patrocinadas por recursos recolhidos do setor produtivo beneficiado, tendo recebido inegável autonomia administrativa e, embora se submetam à fiscalização do TCU, ela se limita formalmente apenas ao controle finalístico da aplicação dos recursos recebidos. Para o Ministro, essas entidades dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo, atuam em regime de colaboração com o poder público, possuem patrimônio e receitas próprias e têm prerrogativa de autogestão de seus recursos, inclusive na elaboração de orçamentos.

O relator lembrou que os primeiros Entes do Sistema S – Sesi, Senai, Sesc e Senac – foram criados por lei na década de 1940, a partir de uma iniciativa estatal que conferiu às entidades sindicais patronais a responsabilidade de criar entidades com natureza jurídica de direito privado destinadas a executar serviços de amparo aos trabalhadores, tendo como fonte de financiamento uma contribuição compulsória sobre a folha salarial. A configuração jurídica das entidades originais foi expressamente recepcionada pelo artigo 240 da CF, e essas regras se aplicam às entidades criadas depois da Constituição.

O Relator destacou que as entidades do Sistema S não podem ser confundidas ou equiparadas com outras criadas a partir

da Constituição de 1988, como a Associação das Pioneiras Sociais – responsável pela manutenção dos hospitais da Rede Sarah –, a Apex Brasil e da ABDI. Ele ressaltou que essas novas entidades foram criadas pelo poder Executivo e, além de não se destinarem à prestação de serviços sociais ou de formação profissional, são financiadas majoritariamente por dotação orçamentárias consignadas no Orçamento da União e estão obrigadas a gerir seus recursos de acordo com contrato de gestão com termos definidos pelo Executivo.

- *O “Serviço Social Autônomo prestador de serviços sociais” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Em entendimento sobre essa modalidade de entidade jurídica, durante a apreciação da ADI n. 1.864-9, os Ministros do Supremo Tribunal Federal evitaram nominá-la como serviço social autônomo e a consideraram de natureza “pirandeliana”,¹⁷ “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”. Na oportunidade, destacaram os Ministros da Suprema Corte que a característica de ser “auxiliar” não deve ser “só uma palavra na norma – não pode, verdadeiramente, a entidade assumir o serviço e não exercer a função de auxiliar o Estado na prestação de serviço”.

- *Concurso público*

Decisão do STF, no RE n. 789.874, sob o rito de repercussão geral, reconheceu que o Serviço Social Autônomo, integrante do Sistema S, não está obrigado a realizar concurso público para a contratação de pessoal, conforme Julgado de 17 de setembro de 2014, publicado na página do STF, na internet,¹⁸ sob o título “En-

17 Com base nos entendimentos do Ministro Sepúlveda Pertence (fl. 176) e Ministra Carmen Lucia, (fl.158).

18 Pesquisa em 11 de outubro de 2014, no site <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJudgamentoDetalhe.asp?idConteudo=275381>>.

tidade do Sistema S” não está obrigada a realizar concurso para contratação de pessoal”.

O entendimento do TCU é no sentido de que as entidades do Sistema S não são obrigadas a realizar concurso público, mas, por serem financiados com recursos parafiscais, devem realizar processo público de seleção de pessoal, observando os princípios aplicáveis aos concursos públicos (ou seja, o simples fato de gerirem recursos públicos faz que, apesar de não precisarem seguir o regulamento específico da Administração Pública, o Sistema S tem de agir como Administração Pública).

A regra aplicável tem sido praticamente criada caso a caso pelo TCU, com base em “princípios essenciais” da Administração.

- *Controle externo e processo seletivo para contratação de pessoal*

No Acórdão n. 2.305/2007, o Plenário do TCU entendeu que as entidades do Sistema S não estão sujeitas apenas ao controle finalístico por parte do tribunal, mas também em relação à adequação dos processos internos aos princípios que regem a Administração Pública.

No caso, não foi apreciado o regulamento de seleção de pessoal, ao fundamento de que a análise em tese do regulamento extravasa a competência do TCU para apreciação da constitucionalidade de atos normativos (a qual pode ser feita apenas em hipóteses concretas). Apesar disso, o voto condutor discorreu sobre alguns requisitos do processo seletivo, esclarecendo que esse deve seguir os princípios inerentes ao concurso público, e, excepcionalmente, pode ser limitado ao universo dos empregados das entidades do Sistema S.

De forma diversa, o entendimento do TST sobre o tema¹⁹ “é unânime no sentido de que, de fato, a contratação de pessoal por

19 No mesmo sentido os seguintes julgados anexos: (Ag-AIRR – 896-48.2012.5.04.0014 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 21/05/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/05/2014); (AIRR – 244600-54.2008.5.02.0037, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 30/04/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014); (AIRR 146900-63.2009.5.19.0007, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 11/06/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2014).

serviço social autônomo não necessita da prévia realização de concurso público **ou outro processo seletivo público**” (TST-RR-587900-25.2008.5.12.0001, data de julgamento: 24/10/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2012).

O TST, assim como o TCU, afirma que o artigo 37 da Constituição Federal (o que inclui a regra do concurso público) não se aplica às entidades paraestatais. O TST, porém, não vê distinção entre concurso público e “processo seletivo público”. Ressalva, porém, que haverá obrigatoriedade de processo seletivo, **desde que haja previsão em lei específica** (RR 1893800-43.2009.5.09.0001, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus data de julgamento: 19/09/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2012).

O STF enfrentará a matéria no **ARE 661.383/GO**, recurso submetido ao rito da repercussão geral (art. 543-B do Código de Processo Civil).

- *Limite remuneratório*

No Acórdão n. 2.328/2006, o Plenário do TCU consolidou o entendimento de que as entidades do Sistema S não se submetem ao teto remuneratório, por não estarem elencadas no art. 37, XI, da CF, já que o dispositivo só faz menção à Administração Direta e Indireta. Contudo, os salários deverão respeitar os valores praticados no mercado.

A mesma interpretação restritiva tem sido adotada em relação ao art. 37, XVII, da CF/1988, para afastar a proibição de acumulação de cargos e empregos, no âmbito das entidades do Sistema S.

- *Do dever de licitar*

Na Decisão n. 907/1997, do TC-011.777/1996- 6, o Plenário do TCU definiu que “os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei n. 8.666/1993, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo li-

citatório” (TCU, Plenário, Decisão n. 907/1997). O entendimento está consolidado no Acórdão n. 1.392/2013.

Igualmente, no Acórdão n. 1.192/2010 (em que o Plenário afirmou ser vedado aos órgãos da Administração Pública aderirem a atas de registros de preço feitas por entidades do Sistema S), foi esclarecido que é possível que “os regulamentos próprios das entidades do Sistema S, mesmo obedecendo aos princípios gerais do processo licitatório, possam não contemplar procedimentos constantes da Lei de Licitações de obediência compulsória por parte dos órgãos e entidades enumerados no parágrafo único do art. 1º da referida lei, o que inviabiliza juridicamente a pretensão do consulente”.

Contudo, o TCU tem exercido controle rígido sobre os procedimentos de licitação editados pelas entidades do Sistema S, estabelecendo uma série de exigências que aproximam seu regime daquele da Lei n. 8.666/1993. Como exemplo, no Acórdão n. 307/2011, o Plenário entendeu que a exigência de estabelecimentos em diversos municípios para a contratação de empresa prestadora de refeições restringia demais o objeto. No Acórdão n. 526/2013, o Plenário trouxe alguns outros requisitos mínimos para que sejam cumpridos os princípios inerentes às licitações públicas, deixando claro que a Lei n. 8.666/1993 “deve servir de parâmetro para que as entidades do Sistema S elaborem seu regulamento”.

- *Regime de pessoal e terceirização*

O regime de pessoal é o celetista, pois não integra a Administração Pública Direta ou Indireta. As regras referentes à terceirização são as mesmas aplicáveis às Oscip e OS e estão consolidadas na Súmula n. 331 do TST.

3

Modelos de Gerência de Atuação Indireta

Modelos de Gerência de Atuação Indireta

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 autorização legal específica, devendo, sempre, ser motivada.²⁰

Os principais modelos de cooperação entre órgãos e entidades públicos e associações ou fundações privadas, previstos na legislação federal, são:

- a. qualificação de entidades civis como organizações sociais, para fins de fomento e parceria (Lei n. 9.637 de 1998);
- b. qualificação de entidades civis como delegatárias de águas, para exercício de atividades de agências de águas (Lei n. 9.433 de 1997);
- c. qualificação de entidades civis como Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos (Oscip), para fins de fomento e parceria (Lei n. 9.790 de 1999);
- d. qualificação de fundações civis em fundações de apoio a instituições públicas federais de ensino superior e de pesquisa (Lei n. 8.958 de 1994); e
- e. celebração de convênios com entidades civis (Lei n. 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 social, 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

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

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 as responsabilidades das partes e outras cláusulas importantes, até mesmo 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.

É bom lembrar 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 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 as entidades públicas 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 dos resultados alcançados pela parceria perante o órgão ou a 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.

Entre os formatos de cooperação existentes no Governo federal e mencionados anteriormente, pode-se fazer 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 cogestão público-privada para garantir a observância dos interesses públicos e o alinhamento da entidade aos objetivos da Administração.

O modelo de qualificação de Oscip 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 cogestão e sim com as formas de eleição dos projetos e das respectivas entidades parceiras.

Um aspecto interessante nos modelos que contemplam a cogestão público-privada é o questionamento sobre a participação do

Poder Público na governança das entidades parceiras, tida, usualmente, como uma ingerência pública no processo decisório superior da entidade privada.

Um dos alvos desses questionamentos tem sido a Lei n. 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 que a previsão da representação pública nos órgãos internos da entidade privada tem de ser uma iniciativa da própria entidade civil e não uma imposição do Poder Público.

No caso da celebração de convênios, a lei tem considerado a participação de dirigentes públicos ou servidores nos conselhos de administração de entidades privadas como fator impeditivo para que essa entidade possa receber fomento público a qualquer título, a não ser nos casos em que houver explícita previsão legal dessa participação (*vide* art. 37 da Lei n. 12.309 de 9 de agosto de 2010). 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 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 a 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 das 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 do convênio.

3.1 Organização Social

Conceito e natureza jurídica

Organização Social (OS) é um título concedido pelo Poder Público a uma associação ou fundação privada, regida exclusivamente pelo Código Civil e instituída por particulares, para a celebração de relação de parceria e fomento para a realização de atividade de interesse público, de longo prazo.

Essa forma de colaboração com entidades civis sem fins lucrativos foi primeiramente regulada pela Lei n. 9.637/1998. Posteriormente, estados e municípios brasileiros promulgaram leis próprias de OS, com dispositivos convergentes e alguns divergentes do teor da lei federal.

A finalidade da qualificação é, exatamente, viabilizar a ação cooperada entre o Poder Público e a entidade civil pelo Poder Público, na execução de atividades e serviços dirigidos ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Na forma da lei federal, a qualificação como organização social objetiva viabilizar a parceria de longo prazo entre a entidade civil e o Poder Público. Por essa razão, estabelece exigências estatutárias especiais às entidades candidatas, que incluem a renúncia ao seu patrimônio, em caso de extinção ou de desqualificação, e a autorização estatutária para a participação majoritária

de representação do Poder Público e da sociedade civil em sua instância superior de decisão.

Essas e outras exigências justificam-se pela natureza perene das relações que se estabelecem entre a OS qualificada e a Administração Pública, para a prestação de serviços de interesse público, de natureza continuada, com previsão de desqualificação apenas no caso de descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.²¹

Na esfera federal, ao longo dos 16 anos de vigência do modelo, apenas oito organizações sociais foram qualificadas, nenhuma delas para prestação de serviços sociais diretos à população. Sete dessas OS foram qualificadas entre 1997 e 2002, sendo uma desqualificada – a Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (Bioamazônia) – a pedido do Ministério do Meio Ambiente que considerou que os termos do contrato de gestão não foram cumpridos pela entidade. Durante mais de 10 anos, o Governo federal aguarda o desenlace da Adin n. 1923-5, de 1º de dezembro de 1998, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Em agosto de 2013, o Poder Executivo Federal qualificou mais uma OS, o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), para celebrar contrato de gestão com o Ministério da Educação e realizar, entre outros projetos, os serviços antes prestados pelo Cespe, unidade administrativa da Universidade de Brasília.

