Serviços sociais autônomos*
Autonomous social services

*Floriano de Azevedo Marques Neto***
*Carlos Eduardo Bergamini Cunha****

RESUMO

O texto analisa a estrutura, elementos e aderência dos chamados serviços sociais autônomos ao sistema jurídico brasileiro, notadamente em face da estrutura administrativa regulada pelo Decreto-Lei nº 200/1967. Tratados como entes paraestatais, o artigo procura destacar quais os requisitos básicos para legitimar o relacionamento destas entidades com a administração pública, bem como em relação ao controle exercido pelas cortes de contas.

PALAVRAS-CHAVE

Serviços sociais autônomos — entidades paraestatais — relacionamento com o poder público — cooperação — autonomia — controle das cortes de contas

ABSTRACT

The paper analyzes the structure, elements and compatibility of the so-called autonomous social services to the Brazilian legal system, especially regarding the discipline established by Decree-Law Nº 200/1967. Treated

* Artigo recebido em 20 de fevereiro de 2013 e aprovado em 27 de março de 2013.
** Doutor e livre-docente em direito público pela Universidade de São Paulo (USP). Professor associado de direito administrativo da Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: floriano@manesco.com.br.
*** Mestrando em direito do estado pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado em São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: carlos@manesco.com.br.

as parastatal entities, the article seek to highlight what are the basic requirements to legitimize the relationship of these entities with the public sector, as well as in relation to the control exercised by the accounting offices.

KEY-WORDS

Autonomous social services — parastatal entities — relationship with the public sector — autonomy — control exercised by the accounting offices

1. Introdução

Os entes paraestatais têm sido estudados pela doutrina publicística há anos. Sempre foram conceituados como entidades de colaboração com o poder público, embora não integrantes do aparato estatal. Recebem, por isso mesmo, contribuições estatais de diversos tipos, sempre vincadas à perseguição de determinado objetivo tido como consoante ao interesse público. Ao lado de outras figuras criadas mais recentemente, como as OS e as Oscip, bem como de outras mais antigas, como as fundações privadas e as associações, figuram como entes paraestatais clássicos os serviços sociais autônomos, do que é exemplo o tão conhecido Sistema S.

Entretanto, de um lado, sempre houve alguma hesitação em demarcar a natureza jurídica e os elementos configuradores desses entes de cooperação, seja em função da ausência de um regramento específico ou ainda por conta das diversas entidades que foram recebendo a alcunha de serviço social autônomo sem muita padronização. De outro lado, são também em alguma medida nebulosos os mecanismos utilizados para oficializar o relacionamento existente com o poder público. Não obstante, o tema da fiscalização exercida pelos órgãos de controle emerge como outro fator controvertido sobre os serviços sociais autônomos, notadamente por conta da pouca uniformização existente.

Assim é que o presente texto se propõe (i) a analisar a natureza jurídica dos chamados serviços sociais autônomos, (ii) as formas admitidas para a formalização da cooperação realizada com o poder público, bem como (iii) os mecanismos mais racionais de fiscalização a cargo dos órgãos de controle. Embora de grande dimensão, e correndo o risco de nos omitirmos em alguns pontos, a abrangência do estudo que ora se propõe acaba sendo em alguma medida lógica, justamente porque muitas das conclusões acerca de determinados temas servem como pressupostos para os seguintes.

Para dar conta de todas essas questões, o trabalho inicia com a discussão sobre a natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, seu espaço dentro das parcerias da administração, sua finalidade, adequação à estrutura administrativa existente, bem como sua aderência ao regime constitucional e legal vigente (item II). Em segundo lugar, tratar-se-á da forma como deve se dar o relacionamento dos serviços sociais autônomos com o poder público, mormente no caso de haver repasse de receitas via acordo convenial ou contratual (item III). A partir daí, será essencial adentrar ao tema da fiscalização exercida pelos órgãos de controle, notadamente pelas cortes de contas, abordando quais devem ser seus objetivos e limites ante a constatação de que os serviços sociais autônomos não integram efetivamente o aparato estatal, ainda que manuseiem recursos públicos (item IV). Ao final virá a conclusão (item V).

2. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos

2.1 Entidades paraestatais

Baseado nas classificações feitas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, tornou-se bastante difundida entre nós a divisão da organização da estrutura administrativa do Estado entre administração direta e indireta.[1] A direta compõe os órgãos que integram as pessoas federativas, ou seja, a União Federal, os estados, Distrito Federal e municípios. Já a administração indireta é formada por pessoas jurídicas criadas pelo Estado, compondo as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e, com a edição da Lei nº 7.596/1987, também as fundações públicas. Hoje, a Constituição Federal abarca também esta classificação em diversos dispositivos,[2] não fazendo mais muito sentido dela divergir.

---

[1] Embora bastante consagrada, esta classificação não é imune a críticas. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, sempre preferiu os termos administração centralizada e descentralizada, identificando haver uma falha no uso dos termos direta e indireta, eis que, em sua opinião "a Administração, centralizada ou descentralizada, é exercida diretamente" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 736).

[2] O art. 27, § 1º, por exemplo, estabelece que "[p]erderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta". Em outra passagem, o artigo 34, inciso VII, *d*, veda a intervenção dos estados nos municípios, exceto para assegurar a "*prestação de contas da administração pública, direta e indireta*". Não obstante, o art. 37 estabelece que "[a] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

Entretanto, ao lado da administração direta e dos órgãos que integram a administração indireta, há ainda os chamados entes paraestatais. Forjados na Itália para designar certos tipos de entidades corporativas como os sindicatos, foram positivados pela primeira vez no Decreto-Lei nº 1.825/1924, ainda sob a égide do regime fascista de Mussolini. Como anota Paolo Biscaretti Di Ruffia, a expressão paraestatal era usada para conceituar alguns entes de caráter não associativo e que eram estritamente controlados pelo Estado, muito embora não devessem desempenhar atividades estatais exclusivas.[3] Massimo Severo Giannini, por outro lado, deixa claro que a expressão já não mais tem valor jurídico, uma vez que neutralizada pelas reformas administrativas ocorridas na Itália por volta dos anos 1970.[4] Em verdade, o que se denota é a ausência de consenso na doutrina italiana e a polêmica que envolve o tema.[5]

Embora com outras nomenclaturas, há também paralelos aos entes paraestatais na Espanha, constituídos por entes autônomos ao aparato estatal e dotados de autonomia financeira e de caixa. Como aponta Sebastián Martín-Retortillo, foram por lá classificados genericamente como institutos, conselhos ou juntas, como o Instituto Nacional de la Vivienda, o Instituto Nacional

---

moralidade, publicidade e eficiência". Mas parece que foi o inciso XXVII do art. 22 que consagrou mesmo o conteúdo de cada conceito, dizendo basicamente competir à União Federal legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III". Aqui, parece clara a distinção entre a administração direta, como o Poder Executivo central, e a indireta, composta pelos entes com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "[h]ouve certa insistência do constituinte em mencionar 'a administração indireta, inclusive as fundações', como se estas não fizessem parte daquela; isto se deu ou porque se conviveu, desde a entrada em vigor do Decreto-lei nº 200/67, com um sistema em que as fundações não integravam a administração indireta, desconhecendo, o constituinte, a Lei nº 7.596/87, que mudou essa sistemática; ou porque se quis deixar estreme de dúvidas a aplicação de certas normas constitucionais a esse tipo de entidade, precisamente pelo fato de anteriormente ela ter sido excluída; ou porque é o tipo de entidade que mais tem provocado controvérsias quanto à sua natureza jurídica. (...) De qualquer forma, hoje não há mais dúvida de que as fundações instituídas e mantidas pelo poder público integram a administração indireta, seja federal, estadual ou municipal, de modo que, mesmo nos dispositivos em que não há menção expressa às fundações, elas são alcançadas pela expressão Administração Indireta" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 421 a 423).