21 Dispõe o art. 16 da Lei Federal n. 9.637 de 1998:

O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

No âmbito dos estados e dos municípios, por sua vez, após a edição da Lei n. 9.637, de 1998, o modelo proliferou,²² com aplicação, especialmente, no campo da prestação de serviços de saúde. Muitos estados e municípios editaram leis próprias de OS que, embora guardassem a estrutura base similar à lei federal, contemplaram conteúdos próprios que tornaram os respectivos institutos que criaram diferentes entre si, assim como do federal.

Hoje, o que se chama por “Organização Social” é, na verdade, um rol de modelos de parceria público-privada, distintos entre si, que para serem adequadamente compreendidos exigem a análise individualizada e detalhada do estatuto jurídico de cada um. Entre eles, de comum, há o fato de se tratarem de títulos públicos outorgados pelos Poderes Executivos dos Entes federativos, por autorização dos seus respectivos Poderes Legislativos, a entidades civis sem fins lucrativos, mediante comprovação de cumprimento de requisitos estatutários, exigidos em lei, com o objetivo de com elas estabelecer parcerias, em geral de médio e longo prazo, para provimento de benefícios sociais à população.

A qualificação da OS, segundo a Lei n. 9.637, de 1998

A qualificação de entidade civil sem fins lucrativos como organização social requer o atendimento a requisitos estatutários pela entidade civil e a manifestação do ministro responsável pela área e do ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão quanto à conveniência e à oportunidade da medida. Entre os requisitos estatutários exigidos da entidade, destacam-se os seguintes:

- a. previsão no estatuto social da finalidade não lucrativa e da obrigatoriedade de investimento dos excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

22 Levantamento realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no período de 2008 a 2009, identificou 57 leis de OS no país, além da federal, sendo 15 estaduais e 42 municipais. Atualmente, esse número já se ampliou.

- b. previsão da participação do Poder Público e da sociedade civil no Conselho de Administração;
- c. proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido;
- d. 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;
- e. obrigatoriedade de publicação anual, no DOU, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão.

Além disso, é exigida a participação do Poder Público no Conselho de Administração da OS, como uma forma de vedação do título concedido, especialmente quanto ao alinhamento da entidade civil ao seu fim social; à sua finalidade não lucrativa; ao cumprimento dos objetivos do contrato de gestão; e à aplicação de seus recursos em seu fim social.

A composição do Conselho deve observar os seguintes critérios:

1. 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
2. 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
3. até 10%, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
4. 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, entre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e
5. até 10% de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

Além disso, para ser qualificada, a entidade civil deve comprovar que o seu Conselho de Administração, no qual participa o Po-

der Público, é a instância máxima decisória da OS, responsável, privativamente, por:

1. fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;
2. aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;
3. aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;
4. fixar a remuneração dos membros da diretoria;
5. aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;
6. aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento e cargos e respectivas competências;
7. aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria; e
8. fiscalizar o cumprimento das diretrizes e das metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

A Lei n. 9.637, de 1998, prevê que o regulamento deve estabelecer os critérios de seleção da entidade a ser qualificada, o que não ocorreu até a presente data. Assim, uma vez atendidos a todos esses requisitos e desde que haja a manifestação ministerial positiva quanto à conveniência e à oportunidade, a qualificação da OS é realizada por ato do Chefe do Poder Executivo (decreto).

Como efeito da titulação recebida, a organização social fica habilitada ao estabelecimento de uma parceria de longo prazo com o Poder Público. Essa parceria envolve a realização de atividades e serviços aos cidadãos de natureza perene, assim como a permissão de uso de bens públicos móveis e imóveis e a cessão de servidores públicos à OS, com ônus para a origem.

O contrato de gestão e outras características da parceria

O contrato de gestão é o ajuste celebrado entre o Poder Público e a OS, que dá início à relação cooperada público-privada. Ele deve ser firmado tão logo seja qualificada a OS. Nele, são estabelecidas as atribuições, as responsabilidades e as obrigações das partes (art. 6º da lei); a especificação das metas de desempenho e dos resultados a serem alcançados pela OS; assim como a previsão do montante de recursos públicos necessários ao cumprimento do contrato que será transferido para a entidade, a título de fomento.

Esse ajuste é celebrado entre a OS e o órgão ou entidade da área de atuação em que esteja inserido o objeto social da entidade, sendo supervisionado pelo órgão ou entidade signatário, a quem a OS deve prestar contas.

Importante destacar que a organização social não recebe recursos públicos orçamentários e sim recursos financeiros a título de fomento (por transferência). O fomento não é pagamento por serviços, mas para promover a atividade-fim da entidade parceira.

A respeito do contrato, mencione-se o pronunciamento do STF, por meio do ministro Gilmar Mendes, em seu Voto-Vista da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5 Distrito Federal, de 1º de agosto de 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.

[...]

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).

As Organizações Sociais de Saúde do governo do estado de São Paulo

Na análise do uso de organizações sociais na área da saúde, o caso do estado de São Paulo pode ser considerado emblemático, pela magnitude e pela extensão das parcerias que o governo de São Paulo estabeleceu com entidades civis por ele qualificadas como organizações sociais. Atualmente, e apenas na área da saúde, há 37 hospitais, 38 ambulatórios, um centro de referência, duas farmácias e três laboratórios de análises clínicas administradas por organizações sociais. Os serviços de saúde gerenciados por Organizações Sociais de Saúde (OSS) em São Paulo, mediante contrato de gestão, incluem Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centro de Referência do Idoso (CRI), Centros de Reabilitação da Rede Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (Ceac), Serviços de Diagnóstico por Imagem (Sedi), Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (Ceadis) e Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (Cross).

Na área da cultura, há 20 organizações sociais qualificadas, com 20 contratos de gestão vigentes, para execução de projetos diversos, festivais, prêmios, eventos e realização de atividades e serviços de interesse público, com, aproximadamente, seis corpos musicais estáveis.

O modelo foi instituído pela Lei Complementar n. 846, de 1998, do governo de São Paulo, que autorizou a qualificação de organi-

zações sociais para a prestação de serviços nas áreas de saúde e cultura. A Lei Complementar n. 1.095, de 2009, alterou a Lei Complementar n. 846, de 1998, e expandiu a parceria com as OS para os setores de esporte e atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Além disso, possibilitou que fundações de apoio a hospitais de ensino com mais de 10 anos de existência pudessem ser qualificadas como OSS. Mais recentemente, a Lei Complementar n. 1.131, de 2010, permitiu ao hospital gerido por OSS, sob requisitos, ofertar seus serviços a pacientes particulares ou usuários de planos de saúde privados.

No âmbito da parceria com OS, o governo define as metas de produção e de qualidade, garante o fomento público necessário à realização dos serviços contratados²³ e cobra os resultados previamente definidos em contrato.

A Secretaria Estadual responsável negocia e firma, anualmente, contratos de gestão com cada uma das OS e transfere a ela recursos financeiros do Tesouro Estadual, em troca de resultados de desempenho específicos.

Os resultados alcançados são supervisionados e avaliados por uma comissão específica, integrada, entre outros, por representantes da Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa e representantes do Conselho Estadual de Saúde, que verifica o cumprimento das metas estipuladas no contrato de gestão.

As entidades qualificadas como OS devem publicar anualmente as suas contas no Diário Oficial do estado, para a revisão do Tribunal de Contas do estado, que deve aprovar a sua execução. Na área da saúde, a auditoria hospitalar do SUS e a avaliação fiscal pela Secretaria da Fazenda completam o quadro na forma de avaliação e controle.

23 Um primeiro ponto de equívoco recorrente, no trato com OS, é que o fomento público não se destina a custear os serviços contratados, mas complementar os recursos empregados pela entidade parceira – tendo em vista que se trata de uma parceria, regulada por contrato de gestão, e não uma compra de serviços no mercado, regulada por contrato.

Comparativo entre a Lei n. 9.637, de 1998, e leis estaduais e municipais de OS

O quadro a seguir relaciona os requisitos considerados definidores do modelo de organização social disposto na Lei n. 9.637, de 1998, e o percentual de leis estaduais e municipais que os contemplaram em suas respectivas legislações de organizações sociais. As informações nele contidas foram extraídas do Levantamento Nacional realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no período de novembro de 2008 a fevereiro de 2009, sobre a disseminação, no Brasil, dos institutos dos serviços sociais autônomos, da Organização Social e das Oscip, no âmbito dos governos federal, estaduais e municipais.

Quadro 1 Análise comparativa entre a Lei de OS Federal e as leis de OS aprovadas por estados e municípios

Dispositivo legal da Lei n. 9.637 de 1998	% de leis com o dispositivo	
	Estaduais	Municipais
Na extinção, incorporação integral do patrimônio, legados ou doações e excedentes financeiros ao Poder Público ou a outra OS	80%	88%
Participação do Poder Público no Conselho de Administração	53%	81,00%
Participação do Poder Público e de membros da sociedade civil no Conselho de Administração superior a 50% do total	40%	64%
Aprovação do Poder Público quanto à conveniência e à oportunidade da qualificação	67%	81%
Conselho de Administração (CA) aprova a proposta de orçamento e o programa de investimentos	80%	86%
CA aprova plano de cargos, salários e benefícios	80%	86%
CA designa a diretoria	67%	83%
CA aprova alteração do estatuto e extinção da entidade	67%	83%
CA aprova regulamento próprio de compras	73%	86%
CA aprova relatórios de execução do contrato de gestão	87%	86%

Dispositivo legal da Lei n. 9.637 de 1998	% de leis com o dispositivo	
	Estaduais	Municipais
CA fiscaliza o cumprimento das diretrizes e das metas e os demonstrativos financeiros e contábeis	73%	86%
Celebração de Contrato de Gestão (CG)	93%	98%
Fiscalização do CG pelo Poder Público	93%	95%
Comissão de acompanhamento do desempenho e dos resultados do CG	53%	93%
Desqualificação por descumprimento do CG	67%	86%
Média	72%	85%

Fonte: Mpog/Seges 2012.

Pontos críticos do modelo de qualificação de entidades civis como organizações sociais

As OSS ampliam a capacidade do governo de ofertar serviços à população. Quando a parceria é bem estabelecida, acompanhada e controlada é uma tecnologia de gestão por resultados.

A parceria entre Poder Público e OSS exige capacidade do estado de planejar, regular, fiscalizar e controlar, conhecendo suas metas e seus prazos e a da OSS de ser capaz de garantir efetividade às metas públicas, com qualidade. Ambas as partes devem se complementar, a primeira ao definir suas políticas e realizar suas escolhas quanto à execução dos serviços e a segunda ao cumprir com qualidade e nos prazos definidos as metas estabelecidas no contrato com o setor público.

A crise do estado do século XXI é a inadequação do estado às expectativas do cidadão e isso precisa ser superado, a partir da mudança do marco regulatório administrativo do Estado brasileiro, que atualmente prefere os controles de meios ao invés dos fins.

Por outro lado, é preciso inovar na gestão, rompendo resistências legislativas e operativas e desenvolver capacidades para manejar novos métodos e instrumentos jurídicos e operativos.

Existem questões fundamentais na formação de parcerias entre o Poder Público e a sociedade civil, como o modelo de OSS, tais como:

- a. capacidade para planejar e definir políticas públicas;
- b. capacidade para definir e regular as parcerias;
- c. fazer as escolhas de gestão adequadas aos serviços prestados;
- d. ter capacidade regulatória e fiscalizatória de acordo com o bem protegido;
- e. não se tornar refém da parceria;
- f. quais os principais requisitos a serem exigidos das entidades, para que elas sejam qualificadas como parceiras;
- g. capacidade do Poder Público de definir a demanda, negociar o contrato, acompanhar, avaliar e fiscalizar o alcance dos resultados contratados;
- h. capacidade do Poder Público de conferir segurança jurídica aos institutos administrativos criados;
- i. existência, na sociedade civil, de entidades com capacidade financeira, técnica e operativa para se tornar parceiras do Poder Público.

É preciso ter especial atenção à natureza privada da organização social. As regras administrativas que recaem sobre os órgãos e entidades públicos são prerrogativas da Administração Pública e não são extensíveis a entidades privadas, ainda que estejam desenvolvendo atividades em parceria com o Poder Público.

As cláusulas exorbitantes previstas no contrato de gestão, por força de lei, devem se restringir às relações contratuais e não devem impor alterações na gestão da entidade privada, tal como ocorre na Lei n. 8.666, de 1993, que regula os contratos de prestação de serviços.

Estender regras de direito público à **gestão das entidades privadas** é inconstitucional, seja porque fere a cláusula pétrea da

Constituição Federal que garante que o Estado não interferirá no funcionamento das associações, cooperativas e, por extensão, fundações privadas;²⁴ seja porque desobedece ao seu art. 48, inciso X, ao “transformar” a OS em um órgão ou entidade **quase público**. É bom lembrar que, para criar um órgão ou entidade pública, até mesmo empresa estatal, é preciso que haja lei específica que crie ou autorize a criação da entidade.

Assim sendo, não são extensíveis à OS, uma entidade privada, as prerrogativas e os controles próprios dos órgãos e entidades públicos, ainda que receba recursos públicos a título de fomento:

a) A OS não integra o Orçamento Público e não pode receber recursos públicos para sua manutenção. Ela recebe transferências do Poder Público a título de fomento para cumprimento dos compromissos estabelecidos no contrato de gestão.

b) A OS não deve ser auditada pelo Tribunal de Contas. A Secretaria de Estado que celebrou o contrato com a OS é que deve ser auditada, até mesmo quanto aos resultados alcançados no contrato e aos processos de negociação, acompanhamento, avaliação e fiscalização.²⁵

c) A OS não tem de fazer licitação em suas compras e contratos nem contratar por meio de concurso público.

d) As despesas da OS com pessoal não podem ser computadas no cálculo das despesas do estado, para fins de atendimento aos limites de despesas de pessoal estabelecidos pela LRF.

24 Constituição Federal, art. 5º, XVIII – **a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.**

25 Em respeito à clausula pétrea da Constituição Federal, disposta em seu art. 5º, inciso XVIII, é vedado ao Estado (ou seja, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário) interferir no funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos. Portanto, o controle externo de que trata o §1º do art. 70 da Constituição deve ser realizado somente sobre o contrato de gestão celebrado entre o Órgão ou Entidade Pública e a OS.

Posicionamentos de órgãos jurídicos e de controle externo acerca das organizações sociais

- *STF – ADI n. 1923, que questiona a constitucionalidade da Lei n. 9.637 de 1998, que institui o modelo de parceria das organizações sociais*

A lei federal de OS, tão logo sancionada, teve sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), na ADI n. 1923-5, em especial no que se refere aos arts. 20, 21, 22 e 23, que previram a possibilidade de o Poder Público “publicizar” serviços públicos, ou seja, extinguir serviços públicos para transferir sua execução para as organizações sociais.²⁶

Foi, ainda, objeto de questionamento o processo discricionário da seleção da organização social, pelo governo, e a cessão de servidor público para a entidade, com ônus para a Administração Pública, considerando o entendimento de que ao Poder Público não é facultado pôr à disposição de entidades privadas servidores públicos por ela custeados.

Passados 16 anos, o julgamento da ADI permanece inconcluso, apesar de o caso haver registrado capítulos interessantes, tais como o indeferimento do Supremo, em agosto de 2007, de medida cautelar apresentada contra a lei, que manteve a validade do diplo-

26 O art. 20 da Lei 9.637, de 1998 previu que o Poder Público deveria criar, por decreto, o Programa Nacional de Publicização (PNP), com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União. Os arts. 21 a 23 trataram da extinção de serviços públicos para a criação das primeiras OS federais: o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

ma legal e, mais recentemente, os votos do ministro Ayres Britto e do ministro Luiz Fux, na ADI n. 1.923-5, únicos a pronunciarem-se, até o momento. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Marco Aurélio.

O ministro Ayres Britto entendeu que o problema da norma questionada não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização por parte do Estado do regime privado de gestão de pessoas, de compras e de contratações. A inconstitucionalidade da norma estaria circunscrita ao processo de “publicização”. Segundo o Ministro:

Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “Programa Nacional de Publicização”. Programa que, nos termos da Lei n. 9.637/1998, consiste na “absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei” (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta.” Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei n. 9.637/1998 (dispositivos que falam em “absorção”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir. (Adin n. 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto)

De acordo com o ministro Ayres Britto, a norma questionada estabeleceu um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação do serviço público de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, terceiri-

zando funções que lhe são típicas. O Relatório do ministro Ayres Britto opinou, assim, pela constitucionalidade do modelo de parceria, presente a diretriz constitucional de protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil no provimento de benefícios sociais à população, observada a atuação privada em caráter complementar ao setor público.

O voto-vista do ministro Luiz Fux acompanhou a linha de entendimentos do Relator da ADI. Segundo Fux, as entidades que atuam nas áreas sociais mencionadas na lei de OS o fazem por direito próprio e não por força do contrato de gestão. Não há, nesse caso, sob nenhuma hipótese, delegação de competência do Poder Público. A lei institui, apenas, um sistema de fomento e incentivo a particulares, por meio do contrato de gestão, para que as atividades sejam desempenhadas de forma eficiente por particulares. Conclui o ministro que a opção pela intervenção indireta, por meio do fomento e da regulação, no provimento de serviços sociais não é inconstitucional.

Outro posicionamento importante, presente nos votos de ambos os ministros da Suprema Corte, a respeito da Lei n. 9.637 de 1998, foi o da não aplicação do conceito de licitação à celebração de contratos de gestão, pela inviabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração. Para Fux, o ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo, consiste apenas em um processo de qualificação.

Entenderam, ainda, nesses casos, ser indispensável justificar a celebração de parceria, por meio da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que a parceria revela superior qualidade diante da atuação isolada ou solitária do próprio Estado, como titular da atividade em questão. Além disso, é fundamental haver procedimento com regras objetivas para a seleção da entidade que irá se qualificar como organização social.

O voto do min. Luiz Fux acrescentou o direito do MP e do TCU de verificar a fiscalização do dinheiro público, a necessidade de pro-

cesso especial de seleção dos empregados das OS e a necessidade de procedimento especial para os contratos das OS com terceiros.

Apesar da natureza esclarecedora do conteúdo dos votos dos dois ministros do Supremo, a avaliação definitiva da matéria pela Suprema Corte permanece inconclusa.

• *Entendimentos do TCU sobre a sujeição das OS aos princípios da Administração Pública*

No Acórdão n. 1.111/2008, o Plenário do TCU decidiu que as OS

[...] sujeitam-se à observância e aplicação dos princípios que regem a Administração, estatuídos no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, **nos seus processos de seleção e contratação de pessoal, pelo tempo em que vigerem os respectivos contratos de gestão** (TCU – plenário, Acórdão n. 1.111/2008, Processo TC–026.627/2007-9, Ata n. 22/2008 – Plenário. Data da Sessão Extraordinária: 11/6/2008. AC-1111-22/08-P)

3. Para avaliar a sujeição das Organizações Sociais (OS), no que concerne à condução de seus processos seletivos de pessoal, aos princípios que regem a Administração Pública deve-se sopesar a peculiaridade do regime jurídico dessas organizações.

4. As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a Administração Pública, consoante estabelecido pela Lei n. 9.637/1998. Afinal, o termo “organização social” se refere à mera qualificação legal que o Poder Público confere a determinada pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por particulares, para habilitá-la a desempenhar, por delegação, mediante contrato de gestão, serviço público de natureza social.

5. Aduz-se que a discussão sobre a natureza jurídica das OS já levada ao Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela constitucionalidade da citada Lei n. 9.637/1998.

6. Outra consideração relevante diz respeito ao fato de que o art. 7º da Lei n. 9.637/1998 estabelece que devem ser observados no

contrato de gestão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Ressalto a inexistência de dispositivo semelhante em relação às contratações de pessoal empreendidas pelas OS.

[...]

9. Aduzo que, ainda que se admitisse, a título de argumentação, a necessidade de as OS observarem regras de direito público quando da realização dos certames seletivos de pessoal, haveria um sério problema a ser equacionado. Considerando que as OS desempenham atividades custeadas com recursos de diversas fontes e possuem empregados que foram contratados sem observar as exigências em tela, quando as organizações sociais utilizassem recursos repassados com fulcro em contratos de gestão, quem ficaria responsável por executar as tarefas neles avençadas? Aquelas pessoas contratadas por meio desses certames seletivos ou os demais empregados da OS? Além disso, quem precisaria ser admitido por meio dessa seleção: todos os empregados ou apenas aqueles que executassem determinadas atividades? Constata-se que a exigência da realização desse tipo de certame acarretaria uma série de problemas práticos em organizações que utilizam recursos de fontes variadas, públicas e privadas.

10. Esta questão adquire ainda maior relevo quando se observa que as OS podem ser contratadas, com dispensa de licitação, para executar as atividades contempladas nos respectivos contratos de gestão, com fulcro no art. 24, XXIV, da Lei de Licitações e Contratos.

11. Esclareço que não se está a afastar as Organizações Sociais do âmbito do controle estatal. Afinal, caso alguma dessas organizações viole dispositivos legais ou não atinja o desempenho esperado, o respectivo contrato de gestão poderá ser rescindido.

12. Ademais, consoante exposto pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da Adin MC n. 1.923/DF, ao referir-se aos arts. 9º e 10 da Lei n. 9.637/1998, não se pode descartar, na hipótese de violação a princípios da Administração Pública, a responsabilização político-administrativa dos executores de contratos de gestão com base na Lei de Improbidade Administrativa.

13. Com espeque nessas considerações e nos argumentos apresentados pelo ilustre Ministro Raimundo Carrero, entendo conveniente recomendar ao Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) que, quando da realização de processo seletivo visando ao recrutamento e à seleção de pessoal, na medida do possível, observe os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. (Declaração de Voto do Ministro Redator Benjamim Zumler, em 11/6/2008)

• *Entendimentos do TCU sobre a contratação de OS na área da saúde*

Particularmente importante para o estudo da matéria é o teor do Acórdão n. 3.239/2013 originário do relatório de Auditoria Operacional (ANOp) realizada na terceirização de ações e serviços públicos de saúde, por meio da transferência do gerenciamento de unidades públicas a entidades privadas, realizada pela Secretaria de Controle Externo da Saúde em conjunto com as Secretarias de Controle Externo nos estados da Bahia, do Paraná e de São Paulo.

No Acórdão n. 3.239/2013, o Plenário do TCU reforçou a necessidade de processo especial de seleção, pelo tempo em que durarem os contratos de gestão. Indicou, ainda, a necessidade de a OS fazer cotação prévia de preços no mercado em suas compras.

Por fim, indicou que o Acórdão n. 1.039/2008-TCU-Plenário²⁷ julgou possível a implementação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e Emergência (Samu) por OS.

3.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip)

Conceito e natureza jurídica

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) é um título instituído pela Lei n. 9.790, de 23 de março de

27 Acórdão anexo (Sessão de 4/6/2008, Ata 21/2008 – Plenário. Processo TC-021.035/2005-9).

1999, concedido pelo Poder Executivo a uma entidade civil sem fins lucrativos, criada por particulares, que atue nas áreas da seguridade social.

O título é uma pré-qualificação ou pré-habilitação da entidade civil para o estabelecimento de relações de parceria com o Poder Público, no desenvolvimento de atividades ou projetos de interesse público, nas áreas de assistência social, cultura, saúde, segurança alimentar e nutricional, proteção e preservação do meio ambiente, promoção do desenvolvimento sustentável, econômico e social e direitos humanos, entre outros.

De acordo com publicação elaborada pelo governo federal para divulgação da “Lei da Oscip”,²⁸ a criação do título visou fortalecer o Terceiro Setor e criar um novo sistema classificatório para reconhecer institucionalmente as ONGs que mantenham atividades ou projetos de interesse público e, assim, ampliar o universo de parcerias do Estado. Os objetivos da criação do novo modelo de parceria do Poder Público com as entidades civis foram:

- a. permitir o acesso à qualificação como Oscip pelas associações voltadas para finalidades públicas que não tinham acesso a nenhum benefício ou título;
- b. agilizar os procedimentos para a qualificação por meio de critérios objetivos e transparentes;
- c. incentivar e modernizar a realização de parcerias entre Oscip e órgãos governamentais, por meio de novo instrumento jurídico – o Termo de Parceria – com foco na avaliação de resultados; e
- d. implementar mecanismos adequados de controle social e responsabilização da organização e seus dirigentes, com o

28 Publicação do governo federal: Oscip – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – A Lei n. 9.790/1999 como alternativa para o Terceiro Setor, Conselho da Comunidade Solidária da Casa Civil da Presidência da República, setembro de 2000.

objetivo de garantir que os recursos de origem estatal administrados pelas Oscip sejam bem aplicados e destinados a fins públicos.