[3] Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho constitucional*. Madri: Editorial Tecnos, 1973. p. 209.

[4] Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1988. v. I, p. 176 a 181.

[5] Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 86, jan./mar. 1997; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 161 e 162.

de Colonización, o Patrimonio Forestal del Estado, o Instituto Nacional de Industria, o Servicio Nacional del Trigo etc.[6]

Na doutrina brasileira, embora não haja tanta discussão quanto à sua legitimidade, é possível verificar significativa perplexidade com relação ao que efetivamente comporiam tais entes.

José Cretella Júnior, por exemplo, sustenta que os entes paraestatais são sinônimos de autarquias, do que extrai o conceito de autarquias paraestatais, as quais "conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos conjuntamente com as demais repartições do Estado, num âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participam amplamente do 'jus imperii'".[7] Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, paraestatais seriam as pessoas jurídicas de direito privado criadas por lei para desempenhar atribuições de natureza executiva no campo social e econômico.[8] Dividir-se-iam, à luz dessa classificação, em paraestatais integrantes da administração indireta (as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as subsidiárias destas duas figuras e as fundações públicas) e paraestatais associadas, que são os entes privados criados por lei e que recebem delegação legal para a prática de atividades administrativas públicas, mas sem vínculo com a hierarquia estatal.[9]

Por outro lado, é o conceito de paraestatal criado por Hely Lopes Meirelles que mais se consagrou entre nós e que, particularmente, parece-nos bem mais adequado ao regime jurídico brasileiro. Segundo este autor:

> O étimo da palavra paraestatal está indicando que se trata de ente disposto paralelamente ao Estado, ao lado do Estado, para executar cometimentos de interesse do Estado, mas não privativos do Estado. Enquanto as autarquias devem realizar atividades públicas típicas, as entidades paraestatais prestam-se a executar atividades públicas atípicas, impróprias do Poder Público, mas de utilidade pública, de interesse da coletividade, e, por isso, fomentadas pelo Estado, que autoriza a criação de pessoas jurídicas com personalidade privada para a realização de tais atividades com apoio oficial.

---

[6] MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 126, p. 68 e 69, set./dez. 1991.
[7] CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110 e 111.
[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 296.
[9] Ibid., p. 297 a 303.

> O paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio-termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado sem o integrar como o autárquico, ou alhear-se como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso, os atos de seus dirigentes, revestindo certa autoridade e gerindo patrimônio público, expõem-se a determinados controles administrativos e sujeitam-se a mandado de segurança e a ação popular.[10]

Já mais recentemente, anotou também Hely que as entidades paraestatais configuram

> [p]essoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. (...) As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado.[11]

Em igual sentido, dizia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ainda em 1974 serem os entes paraestatais "pessoas jurídicas de direito privado, que agem em nome e por conta própria, paralelamente ao Estado, no exercício de atividades havidas corno públicas, que legalmente lhes são facultadas, e com poder de império específico, atribuído pelo Estado, para a consecução de tais cometimentos, coadjuvantes da sua ação".[12] Em verdade, esse conceito de paraestatais coincidem em grande medida com o que Themistocles Brandão Cavalcanti, ainda na década de 1960, chamava de serviços executados por cooperação, ou seja, entidades privadas, criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas por conta da existência de finalidade de interesse público em suas atividades. Segundo ele, "[n]ão se confundem com o serviço público quanto

---

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. In: ____. *Estudos de direito público III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 13.
[11] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 67.
[12] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II, p. 272.

à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados na administração, mas dele se aproximam quanto aos objetivos e finalidades".[13]

De todo modo, tendo em vista esses contornos gerais de paraestatais como entes não integrantes da estrutura administrativa do Estado, parece-nos possível identificar diversas espécies de entidades. Nesse sentido, são paraestatais (i) as entidades sem fins lucrativos subvencionadas pelo poder público via Lei nº 4.320/1964 (conceito no qual se incluem as fundações privadas e as associações), (ii) as organizações sociais tratadas pela Lei nº 9.637/1998, bem como (iii) as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), regradas pela Lei nº 9.790/1999. Também configuram entidades paraestatais os serviços sociais autônomos, tema que aprofundaremos adiante.

2.2 Serviços sociais autônomos

Certamente, as entidades paraestatais mais estudadas e que em certa medida justificam a própria existência da classificação são os serviços sociais autônomos. Isso porque cuida-se de entidades que objetivamente não se identificam com os figurinos da administração pública disciplinados pelo Decreto-Lei nº 200/1967, muito embora realizem atividades de notório interesse

[13] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 361 e 362. Note-se aqui que Themistocles Brandão Cavalcanti entendia existir três grupos de paraestatais: (i) as empresas incorporadas ao patrimônio nacional; (ii) os serviços criados pelas Confederações da Indústria e do Comércio; e (iii) as fundações. Embora as concepções tenham mudado (as fundações, por exemplo, somente foram introduzidas no conceito de administração indireta em 1986, com a edição do Decreto-Lei nº 2.299; ao passo que as empresas incorporadas — grupo S. Paulo-Rio Grande e Organizações Lage — serviam unicamente para atender ao pagamento de vultuosas dívidas com o poder público), é evidente que a concepção adotada pelo autor fundava-se unicamente em entes não integrantes do aparato estatal. Nesse mesmo problema incorreu o próprio Hely Lopes Meirelles, que incluía nas primeiras edições de seu *Direito administrativo brasileiro* as empresas estatais, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo poder público. O problema decorria logicamente do fato de que as normas à época titubeavam com o fato de incluir tais entes no aparato estatal (administração indireta). E como o próprio autor afirma, "está hoje assentado, inclusive em decorrência das normas constitucionais, que as fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista fazem parte da Administração Indireta do Estado. Ora, se fazem parte da Administração Indireta do Estado, não podem estar ao lado deste, como entes paraestatais" (Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 358). Relevante notar ainda, e provavelmente decorrente do mesmo problema de concepção acima tratado, a posição de Eros Roberto Grau incluindo apenas as autarquias e as fundações de direito público no conceito de paraestatal (GRAU, Eros Roberto. Sindicalização de servidores de entidades paraestatais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 52-54, mar./abr. 1974) e de José de Oliveira Messina, que trata do termo como sinônimo das sociedades de economia mista (MESSINA, José de Oliveira. Fiscalização de entidades paraestatais pelo Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 90-107, jan./mar. 1972).

público e contem com algum tipo de financiamento estatal. Aliás, nem mesmo integram a estrutura administrativa, muito embora prestem serviços tidos como finalísticos do Estado.

Nesse sentido, de nossa parte, os serviços sociais autônomos são entes associativos não fundacionais, de direito privado e sem fins lucrativos, e que, portanto, não integram a estrutura da administração pública, seja a administração direta ou a administração indireta. São em regra criados por lei e têm como objetivo a execução de atividades de interesse público não econômicas, o que justifica o fomento prestado pelo poder público.

E é justamente por isso que os serviços sociais autônomos não se confundem com o rol de figuras administrativas constantes do Decreto-Lei nº 200/1967. Em primeiro lugar, embora exerçam atividade de interesse público sem caráter econômico, não se confundem com as autarquias porque não são pessoas jurídicas de direito público. Por outro lado, não se confundem com as empresas estatais ou sociedades de economia mista porque, ainda que estas possuam natureza de direito privado, os serviços sociais autônomos não exercem atividades econômicas com fins lucrativos. De mais a mais, não se confundem com as fundações estatais porque não têm estrutura fundacional, ou seja, não decorrem da afetação de um patrimônio a uma finalidade de interesse público. Daí a conclusão lógica de não integrarem a estrutura administrativa do Estado porque não se adéquam aos figurinos disciplinados pelo Decreto-Lei nº 200/1967.