A Lei n. 9.790 de 1999 veda a qualificação como Oscip às:

- a. sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- b. instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- c. organizações partidárias e assemelhadas, até mesmo suas fundações;
- d. entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- e. entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- f. instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- g. escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- h. organizações sociais;
- i. cooperativas;
- j. fundações públicas;
- l. fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e
- m. organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Além disso, o Decreto n. 7.568, de 2011, estabeleceu que não podem celebrar termo de parceria com o Poder Público as Oscip 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; e
- d. ocorrência de dano ao Erário ou prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

O Termo de Parceria e a seleção da Oscip

A Lei n. 9.790, de 1999, previu o Termo de Parceria como o ajuste celebrado entre o Poder Executivo e a Oscip para estabelecer, efetivamente, o vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento à execução das atividades de interesse público realizadas pela entidade. O Termo contempla a definição de metas de desempenho e responsabilidades dos seus signatários, assim como os procedimentos de avaliação dos resultados alcançados.

Da mesma forma que a organização social, a Oscip não é uma nova modalidade de instituição pública ou privada, mas uma qualificação atribuída a uma pessoa jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos existente e que presta serviços sociais de utilidade pública.

Ao receber o título de Oscip, a entidade se pré-qualifica a manter vínculo de parceria com o Poder Público. No entanto, esse vínculo somente será efetivado se houver interesse da Administração Pública em celebrar, com a Oscip, o Termo de Parceria para o desenvolvimento de projeto ou atividade, em regime de cooperação e, para tanto, receber fomento público, transferido a ela por força desse Termo.

A Lei n. 9.790, de 1999, deixou ao administrador a decisão quanto à eleição de Oscip para a celebração de termo de parceria, não dispondo sobre diretrizes e critérios de seleção a serem observados e nem mesmo delegando ao regulamento estabelecê-los. Dispôs, entretanto, que a autoridade pública deveria submeter as

suas decisões de celebrar Termo de Parceria e de eleger determinada Oscip ao Conselho de Política Pública da área de atuação do órgão ou entidade pública signatária (art. 10, § 1º), em consulta formal prévia. O objetivo dessa exigência era submeter as decisões discricionárias do administrador a uma instância colegiada de decisão política, para assegurar transparência e alinhamento dos interesses públicos às relações público-privadas.

O Decreto n. 3.100, de 1999, por sua vez, previu que, nos casos em que fosse cabível, o Poder Público poderia adotar o procedimento de concurso de projetos e lançar edital público de convocação, mediante a observância de ritual específico estabelecido naquela norma, que visava garantir a impessoalidade e a transparência do processo.

Além disso, a lei dispõe que, antes de celebrar o Termo de Parceria, a Administração verifique o regular funcionamento da Oscip (art. 9º).

A recente aprovação da Lei n. 13.019, de 2014, nominada “Marco Regulatório do Terceiro Setor”, introduziu alterações no modelo de colaboração entre o Poder Público e as Oscip. A partir da vigência do Diploma Legal, deverão ser observadas, cumulativamente, as disposições estabelecidas para a celebração de parcerias com entidades do Terceiro Setor, incluindo as qualificadas como Oscip.

Características principais da Oscip

A Lei n. 9.790, de 1999, estabeleceu as seguintes características das relações entre Poder Público e Oscip:

- a. Ao celebrarem Termo de Parceria com o Poder Público, as entidades assumem obrigações, previstas no ajuste, tais como publicar regulamento próprio de procedimentos de compras e de contratação de obras e serviços que adotará na aplicação dos recursos públicos recebidos a título de fomento.
- b. O Poder Público não se faz representar no Conselho de Administração da Oscip e não pode ceder servidores públicos

- para a entidade. No entanto, a lei permite 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 n. 10.539, de 2002).
- c. A Lei n. 9.790, de 1999, autoriza o Poder Público a contratar a Oscip, sem licitação, visto que a relação estabelecida por meio de Termo de Parceria não está abrangida pela Lei n. 8.666, de 1993.
 - d. É exigida a gratuidade nas áreas de educação e saúde.
 - e. As Oscip 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).

Efeitos da qualificação como Oscip

A entidade civil sem fins lucrativos que se qualifica como Oscip passa a gozar dos seguintes benefícios ou vantagens:

- a. está habilitada a estabelecer relações de parceria e fomento com o Poder Público por meio da celebração de Termo de Parceria e não apenas mediante instrumento do convênio, o que, em tese, deveria facilitar as relações de cooperação público-privadas e o fomento a projetos sociais desenvolvidos por particulares;
- b. pode ter servidores públicos em seu Conselho de Administração, desde que não percebam remuneração ou subsídio a qualquer título (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.790, de 1999);²⁹

²⁹ A participação de servidores públicos em gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não, é vedada pelo art. 117, X, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

- c. mesmo quando tem servidores públicos como membros do seu Conselho de Administração, pode receber recursos públicos a título de fomento, não se aplicando a ela a vedação do § 3º do art. 34 da Lei n. 12.465, de 2011, (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2011). Entende-se que essa vedação não se aplica às Oscip, por força do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.790, de 1999, que prevê, expressamente, a possibilidade da participação de servidores no Conselho, nas condições já mencionadas no item “b”, acima;

Lei n. 12.465 de 2011, art. 34, § 3º:

§ 3º A destinação de recursos a entidade privada não será permitida nos casos em que agente político de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto 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, seja integrante de seu quadro dirigente, ressalvados os casos em que a nomeação decorra de previsão legal ou que sejam beneficiados:

I – o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais da Saúde (Conasems) e o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed);

II – as associações de Entes Federativos, limitada a aplicação dos recursos à capacitação e ao treinamento de pessoal dos associados; ou

III – os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários.

- d. pode remunerar seus dirigentes e ainda gozar das imunidades tributárias que usufruem as entidades civis alcançadas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, por força do art. 34 da Lei n. 10.637, de 2002:

Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2º, III, b, da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2º, a, da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente à remuneração não superior, em seu valor bruto, ao limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal.

Nada há que impeça à Oscip de usar a prerrogativa que as Leis n. 9.790, de 1999 (art. 4º), e n. 10.637, de 2002, lhe concederam, ainda que não seja para firmar termo de parceria e sim outro tipo de ajuste com o Poder Público. Ou seja, mesmo que haja servidores ou dirigentes públicos na composição do Conselho da Oscip, ela pode receber recursos financeiros transferidos a título de fomento público, mediante celebração de convênio, desde que esses servidores ou dirigentes não sejam remunerados pela Oscip e ainda gozar das imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, c, da Constituição Federal.

Importante atentar que a Lei n. 9.790, de 1999, ao dispor sobre o termo de parceria, estabelece, no art. 10, IV, a possibilidade de remunerar os quadros da Oscip com recursos oriundos do Termo de Parceria. Essa é uma prerrogativa que está atrelada especificamente à celebração de termo de parceria e que não se estende a eventuais relações mantidas entre a Oscip e o Poder Público, por outro instrumento de cooperação, regido por regras próprias.

Afora essas vantagens, a qualificação não gera maiores efeitos, a não ser o de pré-qualificar a entidade para a celebração de Termos de Parceria.

• *Entendimentos do TCU sobre a gestão dos recursos transferidos por meio do Termo de Parceria*

No Acórdão n. 1.403/2007,³⁰ o Plenário do TCU afirmou que o tribunal tem competência sobre a gestão dos recursos repassados por Termo de Parceria, podendo e devendo inclusive determinar a abertura de processo de desqualificação da entidade, o que deriva implicitamente de sua missão constitucional e legal.

• *Entendimentos do TCU sobre a fiscalização do Termo de Parceria*

No Acórdão n. 1.777/2005, em caráter de orientação, o TCU esclareceu alguns dos parâmetros que serão utilizados nas fiscalizações dos Termos de Parceria, em especial:

1. não se aplicam às Oscip as normas relativas a convênios;
2. deve ser adotado procedimento especial para as compras com recursos do Poder Público;
3. a remuneração de dirigentes deve ser compatível com o mercado; e
4. não se utilizar recursos públicos em gastos vedados pela LDO.

• *Entendimentos do TCU sobre a participação de Oscip em licitações*

No Acórdão n. 746/2014, o Plenário do TCU decidiu que as Oscip não podem competir nas licitações destinadas às contratações em geral, porque: (i) isso afrontaria a isonomia (porque teriam privilégio em relação aos demais licitantes); (ii) a Lei n. 9.790/1999 dispõe que o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público é o termo de parceria³¹ (assim, o convênio também não

30 TCU – Plenário. Acórdão n. 1.403/2007. Ata nº 30/2007 – Plenário. Data da Sessão Ordinária: 25/7/2007. Processo n. TC – 013.323/2006-8. AC-1403-30/07-P

31 “SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. GRUPO DE TRABALHO CRIADO PARA AVALIAR A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – Oscip EM CERTAMES DA Administração Pública FEDERAL. DESVIRTUAMENTO DA FORMA DE RELACIONAMENTO COM

é cabível); e (iii) “permitir que as Oscip participem de licitações desvirtuaria o objetivo primordial para o qual foram criadas, qual seja, estabelecer cooperação com o Poder Público mediante a celebração do Termo de Parceria.” (Trecho do voto condutor, do qual se depreende que o entendimento é aplicável às OS).

No voto condutor, foi esclarecido também que o Tribunal entendia desnecessária a licitação para selecionar Oscip, até o Decreto n. 7.568/2011 estabeleceu essa obrigatoriedade:

19. [...] Já no Voto condutor do Acórdão n. 1.006/2011 – Plenário, o então Ministro Ubiratan Aguiar abordou a necessidade da realização, ou não, de licitação tendo por objeto a escolha de Oscip para firmar Termo de Parceria:

“[...] embora seja bastante recomendável a instauração desse procedimento – que privilegia os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade –, não há como exigir que os gestores públicos promovam licitação para selecionar Oscip, visto que o ordenamento jurídico não traz esse tipo de mandamento.”

20. Deve-se destacar que aquele *decisum* foi prolatado anteriormente à edição do já mencionado **Decreto n. 7.568/2011, o qual instituiu a obrigatoriedade da realização de curso de projetos para a seleção de Oscip.**

PODER PÚBLICO PREVISTA NA LEI N. 9.790/1999. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, é vedado participar de certames da Administração Pública Federal, porquanto tal agir implica ofensa à Lei n. 9.790/1999, que dispõe ser o Termo de Parceria o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público.

2. “A participação de Oscip em torneios licitatórios da Administração Pública consubstancia quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de Termo de Parceria.” (Acórdão n. 746/2014, Processo TC-021.605/2012-2, Ata n. 9/2014 – Plenário. Data da Sessão Ordinária: 26/3/2014)

Concluindo, o TCU ainda não decidiu se as transferências às OS e às Oscip são despesas com pessoal, para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal. Contudo, o fato de adotar o critério de que as Oscip apenas são válidas se houver “contratação” do serviço, e não da mão de obra, sugere que as transferências não são despesas com pessoal.

- *Tribunais de Contas Estaduais*

Todos os posicionamentos atualizados encontrados trataram dos valores transferidos às Oscip, em decorrência de Termos de Parceria. O entendimento é que esses pagamentos são transferências correntes e **não se incluem nos limites de gastos com pessoal**.

Na maioria das decisões citadas anteriormente, há indicação de que, quando a Oscip for utilizada como pessoa interposta para contratação de empregados, deverá haver inclusão dos gastos com pessoal, para fins dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Também a maioria das decisões sinaliza para a necessidade de lei estadual ou municipal de OS e Oscip para a celebração de parcerias com as entidades assim qualificadas, presente o entendimento de que as qualificações de OS e Oscip realizadas com base na lei federal somente se aplicam no âmbito da União.

3.3 Fundação de Apoio

Conceito e natureza jurídica

A fundação de apoio federal é um título conferido pelo governo federal a uma fundação civil, criada por particulares, a partir de seus próprios recursos, na forma das disposições do Código Civil, no amparo da Lei n. 8.958, de 1994.

A Lei n. 8.958, de 1994, autoriza que as Instituições Federais de Ensino Superior (Ifes) e de pesquisa científica e tecnológica contratem fundações de apoio com dispensa de licitação, por prazo determinado (inciso XIII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993).