No geral, a doutrina brasileira é relativamente uniforme em assim convergir. Nesse sentido, há mais de 60 anos ensinava-nos Orlando Gomes que essas entidades, embora manuseiem recursos públicos, não são regidas pelo direito público.[14] Já segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os serviços sociais autônomos são "pessoas jurídicas de direito privado constituídas pelo Estado para o desempenho de atividades delegadas de interesse público ou social",[15] isto é, atividades de interesse público não econômicas. Na opinião de Hely Lopes Meirelles, "embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado,

[14] Em parecer publicado em 1950 Orlando Gomes anotava que "[b]eneficiando-se com o produto de uma taxa cobrada pelo Estado, o SENAC não participa 'dos caracteres estatais, das qualidades e prerrogativas que são exclusivas e essenciais do Estado'. Conserva a sua condição de pessoa de direito privado, exatamente porque não dispõe dos poderes e meios necessários ao cumprimento de um fim público" (GOMES, Orlando. Pessoas jurídicas de direito público e de direito privado — autarquias — Senac e Sesc. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 390, jan./mar. 1950).

[15] Moreira Neto, Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, op. cit., p. 89.

sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários".[16] No mesmo sentido e mais recentemente, nosso querido e saudoso Marcos Juruena Villela Souto afirmava que os serviços sociais autônomos possuem personalidade jurídica de direito privado, desenvolvem atividades privadas de interesse coletivo, e que, por isso mesmo, são fomentados pelo poder público.[17]

Assim é que a obrigatoriedade em regra de existir lei prévia autorizando a instituição dos serviços sociais autônomos reside justamente em um requisito preliminar para se legitimar tanto o fomento estatal (seja por meio de repasses públicos ou via recursos parafiscais) quanto a relativa ingerência no desempenho de suas atividades. Isso porque, ainda que a atividade prestada por estas entidades tenha alta carga de interesse público, ela reconhecidamente não é exclusiva do poder público.[18] Logo, não havendo que se falar propriamente em delegação da execução de atividade estatal (eis que não exclusiva do Estado), parece-nos evidente que a obrigatoriedade de lei autorizativa reside em um duplo fundamento: de um lado, (i) garante-se a legalidade de determinado fomento público; de outro, (ii) admite-se a ingerência estatal despeada no domínio privado (liberdade privada). A exigência de lei, então, decorre não por força do art. 37, XIX, da Constituição Federal, mas em virtude do parágrafo único de seu artigo 170.[19]

Até se poderia alegar que o fundamento último da obrigatoriedade de lei autorizativa prévia reside no fato de os serviços sociais autônomos receberem parcela do poder estatal extroverso, como a capacidade de instituir tributos em seu favor, tal qual prega parte da doutrina.[20] Entretanto, tal raciocínio somente seria procedente se o único formato existente para os serviços sociais autônomos fosse o das entidades integrantes do Sistema *S*, o que, conforme veremos adiante, não é verdade. De todo modo, correta parece ser a opinião com remarcado teor consequencialista de Marçal Justen Filho, no sentido de que:

---

[16] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 381.

[17] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Outras entidades públicas" e os serviços sociais autônomos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 141, jan./mar. 2006.

[18] Cf. nesse sentido Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 493; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 281; e Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 163.

[19] O qual, como é cediço, estabelece ser "assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[20] Cf. Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 163.

> Um ponto diferencial e marcante reside no fato de essas entidades serem criadas por lei. Ainda que sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado e geridas por particulares, isso significa que não se trata propriamente de entidades resultantes da livre escolha dos particulares. Sua existência, sua estrutura e seu funcionamento estão contemplados em dispositivos legais.[21]

2.3 As modalidades de serviços sociais autônomos

Uma forma de ver as coisas que tem ganhado adeptos recentemente consiste em dividir os serviços sociais autônomos em espécies ou tipos. A sistemática que viabiliza essa distinção procura agrupar cada entidade de acordo com suas características essenciais, fundamentos de atuação e os mecanismos de fomento utilizados. Nesse sentido, costuma-se falar que no grupo dos serviços sociais autônomos de primeiro tipo estariam as entidades do Sistema *S*, ao passo que os serviços de segundo tipo seriam caracterizados por alguns entes criados após os anos 1990, cujas características os tornariam incompatíveis com os primeiros.[22]

Disso concluímos ser possível falar em um terceiro tipo de serviços sociais autônomos, categoria integrada por serviços sociais autônomos heterogêneos, conforme se verá adiante.

2.3.A Os serviços sociais autônomos de primeiro tipo: Sistema S

O primeiro tipo, como visto, engloba as clássicas entidades que compõem o chamado Sistema *S*. Referimo-nos aqui aos conhecidos Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Nacional da Indústria (Sesi) e Serviço Nacional de Aprendizagem

---

[21] Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 280.

[22] Utilizam essa sistemática de dividir os serviços sociais autônomos em dois tipos: SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 280-287, jul./set. 2001; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 270-276; CUÉLLAR, Leila. Os novos serviços sociais autônomos: exame de um caso. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 73-109, 2003; e BORGES, Alice Gonzalez. Serviços sociais autônomos — natureza jurídica. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 142 a 147, 2010.

Industrial (Senai). Cuida-se do que parte da doutrina chama de serviços sociais originários ou clássicos,[23] isto é, das entidades que começaram a surgir ainda na década de 1940 com a edição do Decreto-Lei nº 9.403/1946, que autorizou a Confederação Nacional do Comércio a instituir o Sesi, e do Decreto-Lei nº 9.853/1946, que tratou de autorizar a criação do Sesc.

Essa justamente a primeira característica dessa categoria de serviços sociais autônomos: sua criação é meramente autorizada por lei, competindo a terceiros efetivamente instituí-los.

Em segundo lugar, é notável verificar das próprias leis de instituição dessas entidades que "sua função não é de auxiliar o Estado, mas de intervir em área de atividade privada (comércio e indústria) que o Estado decidiu, por razões estratégicas, incentivar. Por tal fato é que tais entes não são considerados como integrantes da administração indireta".[24] Trata-se, como bem defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de atividades não inseridas nas incumbências estatais, motivo pelo qual não há que se falar em delegação por descentralização, mas sim de incentivo e fomento à iniciativa privada.[25]

Nisso resulta a terceira característica dos chamados serviços sociais autônomos clássicos, que é sua forma de fomento via contribuições parafiscais. Com efeito, desde o Texto Constitucional vigente em 1969 é possível que a União institua contribuições parafiscais em benefício de determinadas categorias profissionais,[26] o que também já era admitido pelo art. 183 do Decreto-Lei nº 200/1967.[27] Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, de um lado, reafirmou a competência da União para instituir tais contribuições de custeio dos serviços sociais autônomos (art. 149) e, de outro, ressalvou-os do sistema de financiamento da seguridade social nos seguintes termos:

---

[23] Cf. nesse sentido Borges, Serviços sociais autônomos — natureza jurídica, op. cit., p. 142.
[24] Cf. Scaff, Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado, op. cit., p. 281.
[25] Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, op. cit., p. 271.
[26] Referimo-nos aqui ao que dispunha o inciso I do § 2º do art. 21 da Constituição de 1967, emendada pela EC nº 1/69, nos seguintes termos: "§ 2º A União pode instituir: (...) I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais". Esse dispositivo foi alterado pela EC nº 8/77, mas não teve seu conteúdo modificado, que ficou da seguinte forma: "§ 2º A União pode instituir: (...) I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social".
[27] Que afirma que "[a]s entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma".