Instituições Federais de Ensino Superior são universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.

As fundações de apoio são 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 Federal n. 7.423, de 2010:

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.

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.

Considera-se desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, até mesmo de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das Ifes e dos demais Institutos de Ciência e Tecnologia (ICT) para o cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no Plano de Desenvolvimento Institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos.

A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para a melhoria de infraestrutura deve se limitar a: obras laboratoriais, aquisição de materiais e equipamentos e

outros insumos especificamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

A Lei n. 8.958/1994 (art. 3º) estabelece que, na execução de atividades que envolvam a aplicação de recursos públicos, a fundação de apoio é obrigada 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 pela CGU.

Analisada no contexto histórico em que foi promulgada, pode-se identificar, na lei federal das fundações de apoio, elementos de inovação, especialmente pela introdução, no ordenamento jurídico, do convênio como instrumento de parceria de longo prazo entre o Poder Executivo e a sociedade civil organizada, na viabilização da pesquisa científica e tecnológica.

Nada obstante, em diversos outros aspectos, a Lei n. 8.958, assim como as alterações nela introduzidas pelas Leis n. 10.406 de 2002 e n. 12.349 de 2010, não avançam na diferenciação das regras de relacionamento entre o Poder Público e as entidades privadas e mantêm o convênio como instrumento de ajuste.³² Os contornos específicos estabelecidos pela lei para a cooperação e o fomento

32 Esse formato de relações foi, em muito, facilitado pela Lei n. 10.973, de 2004, denominada “Lei do Bem”, que possibilitou que, nos projetos desenvolvidos em parceria com a entidade pública contratante, a fundação de apoio pudesse utilizar e remunerar a “mão de obra” pública; assim como as instalações, os equipamentos e os materiais da contratada.

entre as instituições públicas federais e suas fundações de apoio estabelecem e aprofundam relações simbióticas entre elas, que torna difícil a demarcação das searas pública e privada, especialmente no trato do patrimônio e do recurso público. Em contrapartida, a prerrogativas próprias de entidades públicas, como a autorização para utilizarem as instalações e os servidores das entidades públicas que apoiam, a lei e o decreto impõem à fundação de apoio uma série de regramentos próprios e exclusivos da Administração Pública, tais como a observância dos procedimentos de licitação e a prestação de informações contábeis exclusivas da sua gestão interna.

Ainda que essas entidades sejam beneficiárias de transferências de recursos públicos para aplicação em projetos de interesse público, a imposição ao particular de princípios e regras próprias do regime administrativo imposto à Administração Pública é uma impropriedade e implica, até mesmo, custo adicional nos processos da entidade privada.

Vale citar o § 1º do art. 11 do Decreto n. 7.423, de 2010, cuja redação, ao tempo em que parece estender inadequadamente os princípios administrativos da legalidade e da eficiência (ou economicidade) à fundação de apoio, inova ao prever que a prestação de contas deverá abranger aspectos de “efetividade”, sendo que, em sua parte final, não deixa claro se está tratando da prestação de contas da fundação de apoio ou da “instituição apoiada”. Tem-se a impressão de que a interpenetração de recursos e atividades, consentida pela lei, entre as entidades pública e privada chega ao ponto de confundir o próprio agente normatizador que, no regulamento, não mais consegue fazer as necessárias delimitações entre o Direito Público e o Direito Privado que rege cada uma das instituições signatárias da parceria.

Todos esses aspectos têm favorecido a ocorrência de práticas irregulares – no âmbito dos convênios com fundações de apoio –, tais como: a terceirização irregular de mão de obra, a aplicação de patrimônio público diretamente pela fundação de apoio e

a triangulação de processos de compras e contratos das entidades públicas por meio das fundações de apoio, para fuga do regime administrativo imposto à Administração Indireta – e esses ajustes passaram a ser alvo de questionamentos por parte do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União e inauguraram o processo de insegurança jurídica que tem afetado negativamente as formas de parceria entre o setor público e privado na realização de objetivos de interesse público.

A fundação de apoio estadual

Alguns estados instituíram fundações públicas de direito privado, sob a denominação de “fundações de apoio”, como é o caso da Fundação de Apoio à Escola Pública do Estado do Rio de Janeiro (Faep), da Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro (Faetec), da Fundação de Apoio e de Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul, todas vinculadas às secretarias de educação de seus respectivos estados.

Nesse caso, não há como confundir a natureza dessas entidades. Trata-se de fundações públicas, integrantes da administração indireta do governo do estado, e regem-se pelas regras de direito privado, observadas as imposições constitucionais de direito público que recaem sobre toda a Administração Indireta.

Há, ainda, no estado de São Paulo, a Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (Faepa), que mantém convênios celebrados com a Universidade. Apesar de sua denominação de “Fundação de Apoio”, não mantém vínculo especial, instituído por lei estadual, com o Poder Executivo paulista.³³

33 A Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (Faepa), entidade de caráter privado, sem fins lucrativos e com autonomia admi-

nistrativa e financeira, criada em 31 de agosto de 1988, anexa ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (HCFMRP), por um grupo de pessoas físicas e jurídicas da comunidade hospitalar. Tem por finalidade:

- colaborar, pelos meios adequados, com as entidades interessadas no desenvolvimento das ciências da saúde, em programas compatíveis com seus objetivos, podendo, para tanto, firmar convênios com instituições educacionais públicas e privadas, nacionais e estrangeiras. A colaboração dar-se-á especialmente com o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP;
- estimular trabalhos nas áreas didática, assistencial e de pesquisa, por meio de apoio material e de remuneração a pesquisadores, a docentes e ao pessoal de apoio, servidores ou não, que participem do planejamento e da execução das atividades fins da Fundação;
- patrocinar o desenvolvimento de novos produtos e equipamentos, sistemas e processos;
- promover a divulgação de conhecimentos tecnológicos e a edição de publicações técnicas e científicas;
- instituir bolsa de estudo, estágios e auxílios de assistência a professores, pesquisadores e pessoal de apoio que possam contribuir para consecução dos objetivos da Fundação, desde que assim o permitam seus recursos, cumpridos os requisitos regimentais;
- colaborar na preservação do patrimônio do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. (Informações extraídas do *site* da Faepa, na internet, disponível em: <<http://www.faepa.br/Html/Default.asp>>. Acesso em: 15 out. 2014.)

4

Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014

Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014

Apresentação

Em 31 de julho de 2014, foi promulgada a Lei n. 13.019, que estabelece um novo regime jurídico para as parcerias voluntárias celebradas pelo Poder Público com entidades civis sem fins lucrativos.

Lei n. 13.019, de 31 julho de 2014

Acesse usando o QR CODE ao lado ou pelo link goo.gl/kwxRJz



Link

A lei é produto de agenda conduzida pela Secretaria-Geral da Presidência da República junto a organizações da sociedade civil, com o objetivo de “aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado às Organizações da Sociedade Civil (OSC) e suas relações de parceria com o Estado” e fortalecer as organizações da sociedade civil “contribuindo para a maior colaboração entre o governo e a sociedade”.

Para o governo federal, a participação social é ingrediente essencial de sua forma de governar. Conforme a Secretaria-Geral da Presidência da República:

A principal marca da agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil é seu processo de construção participativo e dialógico. O movimento que trouxe essa prioridade como desafio foi a “Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, que surgiu em 2010 com a articulação de diversas organizações, redes e movimentos sociais.

Em apoio a esta articulação, em 2011, o governo federal criou um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar propostas e análises sobre o tema. O grupo foi coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e contou com a participação da Casa Civil; Controladoria-Geral da União; Advocacia-Geral da União; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e de 14 organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela plataforma. (Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014)

Apesar de ter ficado conhecida como o “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, a lei não trata do regime jurídico das entidades civis sem fins lucrativos; dos aspectos administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários, das suas responsabilidades social e fiscal; ou das formas de controle e dos incentivos do Estado para a sua atuação. Dispõe **sobre as relações de parceria e fomento que o Poder Público pode estabelecer com as entidades civis sem fins lucrativos**, na consecução dos objetivos e dos interesses públicos – assunto diverso e afeto, essencialmente, ao Direito Administrativo e não ao Direito Civil que regula as associações e as fundações civis, criadas por particulares. Considerando sua essência administrativa, o Diploma Legal regula não o Terceiro Setor, mas os atos do Poder Público nos ajustes que celebrar com associações ou fundações civis.

Nem poderia a lei pretender impor práticas de gestão às entidades civis, visto que constitui cláusula pétrea da Constituição Federal Brasileira a liberdade de associações, cooperativas e fundações, por extensão, de se autogerirem, vedada a interferência estatal em seu funcionamento:

Constituição Federal, art. 5º:

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

Em que pese a prerrogativa de o Poder Público incluir cláusulas em seus contratos e demais ajustes nas suas relações com pessoas jurídicas instituídas por particulares, a exemplo das dispostas na

Lei n. 8.666, de 1993,³⁴ essas cláusulas não podem derrogar a cláusula pétrea da Carta Principal e impor ao particular a observância de regras que invadam a sua liberdade e autonomia de gestão.

Uma lei nacional

Sobre o conteúdo extenso da lei (88 artigos), cumpre ressaltar alguns aspectos. Em primeiro lugar, a lei declara que institui “normas gerais para as parcerias voluntárias” (art. 1º). No entanto, seu conteúdo é majoritariamente procedimental, com matérias de ordem infralegal.

Ainda no art. 1º, o Diploma Legal estabelece o caráter nacional dos seus dispositivos, que alcançam os Três Poderes da União, dos estados e dos municípios brasileiros. Nesse aspecto, é oportuno arguir qual o embasamento constitucional considerado pela União para editar normas nacionais sobre as relações de parceria entre o setor público e as entidades civis.

O texto do art. 1º merece, ainda, outro comentário. Ele estende os dispositivos da lei a empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, o veto ao art. 82 da lei denuncia a inadequação da aplicação da lei a essas entidades públicas, o que mostra que o texto legal contempla inconsistências que podem favorecer a insegurança jurídica e a judicialização em sua aplicação.

Art. 82. Até que entre em vigor o estatuto a que se refere o §1º do art. 173 da Constituição Federal, esta Lei aplica-se às parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, assim

34 Vê-se que as cláusulas exorbitantes previstas na Lei n. 8.666, de 1993, que incidem sobre os contratos celebrados pelo Poder Público com entidades privadas, estão relacionadas às cláusulas específicas do ajuste e não invadem a gestão privada: alteração unilateral; rescisão unilateral; fiscalização; aplicação de penalidades; anulação; retomada do objeto; restrições ao uso do princípio da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), ou seja, a Administração pode exigir que o outro contratante cumpra a sua parte no contrato sem que ela própria tenha cumprido a sua.

como por suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços com organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público.

Razões do veto

A aplicação do modelo previsto para parcerias do setor público com organizações da sociedade civil também para as parcerias das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que atuam em regime de concorrência, ignoraria a natureza jurídica e institucional distinta que elas possuem, com especificidades garantidas, inclusive, constitucionalmente. (Veto presidencial ao art. 82 da Lei n. 13.019 de 2014.)

O art. 3º trata dos casos em que não se aplicam os dispositivos da Lei:

I – às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitam com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento;

II – às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário;

III – aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei n. 9.637 de 15 de maio de 1998.

Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria (Lei n. 13.019, de 2014, art. 3º).

Vê-se que as três exceções previstas no art. 3º da lei referem-se apenas a situações relativas à União, em assimetria de tratamento aos modelos de parceria específicos, instituídos por leis estaduais e municipais. O inciso II reforça essa assimetria, visto que, em se

tratando de uma lei de caráter geral, apenas à União é dada a prerrogativa de alterar ou afastar, futuramente, os dispositivos da lei, para melhor adequação às especificidades de sua atuação cooperada com a sociedade civil. Na mesma linha, o inciso III isenta a aplicação da lei apenas às parcerias celebradas pela União com entidades qualificadas como organizações sociais, ao amparo da Lei n. 9.637 de 1998, mas não faz o mesmo em relação às leis estaduais e municipais de organizações sociais.

O título de Oscip

O art. 4º da lei não extingue o modelo federal de Oscip, mas altera seu conteúdo de forma contundente ao dispor que “Aplicam-se as disposições desta Lei, **no que couber**, às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria” (grifo nosso). Presume-se que a expressão “no que couber” signifique a aplicação cumulativa de requisitos e procedimentos previstos em ambas as leis, causando burocracia adicional e insegurança na sua aplicação junto às Oscip.