> Artigo 240. Ficam ressalvadas do disposto no artigo 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Com base nisso, todas as entidades do Sistema *S* são custeadas com contribuições pagas pelos seus beneficiados diretos, ou seja, setor industrial no caso do Sesi e Senai, e comerciantes em geral no caso do Sesc e Senac. Daí se apontar que outra característica inerente a estas entidades é sua capacidade tributária, vale dizer, capacidade de arrecadar os tributos (contribuição de intervenção no domínio econômico) que compõem suas receitas diretamente dos particulares que se incluem na categoria de contribuintes.[28]

Portanto, as chamadas entidades "*puras*" do Sistema *S* são caracterizadas (i) pela existência de mera autorização legal para a sua instituição, que é efetivada por terceiros — no caso, a Confederação Nacional da Industria —, (ii) por exercer atividades que não estão inseridas nas incumbências estatais, (iii) por serem custeadas por contribuições parafiscais cobradas diretamente dos contribuintes, bem como (iv) em função de sua capacidade tributária de cobrar tais contribuições.

Nessa mesma categoria de serviços sociais autônomos é possível ainda incluir o Serviço Social do Transporte (Sest), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), criado pela Lei nº 8.029/1990, que, embora tenham sido criados já na década de 1990, apresentam exatamente os mesmos elementos das demais entidades que compõem o Sistema S.[29] Daí não fazer sentido tratá-las de modo diferenciado.

---

[28] "A contribuição destinada ao SEBRAE, consoante jurisprudência do STF e também a do STJ, constitui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CF, artigo 149) e, por isso, é exigível de todos aqueles que se sujeitam a Contribuições devidas ao SESC, SESI, SENAC e SENAI, independentemente do porte econômico, porque não vinculada a eventual contraprestação dessas entidades." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg Ag 936.025/SP, Segunda Turma, relator ministro Humberto Martins, DJe 21-10-2008)

[29] Exceção seja feita ao fato de o Senar ter sido diretamente criado pela Lei nº 8.315/1991, e não meramente autorizado. Já o Sest e o Senat tiveram sua criação autorizada pela Lei nº 8.706/1993, cuja instituição efetiva foi acometida à Confederação Nacional do Transporte (CNT). Não obstante, o Sebrae foi criado pela extinção do Cebrae que, entretanto, era uma sociedade civil sem fins lucrativos criada em 1972 pela Funtec.

2.3.B Os serviços sociais autônomos de segundo tipo

Por volta de 1990, novos serviços sociais autônomos foram surgindo, e com características bastante distintas das do primeiro tipo, os chamados de clássicos.

Certamente o mais famoso é Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, criado pela Lei Federal nº 8.246/1991 e com atuação focada na área da saúde. Mas não é o único. Com base no § 1º do art. 179 da Constituição Federal, o estado do Paraná criou a ParanaPrevidência (Lei Estadual nº 12.498/1998), o Paranacidade (Lei Estadual nº 11.498/1996), o Paranaeducação (Lei Estadual nº 11.970/1997) e o Ecoparaná (Lei Estadual nº 12.215/1998). Do ponto de vista municipal, Alice Gonzalez Borges anota ainda a existência do Serviço Social Autônomo Hospital Alcides Carneiro (Sehac), de Petrópolis, e do Instituto Curitiba de Saúde de Cuiabá.[30]

De modo quase unânime, a doutrina critica fortemente e traça importantes distinções quanto a estas entidades e as chamadas de serviços sociais autônomos clássicos.

Em primeiro lugar, anota-se que todas estas entidades foram criadas com a extinção de um ente integrante da administração direta, seja uma autarquia ou uma fundação. No caso do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, a vítima foi a Fundação Associação das Pioneiras Sociais. Para se criar o ParanaPrevidência extinguiu-se o Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado do Paraná (IPE), autarquia estadual. Com relação ao Paranacidade, teve-se de extinguir a autarquia Instituto de Assistência aos Municípios do Paraná (Famepar).

E é justamente com base nesses dados que Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata este tipo de entidade como uma forma indevida de parceria, como uma burla ao regime publicístico, serviente unicamente para gerir de forma privada bens e recursos públicos e como instrumento para fornecer mão de obra para as entidades da administração indireta.[31] Para Fernando Facury Scaff, tal situação caracteriza

> uma contrafação, um simulacro de descentralização, pois é o próprio Poder Público que extingue um de seus entes atribuindo a outro ente,

[30] Cf. Borges, Serviços sociais autônomos — natureza jurídica, op. cit., p. 145 e 146.
[31] Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, op. cit., p. 275.