O art. 24, VII, exige que, para celebrar termo de fomento ou de colaboração, a entidade civil sem fins lucrativos tenha, no mínimo, três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Significa dizer que as entidades qualificadas como Oscip somente poderão celebrar termo de colaboração ou fomento com o Poder Público se comprovarem ter, no mínimo, três anos de existência e funcionamento regular; assim como a experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante.

Para ajustar os procedimentos e os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.790, de 1999, para qualificação de Oscip, com os previstos na Lei n. 13.019, de 2014, para a celebração de termos de colabo-

ração ou de fomento, o art. 85 dessa última alterou o art. 1º da Lei n. 9.790, de 1999, a fim de exigir das entidades civis desejosas de se qualificarem como Oscip o mínimo de três anos de constituição e funcionamento regular.

Relativamente às OS e às Oscip estaduais e municipais, a partir da data de início da vigência da Lei n. 13.019, de 2014, estarão derogados os dispositivos das legislações estaduais ou municipais que regularem parcerias estabelecidas por estados e municípios com essas entidades.³⁵

O termo de fomento e o termo de colaboração

O art. 84 estabelece o fim do uso do convênio como ajuste entre o Poder Público e o Terceiro Setor e restringe a aplicação referente a convênios às parcerias firmadas entre os Entes Federados.

Conforme art. 83, as parcerias já celebradas permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria. A redação do texto do artigo não deixa claro se a nova lei incide ou não nas relações das parcerias em andamento, visto que a expressão “naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria” comporta inúmeras interpretações.

As parcerias eventualmente firmadas por prazo indeterminado antes da promulgação da lei deverão ser repactuadas, sob o novo regime jurídico, em prazo não superior a um ano, sob pena de responsabilização.

A lei substitui o convênio pelos: (a) termo de colaboração e (b) termo de fomento, instrumentos de formalização das parce-

35 O Projeto de Lei de Conversão n. 19 de 2014 propõe alterar dispositivos da Lei n. 13.019, de 2014, para prever a vigência cumulativa da mencionada lei com as leis federal, estaduais, distrital e municipais de Oscip; não se aplicando às exigências previstas no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil naquilo em que houver, nessas últimas, disposição em contrário.

rias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, selecionadas por chamamento público, para a **consecução de finalidades de interesse público** e faz uma diferenciação importante entre eles:

- a. o termo de colaboração deve ser celebrado no caso de a parceria ser proposta pela Administração Pública; e
- b. o termo de fomento deve ser celebrado para as parcerias celebradas por proposição de organizações da sociedade civil.

As definições de termo de colaboração e termo de fomento incluem a expressão **“sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis n. 9.637 de 15 de maio de 1998 e n. 9.790 de 23 de março de 1999”**. Essa referência reforça a impressão de a lei, apesar de nacional, ter se referenciado basicamente na experiência federal de parcerias. Além disso, não deixa claro o que significa: aplicam-se, adicionalmente, ao termo de fomento ou de colaboração as disposições sobre contrato de gestão e termo de parceria?

Fundamentos das relações de colaboração e fomento entre o Poder Público e o Terceiro Setor

Um aspecto interessante da Lei n. 13.019 de 2014 é o rol de fundamentos, orientações e diretrizes traçados para o regime jurídico das relações do Setor Público com entidades do Terceiro Setor (arts. 5º e 6º).

O art. 6º contempla, ainda, algumas diretrizes, fora do teor do Diploma Legal, o que torna difícil compreender os seus propósitos para as relações de parceria entre o Setor Público e as entidades civis sem fins lucrativos:

VI – a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os Entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos;

[...]

VIII – a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidas, em decorrência da participação no respectivo processo decisório ou ocupação de posições estratégicas;

[...]

IX – a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender a necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social (art. 6º da Lei n. 13.019 de 2014).

Capacitação da Administração Pública e da sociedade civil organizada

A seção II, art. 7º estabelece a obrigatoriedade da União “em coordenação com os Estados, Distrito Federal, Municípios e organizações da sociedade civil, instituir programas de capacitação para gestores, representantes de organizações da sociedade civil e conselheiros dos conselhos de políticas públicas”.

Em seguida, e na mesma seção, no art. 8º, a lei impõe: (a) ao administrador público considerar, obrigatoriamente, a capacidade operacional do órgão ou entidade de conduzir, adequadamente, os processos de seleção, celebração e fiscalização da parceria, incluindo a apreciação da prestação de contas da entidade; e (b) à administração adotar as medidas necessárias, tanto na capacitação de pessoal, quanto no provimento dos recursos materiais e tecnológicos necessários, para assegurar a capacidade técnica e operacional de que trata o caput deste artigo.

A leitura conjugada desses artigos pode dar margem a questionamentos, por parte de órgãos e controle, acerca de decisões tomadas pelo Administrador em celebrar parcerias; presente a ambiguidade dos termos “adequado” e “necessário”, e as naturais dificuldades das áreas meio do governo de assegurar investimentos em métodos e ferramentas de gestão, ante as inúmeras outras prioridades de investimento do recurso público.

Cabe aqui a indagação se os propositores do texto legal, assim como os membros do Poder Legislativo que o aprovaram, fizeram a imprescindível reflexão sobre os custos de sua aplicação para os governos, a curto, médio e longo prazos.

Chamamento Público

A lei institui o chamamento público como procedimento obrigatório, destinado a selecionar a organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, realizado com base na observância de nova profusão de princípios: “da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

A intenção é de cercear o espaço discricionário do administrador, na definição da entidade civil a tornar-se colaboradora e destinatária do fomento público e resguardar o princípio da impessoalidade – no sentido de garantir que a Administração Pública possa celebrar o ajuste com a entidade civil mais bem preparada e adequada para realizar a atividade ou o serviço, objeto do termo de fomento ou de colaboração.

No entanto, é precisamente no conteúdo do diploma legal sobre o chamamento público que podem ser identificados os dispositivos com maior teor de polêmica.

É o caso do art. 24, § 2º que veda que o chamamento público admita, preveja, inclua ou tolere, nos atos de convocação do chamamento, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria.

Art. 24. Para a celebração das parcerias previstas nesta Lei, a Administração Pública deverá realizar chamamento público para se-

lecionar organizações da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto.

§ 1º O edital do chamamento público especificará, no mínimo:

I – a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria;

II – o tipo de parceria a ser celebrada;

III – o objeto da parceria;

IV – as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;

V – as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;

VI – o valor previsto para a realização do objeto;

VII – a exigência de que a organização da sociedade civil possua:

a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

Esse dispositivo impõe vários comentários. Em primeiro lugar, parece aproximar o ato de celebração de parcerias com entidades civis, para a realização de projetos de interesse público das relações que o Poder Público estabelece com empresas de mercado, selecionadas em ambiente competitivo, por meio do processo de licitação. Ora, conforme visto nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux e Ayres Britto, no processo da ADI n. 1.923, nas relações de colaboração público-privada, anteriormente

viabilizadas por convênio, contrato de gestão e termo de parceria, há não apenas a desnecessidade de processo licitatório como a ausência de condições de sua realização, **em vista da ausência do ambiente competitivo.**

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada pelo ministro Ayres Britto em seu voto, na ADI n. 1.923:

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois nelas não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Após a citação, complementa o ministro Ayres Britto, em seu voto na ADI n. 1.923, que a desnecessidade ou a inaplicação do procedimento licitatório pelo Poder Público para escolher entidades civis parceiras em projetos de interesse público não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada revela-se como de superior qualidade diante da atuação isolada ou solitária do próprio Estado como titular da atividade em questão; e não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a habilitação da entidade que irá se tornar parceira do Estado. O ministro, inclusive, admite a seleção de determinada pessoa privada e não outra, desde que haja a pertinente motivação administrativa, na forma estabelecida pela Lei Federal de Processos n. 9.784, de 1999.

Importante destacar que garantir impessoalidade em um processo de escolha não é sinônimo de garantir a oportunidade de competição, mas de assegurar que o processo de escolha esteja colocando o interesse público acima do interesse de terceiros, o que, em alguns casos, pode significar a seleção de determinada pessoa privada em detrimento de outras, na forma admitida pelo ilustre ministro do STF.

A lei dispõe dos casos em que a Administração Pública pode dispensar a realização de chamamento público, a seguir apresentados. Note-se que é possível detectar, novamente, no texto dos arts. 30 e 31, a tentativa de aproximação das regras de celebração de parcerias com as regras de licitação impostas às compras e aos contratos celebrados pelo Poder Público:

Art. 30. A Administração Pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame;

II – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei n. 12.101 de 27 de novembro de 2009;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – (VETADO).

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Art. 32. Nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de processo seletivo será detalhadamente justificada pelo administrador público.

§ 1º Sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria prevista nesta Lei, o extrato da justificativa previsto no caput deste artigo deverá ser publicado, pelo menos, 5 (cinco) dias antes dessa formalização, em página do sítio oficial da Administração Pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da Administração Pública, a fim de garantir ampla e efetiva transparência.

§ 2º Admite-se a impugnação à justificativa, desde que apresentada antes da celebração da parceria, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável.

§ 3º Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.

Os textos dos parágrafos 2º e 3º não deixam claro quem pode “impugnar” a justificativa do administrador público e quais os motivos para essa impugnação.

Outro aspecto problemático da redação dada ao § 2º do art. 24 da Lei MROSC é a de que não se pode privilegiar a formação de parcerias com entidades locais. Ora, se o objetivo é estimular a participação da sociedade civil organizada na implementação de políticas públicas na área social, nada mais justo e adequado que estimular e privilegiar parceiros locais a celebrar parcerias com o governo e, assim, incitar o engajamento e corresponsabilização da sociedade civil. Essa é, inclusive, a diretriz observada por várias políticas públicas sociais e desenvolvimento implementadas nos últimos anos, como a da promoção da agricultura familiar, que buscou incentivar as comunidades a organizarem-se e constituírem-se como pessoas jurídicas sem fins lucrativos a fim de receber o fomento público para a implementação de projetos nas suas próprias localidades.

Novamente, o texto da lei parece confundir o instituto da colaboração e do fomento com o da compra de serviços no mercado,

em que se justifica a competição ampliada, na busca pelo menor preço e por melhores condições.

Ressalte-se outra aproximação do texto da Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, com o da Lei n. 8.666, de 1993, ao mencionar que as entidades civis devem comprovar a “capacidade técnica e operacional” para celebrarem o termo de cooperação ou de fomento com o Poder Público.

Subcontratação no termo de fomento ou parceria – quarterização

Ponto merecedor de comentário especial é o conteúdo do art. 25 da lei que permite a “atuação em rede para a execução de iniciativas agregadoras de pequenos projetos, por 2 (duas) ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração”. Isso significa permitir que a entidade selecionada como parceira do Poder Público atue, na verdade, como a “cabeça” de uma *holding* de entidades civis, em sistema de subcontratação.

Esse instituto de “quarterização”, previsto na Lei n. 8.666, de 1993, é possível em ambientes de mercado, em que a “empresa mãe” é responsável por um contrato com o Poder Público e subcontrata, de outras empresas, serviços ou produtos que integram o objeto da contratação.

No entanto, revela-se deslocado em ambiente de parceria, no qual não há perspectiva de lucro, mas de relações de cooperação com entidades **cujas finalidades estatutárias estão alinhadas ao objeto da relação cooperada**. Nesse caso, qual seria a finalidade estatutária da entidade civil “cabeça” da *holding*? De administração? O objetivo da subcontratação seria terceirizar a gestão de termos de parceria e fomento? Ou melhor, terceirizar o fomento público? Não são essas funções exclusivas de Estado, indelegáveis a pessoas privadas? São questões que merecem maior debate e aprofundamento, antes da aplicação do instituto.

Art. 25. É permitida a atuação em rede para a execução de iniciativas agregadoras de pequenos projetos, por 2 (duas) ou mais or-

ganizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, desde que:

I – essa possibilidade seja autorizada no edital do chamamento público e a forma de atuação esteja prevista no plano de trabalho;

II – a organização da sociedade civil responsável pelo termo de fomento e/ou de colaboração possua:

a) mais de 5 (cinco) anos de inscrição no CNPJ;

b) mais de 3 (três) anos de experiência de atuação em rede, comprovada na forma prevista no edital; e

c) capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede;

III – seja observado o limite de atuação mínima previsto em edital referente à execução do plano de trabalho que cabe à organização da sociedade civil celebrante do termo de fomento e colaboração;

IV – a organização da sociedade civil executante e não celebrante do termo de fomento ou de colaboração comprove regularidade jurídica e fiscal, nos termos do regulamento;

V – seja comunicada à Administração Pública, no ato da celebração do termo de fomento ou de colaboração, a relação das organizações da sociedade civil executantes e não celebrantes do termo de fomento ou de colaboração.

Parágrafo único. A relação das organizações da sociedade civil executantes e não celebrantes do termo de fomento ou de colaboração de que trata o inciso V do caput não poderá ser alterada sem prévio consentimento da Administração Pública, não podendo as eventuais alterações descumprir os requisitos previstos neste artigo.

Estruturas de gestão de parcerias

A lei estabelece que a Administração Pública deverá implantar duas comissões de gestão de parcerias. A primeira é a comissão de

seleção, na qualidade de “órgão colegiado da Administração Pública destinado a processar e julgar chamamentos públicos, composto por agentes públicos, designados por ato publicado em meio oficial de comunicação, sendo, pelo menos, 2/3 (dois terços) de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da Administração Pública realizadora do chamamento público”.

A outra comissão é de monitoramento e avaliação, na qualidade de “órgão colegiado da Administração Pública destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil nos termos desta Lei, composto por agentes públicos, designados por ato publicado em meio oficial de comunicação, sendo, pelo menos, 2/3 (dois terços) de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da Administração Pública realizadora do chamamento público”.

Aqui, também, impõe-se a preocupação com a viabilidade e a relação custo-benefício da instituição dessas comissões, especialmente em estruturas administrativas enxutas e em ajustes que envolvam baixos valores de cooperação pública.

Procedimento de análise da manifestação de interesse social

É instituído, ainda, procedimento especial de análise da manifestação de interesse social, destinado a avaliar as propostas de parceria apresentadas pela sociedade civil. As propostas aprovadas devem se submeter ao processo de chamamento público para seleção de entidades/projetos sociais que serão fomentados.

Plano de Trabalho

A Seção VII da lei trata do Plano de Trabalho, mas não esclarece se o plano é da manifestação de interesse social; da entidade candidata a chamamento público; da entidade selecionada para celebrar termo de fomento ou de colaboração ou da Administração Pública.

Na lista de conteúdos que o Plano de Trabalho deve conter é possível encontrar alguns que seriam próprios de planos elaborados

pela Administração Pública; tais como: (i) valores a serem repassados, mediante cronograma de desembolso compatível com os gastos das etapas vinculadas às metas do cronograma físico; (ii) modo e periodicidade das prestações de contas, compatíveis com o período de realização das etapas vinculadas às metas e com o período de vigência da parceria, não se admitindo periodicidade superior a um ano ou que dificulte a verificação física do cumprimento do objeto; e (iii) prazos de análise da prestação de contas pela Administração Pública. Há outros, no entanto, que só fazem sentido se o Plano de Trabalho for elaborado pela entidade civil: (i) plano de aplicação dos recursos públicos a serem desembolsados; e (ii) estimativa de valores a serem recolhidos para pagamento de encargos previdenciários e trabalhistas das pessoas envolvidas diretamente na consecução do objeto, durante o período de vigência proposto.

A imposição de um “regime administrativo” para as entidades parceiras

A lei estabelece que, para celebrar termo de fomento ou de colaboração, a entidade civil deve:

- a. editar regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiros, aprovado pela **Administração Pública celebrante**, em que se estabeleça, no mínimo, a observância dos princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo e a busca permanente de qualidade e durabilidade;
- b. observar um regime de realização de despesas de direito público;
- c. observar um regime contábil de direito público;
- d. submeter-se a um regime de prestação de contas de direito público.

A imposição desses regimes à entidade civil é inconstitucional, seja porque invadem a autonomia e a liberdade de gestão das enti-

dades privadas e aproximam o tratamento das entidades parceiras daquele próprio e privativo dos órgãos e das entidades, integrantes da Administração Pública; seja porque parece estar criando “pseudoestruturas públicas”, sem a aprovação de lei específica, na forma determinada pelo art. 37, inciso XIX da Constituição Federal.

Conforme já transcrito anteriormente, disse o ministro Cezar Peluso, nos autos da votação da ADI n. 1.864-9, no STF:

O que importa é o modelo resultante de todas as normas da lei; ele delimita e prevê competências, estabelece o tipo de atividades etc.

Agora, dar o nome de serviço social autônomo ou dar outro nome não muda nada; o importante é verificar, no conjunto da lei, a estruturação do serviço. (fl.159)

A Lei n. 13.102, de 2015, que altera a Lei n. 13.019, de 2014

Apenas três meses depois de editada, a Lei n. 13.019, de 2014, foi alterada pela Medida Provisória (MP) n. 658, de 29 de outubro de 2014, para adiar a sua vigência para 360 dias após a data de sua publicação, entre outras providências. Conforme a Exposição de Motivos Interministerial n. 00017/2014 SG CGU MDS MP, de 27 de outubro de 2014, a edição da MP n. 658 resultou da manifestação formal de diversos órgãos e entidades públicas, entidades municipalistas e representantes da sociedade civil que, por meio de ofícios encaminhados ao governo federal, em prol da extensão do prazo para a entrada em vigor da Lei n. 13.019, de 2014, entre eles: Frente Nacional de Prefeitos (FNP), Confederação Nacional de Municípios (CNM), Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social (Congemas), Fórum Nacional de Secretários Estaduais de Assistência Social (Fonseas), Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, Associação Paulista de Fundações (APF), Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci) e Centro de Pesquisa Aplicada da Fundação Getúlio Vargas (CPJA/FGV),

além da Comissão Especial de Direito do Terceiro Setor da Ordem dos Advogados do Brasil (CEDTS-OAB/DF).

Essa Medida Provisória foi discutida e aprovada nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e em 27 de fevereiro de 2015 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.102 de 26 de fevereiro de 2015, que altera o § 1º do artigo 83 para definir que a exceção de que trata o *caput* (sobre as parcerias existentes no momento da entrada em vigor da lei) não se aplica às prorrogações de parcerias firmadas após a entrada em vigor desta lei, exceto no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento, exclusivamente para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da Administração Pública. E no artigo 88 define que a Lei n. 13.019, de 2014, entra em vigor após decorridos 360 dias de sua publicação oficial, isto é, em 31 de julho de 2015.

Lei n. 13.102, de 26 de fevereiro de 2015

Acesse usando o *QR CODE* ao lado ou pelo link goo.gl/6YGLsu



Link

5

Modelos de Gerência das Secretarias Estaduais de Saúde

Levantamento sobre os modelos de gerência adotados pelos governos estaduais para organizar o setor saúde

Este capítulo apresenta os resultados de levantamento promovido pelo Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS), nos meses de maio a outubro de 2014, junto às Secretarias Estaduais de Saúde para identificar as alternativas jurídico-institucionais aplicadas pelos governos estaduais na prestação de serviços públicos de saúde à população.

As Secretarias Estaduais de Saúde foram convidadas a responder a um levantamento sobre sua estrutura, por meio de um questionário contendo perguntas sobre os modelos de gerência utilizados e sobre a existência de questionamentos de órgãos jurídicos e de controle interno e externo sobre esses modelos.

O questionário foi encaminhado pelo CONASS às Secretarias Estaduais de Saúde em maio de 2014. Das 27 secretarias consultadas, 17 responderam: Acre, Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins.

Relativamente às Secretarias não respondentes, realizou-se pesquisa de informações nos *sites* eletrônicos dos governos estaduais, na internet, com foco na existência de entidades vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde e de ajustes celebrados com entidades civis sem fins lucrativos, com a finalidade de prestação de serviços médicos, ambulatoriais e/ou hospitalares.

As informações a seguir apresentadas referem-se, portanto, às 27 Secretarias Estaduais de Saúde do país, reunidas e consolidadas a partir de dados coletados, diretamente ou pela internet, entre maio e outubro de 2014.

Tendo em vista que algumas secretarias não enviaram as informações solicitadas e alguns dados foram coletados em pesquisa na internet, podem ocorrer dados incompletos de algumas secretarias.

Descentralização administrativa nas Secretarias Estaduais de Saúde

De acordo com os dados do levantamento realizado, constata-se que o modelo de descentralização administrativa dos serviços de saúde mais utilizado pelas Secretarias Estaduais de Saúde é o autárquico, sob os formatos de autarquia administrativa, autarquia de regime especial ou fundação pública de direito público que tem substrato jurígeno de autarquia.

Verifica-se que das 45 entidades públicas vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde, 27 são autárquicas, regidas integralmente pelo Direito Público.

Interessante destacar a existência de 17 entidades públicas de direito privado vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde – sendo 10 delas fundações públicas de direito privado e sete empresas estatais.

Não está incluída a Fundação Estatal de Atenção à Saúde do Paraná, entidade de direito privado, tendo em vista que foi constituída formalmente no início de 2015.

Observa-se que os estados de São Paulo, Amazonas e Minas Gerais apresentam os maiores números de entidades vinculadas. A Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo tem três autarquias a ela vinculadas, duas fundações públicas de direito público e duas fundações públicas de direito privado.

No estado de Minas Gerais, a Secretaria de Saúde tem vinculadas a ela apenas estruturas de direito público: um órgão autônomo, três fundações públicas de direito público e uma autarquia.

No Amazonas, as entidades subordinadas à Secretaria Estadual de Saúde são fundacionais: quatro de direito público e uma fundação pública de direito privado.

Os dados do Levantamento do CONASS de outubro de 2014 demonstram que foram utilizados diferentes modelos de parceria com as entidades civis sem fins lucrativos em funcionamento nos estados: PPP – duas; OSCIP – cinco; OS – 96; convênio/contrato – 35; SSA – uma.

De forma geral, e à exceção dos três estados supramencionados, pode-se perceber a opção das Secretarias Estaduais de Saúde de atuarem em um modelo de gerência mais central, no qual as competências estatais na área da saúde pública permanecem concentradas na Administração Direta. Há, até mesmo, nove estados cuja atuação é exclusivamente central, sem que haja nenhuma entidade pública vinculada à Secretaria Estadual de Saúde.

Relativamente aos modelos de fomento e parceria entre o Poder Público e as entidades civis sem fins lucrativos, é notório que a qualificação de organizações sociais tem sido a mais utilizada pelas Secretarias Estaduais de Saúde, com destaque para os estados de Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Bahia, que apresentam o maior número de parcerias celebradas. Destaque-se, ainda, que algumas dessas entidades parceiras têm mais de um contrato de gestão celebrado com a Secretaria Estadual de Saúde, como é o caso do Instituto de Saúde e Gestão Hospitalar (ISGH), qualificado como organização social pelo estado do Ceará, responsável por 12 contratos de gestão, cada um referente a um serviço de saúde diferente, no estado.

A significativa proliferação do uso de modelos de gerência de serviços de saúde, fundamentados na colaboração estado-sociedade, entre as Secretarias Estaduais de Saúde sinaliza a necessidade urgente de investir na segurança jurídica desses modelos, assim como no desenvolvimento de métodos e instrumentos adequados à sua gestão e capacitação dos agentes públicos para o seu manejo, que contribuam para a maior segurança administrativa dessas relações público-privadas.

A planilha com todos os dados obtidos com o levantamento referido, sobre o modelo de gerência de unidades públicas de saúde identificados nos estados, encontra-se disponível no portal do CONASS, sendo atualizado periodicamente a partir das informações das SES.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 5.452** de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 200** de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 4.320** de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 6.404** de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 7.596** de 10 de abril de 1987. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-Lei n. 900 de 29 de setembro de 1969 e pelo Decreto-Lei n. 2.299 de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7596.htm>.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988.

_____. Presidência da República. **Lei n. 8.029** de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da Admi-

nistração Pública Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8029cons.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 8.212** de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 8.246** de 22 de outubro de 1991. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8246.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 8.666** de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 8.958** de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8958.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.433** de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e altera o art. 1º da Lei n. 8.001 de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n. 7.990 de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9433.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.637** de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações

sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.790** de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm>.

_____. Presidência da República. **Decreto n. 3.735** de 24 de janeiro de 2001. Estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3735.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 10.539** de 23 de setembro de 2002. Dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10539.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 10.637** de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10637.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 11.107** de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 12.017** de 12 de agosto de 2009. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12017.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 12.101** de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei n. 8.742 de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis n. 8.212 de 24 de julho de 1991, n. 9.429 de 26 de dezembro de 1996, n. 9.732 de 11 de dezembro de 1998, n. 10.684 de 30 de maio de 2003 e da Medida Provisória n. 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12101.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 12.309** de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12309.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 12.550** de 15 de dezembro de 2011. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh); acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm>.

_____. Presidência da República. **Decreto n. 7.568** de 16 de setembro de 2011. Altera o Decreto n. 6.170 de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse e o Decreto n. 3.100 de 30 de junho de 1999, que regulamenta a Lei n. 9.790 de 23 de março de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm>.

_____. Presidência da República. **Decreto n. 7.661** de 28 de dezembro de 2011. Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (BSERH) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7661.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 12.618** de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei n. 10.887 de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 13.019** de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em

regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n. 8.429 de 2 de junho de 1992 e n. 9.790 de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei n. 13.102** de 26 de fevereiro de 2015. Altera a Lei n. 13.019 de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13102.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei Complementar n. 846** de 1998. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/169706/lei-complementar-846-98>>.

_____. Presidência da República. **Lei Complementar n. 101** de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>.

_____. Presidência da República. **Lei Complementar n. 1.095** de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=.+A+Lei+Complementar+n%C2%BA+1095%2C+de+2009>>.

_____. Presidência da República. **Lei Complementar n. 1.131** de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Lei+Complementar+n%C2%BA+1.131%2C+de+2010>>.

_____. **Medida Provisória n. 658** de 29 de outubro de 2014. Altera a Lei n. 13.019 de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n. 8.429 de 2 de junho de 1992 e n. 9.790 de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm>.

_____. Presidência da República. **Projeto de Lei Complementar n. 92**. Encaminhado ao Congresso Nacional em 2007. Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/Plp/2007/msg499-071107.htm>.

_____. Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. **Portaria n. 72** de 1º de fevereiro de 2012. Estabelece normas gerais de consolidação das contas dos consórcios públicos a serem observadas na gestão orçamentária, financeira e contábil, em conformidade com os pressupostos da responsabilidade fiscal. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_STN_72_01022012.pdf>.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CAF/N. 1.238** de 4 de julho de 2012. Elementos atinentes à natureza jurídica, regime e normas aplicáveis aos consórcios públicos.

Disponível em: <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/12382012>>.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/ CJU/COJLC N. 111/2011**. Elementos atinentes à natureza jurídica, regime e normas aplicáveis aos consórcios públicos. Disponível em: <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/12382012>>.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **PGFN/CAT/N. 979** de 29 de maio de 2012. Entidades beneficentes de assistência social. Análise sobre eventual enquadramento dos consórcios públicos. Disponível em: <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/9792012>>.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei de Conversão (PLV) n. 19** de 2014. Altera a Lei n. 13.019 de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n. 8.429 de 2 de junho de 1992 e n. 9.790 de 23 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=123DC5A8D1D5E2E4C7549EF365BE35AD.proposicoesWeb1?idProposicao=858595&ord=0>>.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **CONASS Documenta 14**. Gestão e Financiamento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/caderno-conass-documenta-n-19/>>.

_____. **Sistema Único de Saúde**. Coleção “Para entender a gestão do SUS”. Livro 1. 2011. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/sistema-unico-de-saude-2/>>.

SALGADO, V. A. B. **Manual de Administração Pública democrática**. conceitos e formas de organização. Campinas (SP): Saberes, 2012.

SALGADO, V. A. B.; ALMEIDA, V. J. de. Administração Pública Democrática: gradiente das formas jurídico-institucionais de atuação do Poder Executivo. **Inovação na Gestão Pública**, Cooperação Brasil-Espanha, Brasília (DF), v. 4, Propostas de taxonomias para órgãos e entidades da Administração Pública Federal e outros entes de cooperação e colaboração, p.177-289, 2012.

SALGADO, V. A. B.; GRAEFF, A. As relações do Poder Público com entidades privadas sem fins lucrativos no Brasil. In: SALGADO, V. A. B.; ANTERO, S. A. **Inovação na Gestão Pública**, Cooperação Brasil-Espanha, Brasília (DF), v. 1, Relações de parceria entre Poder Público e entes de cooperação e colaboração no Brasil, p.11-46, 2012.

SANTOS, L. **Relatório Final Geral BID**. Site do Gespública. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/Tecnologias/pasta.2013-04-09.9699092171/Relatorio%20Final%20Geral%20%20BID%20-%20%20Lenir%20Santos.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2014.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil, 2014**. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/historico-1>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI n. 191-4 RS** de 29 de novembro de 2007. Equiparação entre servidores de fundações instituídas ou mantidas pelo estado e servidores das Fundações Públicas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=Adin&s1=distin%E7%E3o%20funda%E7%F5es&processo=191>>.

_____. **ADI n. 1.923-5 DF** de 1º de dezembro de 1998. Questiona a constitucionalidade da Lei n. 9.637 de 1998, que institui o mode-

lo de parceria das Organizações Sociais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=Adin&s1=1923&processo=1923>>.

_____. **ADI n. 4.895 DF** de 3 de janeiro de 2013. Questiona a Lei n. 12.550 de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=Adin&s1=4895&processo=4895>>.

_____. **ADI n. 1.642 MG**. Alínea “d” do inciso XXIII do artigo 62 da constituição do estado de Minas Gerais. Aprovação do provimento, pelo Executivo, dos cargos de presidente das entidades da Administração Pública indireta estadual pela assembleia legislativa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=Adin&s1=1642&processo=1642>>.

_____. **ADI n. 1.864 PR** de 31 de julho de 1998. Celebração de parcerias do governo com a Sociedade Civil Organizada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=Adin&s1=1864&processo=1864>>.

_____. **Recurso Extraordinário (RE) n. 572143 – RJ** de 23 de março de 2010. Recurso extraordinário interposto por Wilmar Monteiro, contra acórdão proferido pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8553596/recurso-extraordinario-re-572143-rj-stf>>.

_____. **Recurso Extraordinário (RE) n. 589.998 – PI** de 1º de julho de 2008. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 41 e 73, §1º da Constituição Federal, se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) pode, ou não, dispensar seus empregados de forma imotivada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisa=DJ=AP&numero=589998&classe=RE>>.

_____. **Recurso Extraordinário (RE) n. 789.874** de 17 de outubro de 2011. Recurso extraordinário com agravo em que se discute a necessidade, ou não, de realização de concurso público para a contratação de empregados por pessoa jurídica que integra o chamado “Sistema S”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=661383&origem=AP>>.

_____. **Recurso Extraordinário (RE) n. 407.099 – RS**. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) opôs embargos à execução que lhe move o município de São Borja. Sustenta que está abrangida pela imunidade tributária relativamente aos impostos municipais que lhe estão sendo cobrados, por isso que é prestadora de serviço público postal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=imunidade&pagina=220&base=INFO>>.

_____. **Ação Cautelar (AC) n. 669** de 2005. Ação cautelar para conferir suspensão dos efeitos de decisão de 1ª instância – que, em execução, determinara a penhora dos recursos financeiros da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo404.htm>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Súmula 231** de 8 de dezembro de 1994. Exigência de concurso público para admissão de pessoal. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces?textoPesquisa=231&>>.

_____. **TC-011.777/1996-6**, Decisão n. 907 de 11 de dezembro de 1997. Denúncia formulada a respeito de irregularidades praticadas no âmbito do Senac-RS. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=011777&ano=1996>>.

_____. **Acórdão n. 1.557/2005**. Nomeação para cargos em comissão em empresas públicas. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1557&anoAcordao=2005>>.

_____. **Acórdão n. 1.777** de 9 de novembro de 2005. Termo de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1403&anoAcordao=2007>>.

_____. **Ação Cautelar n. 669** MC/SP de 6 de outubro de 2005. A empresa estatal submete-se ao controle interno do Poder Executivo e ao controle externo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo404.htm>>.

_____. **Acórdão n. 2.328** de 6 de dezembro de 2006. Sujeição do “Sistema S” aos limites de remuneração estabelecidos no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=2328&anoAcordao=2006>>.

_____. **Acórdão n. 1.403** de 25 de julho de 2007. Levantamento de auditoria em município sobre recursos repassados pelo sistema único de saúde para Oscips. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1403&anoAcordao=2007>>.

_____. **Acórdão n. 2.305** de 31 de outubro de 2007. Controle por parte do Tribunal de Contas das entidades do “Sistema S”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=2305&anoAcordao=2007>>.

_____. **Acórdão n. 1.039** de 4 de junho de 2008. Recursos repassados pelo SUS a Oscip. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1039&anoAcordao=2008>>.

br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1039&anoAcordao=2008>.

_____. **Acórdão n. 1.111** de 11 de junho de 2008. Organizações sociais, quando detentoras de contrato de gestão que as habilitem ao recebimento de recursos públicos provenientes do Orçamento da União, inclusive para pagamento de pessoal sujeitam-se à observância e aplicação dos princípios que regem a Administração. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1111&anoAcordao=2008>>.

_____. **Acórdão n. 1.192** de 26 de maio de 2010. Regulamentação do “Sistema S”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1192&anoAcordao=2010>>.

_____. **Acórdão n. 307** de 9 de fevereiro de 2011. Agravo interposto pelo Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) e pelo Departamento Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=307&anoAcordao=2011>>.

_____. **Acórdão n. 1.392** de 5 de junho de 2013. Embargos de declaração opostos pelo Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio, em face do Acórdão n. 1.751/2012-TCU-Plenário. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1392&anoAcordao=2013>>.

_____. **Acórdão n. 3.239** de 27 de novembro de 2013. Transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde a organizações sociais. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=3239&anoAcordao=2013>>.

_____. **Acórdão n. 746** de 26 de março de 2014. Grupo de trabalho criado para avaliar a legalidade da participação de Oscip em certames da Administração Pública federal. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=746&anoAcordao=2014>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Resolução de Consulta n. 731118** de 3 de fevereiro de 2014. Obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de pessoal em consórcio público. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/InformativoJurisprudencia/Informativo%20consolidado%202014%2813%29.pdf>>.

_____. **Resolução de Consulta n. 843481** de 10 de abril de 2013. Cômputo, na apuração do mínimo de aplicação em saúde, daquelas despesas efetivamente realizadas com os serviços públicos de saúde no consórcio público. Disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/278637>>.

_____. **Consulta n. 896648** de 25 de junho de 2014. Despesas com pessoal em consórcio público. Disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/682509>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO. **TC-000406/015/09**. Fundação Dracenense de Educação e Cultura (Fundec). Admissão de Pessoal. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/37484723/dosp-legislativo-31-05-2012-pg-49>>.

_____. **TC-002310/026/09**. Criação de cargos. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/resultado-da-pesquisa-de-jurisprudencia?SearchString=TC-002310%2F026%2F09>>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista n. RR 11400-89.2003.5.04.0027**. Realização de concurso para contratação de empregados pelas fundações públicas de direito privado. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurispru>>.

dencia/20954663/recurso-de-revista-rr-114008920035040027-11400-8920035040027-tst/inteiro-teor-110190891>.

_____. **Recurso de Revista n. 206500-45.2005.5.02.0066.** Realização de concurso para contratação de empregados pelas fundações públicas de direito privado. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20596924/recurso-de-revista-rr-2065004520055020066-206500-4520055020066>>.

_____. **Recurso de Revista n. 145600-14.2007.5.01.0015** de 21 de junho de 2013. Cedaee, teto remuneratório. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541359/recurso-de-revista-rr-1456001420075010015-145600-1420075010015-tst>>.

_____. **Recurso de Revista n. 587900-25.2008.5.12.0001** de 31 de outubro de 2012. Concurso público para a contratação de empregados por pessoa jurídica que integra o chamado “Sistema S”. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23136351/recurso-de-revista-rr-5879002520085120001-587900-2520085120001-tst>>.

_____. **Recurso de Revista n. 1893800-43.2009.5.09.0001** de 19 de setembro de 2012. Serviço Social Autônomo, desnecessidade de concurso público. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40726601/tst-20-09-2012-pg-1577>>.

_____. **Súmula n. 331** de 27 de maio de 2011. Legalidade do contrato de prestação de serviços. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>.