> também por ele próprio criado, a função de atividade anteriormente delegada ao órgão extinto. Dá-se-lhe a roupagem de "ente privado", batiza-se-lhe de "serviço social autônomo", transfere-lhe verbas públicas através do sistema orçamentário e, em um passe de mágica, os controles públicos são afastados — ou pelo menos reduzidos.[32]

Mas há mais. Outra característica bastante criticada destas entidades diz com o fato de serem custeadas diretamente através de dotações orçamentárias, em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos internos ou externos.[33] E é novamente Maria Sylvia Zanella Di Pietro quem afirma de forma bastante crítica que

> [n]esses casos, em que a entidade é instituída por lei e vive de dotações do orçamento do Estado, a figura do serviço social autônomo constitui-se em desvirtuamento do instituto, porque ela apresenta praticamente todas as características das entidades da Administração Indireta, razão pela qual deveriam submeter-se às normas pertinentes da Constituição.[34]

Não obstante, outras características apontadas pela doutrina com relação a estas entidades e que fogem à disciplina dos serviços sociais autônomos "*puros*" residem no fato de (i) terem sido criadas diretamente por lei (e não meramente autorizadas), (ii) possuírem menor autonomia, (iii) terem seus dirigentes nomeados diretamente pelo Poder Executivo,[35] (iv) celebrarem contratos de gestão com o poder público — inclusive para viabilizar o repasse de recursos — e (v) não terem sua criação fundada em previsão constitucional.

---

[32] Scaff, Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado, op. cit., p. 287.
[33] Cf. Borges, Serviços sociais autônomos — natureza jurídica, op. cit., p. 146; Scaff, Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado, op. cit., p. 286.
[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 233.
[35] Nesse ponto, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 510.

2.3.C Os serviços sociais autônomos de terceiro tipo: heterogeneidade e legitimidade

Se estas duas classificações acima referidas são verdadeiras, então nos parece ser perfeitamente possível instituir uma terceira linha de serviços sociais autônomos.

Refere-se aqui às entidades que, embora não servientes a fomentar categorias profissionais e não contem com custeio oriundo de contribuição parafiscal (entidades do Sistema S), igualmente não se originam da extinção de órgãos públicos e, por conseguinte, não exercem atividades antes consideradas como atribuições estatais. Este terceiro tipo de serviço social autônomo, portanto, não incide nos regramentos do primeiro tipo nem recai na maioria dos problemas apontados pela doutrina em relação ao segundo tipo, o que torna ao menos coerente tratá-los de forma diferente. É possível vislumbrar pelo menos três entidades que se enquadram nesta categoria: a Investe São Paulo, serviço social autônomo criado pelo estado de São Paulo por meio da Lei nº 13.179/2008, e, em seara federal, o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil), de que trata a Lei nº 10.668/2003, bem como a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), regida pela Lei nº 11.080/2004. São esses que designamos no presente por Sistema A.

Com efeito, tais entidades, que chamamos aqui de heterogêneas, não têm como finalidade fomentar nenhuma categoria profissional, da mesma forma como não são custeadas por contribuições parafiscais, não se integrando, assim, no conceito estrito de entidades do Sistema S. São, por outro lado, custeadas em grande medida com recursos públicos diretamente repassados pelo poder público (ainda que admitam recursos de outras espécies). Da mesma forma, não têm sua existência jurídica vinculada à extinção de nenhum órgão público e, de igual modo, não se prestam a exercer atividades tipicamente públicas. Ao contrário, são entidades legalmente instituídas para o exercício de atividades de interesse público não exclusivo do Estado, cuja existência em nada se vincula ou atinge de forma sobreposta alguma atividade pretérita ou mesmo presente do poder público.

No caso da Apex-Brasil, nos termos do artigo 1º da Lei Federal nº 10.668/2003, seus objetivos institucionais se vinculam à "execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos".

Quer dizer, trata-se de atividade com evidente caráter de interesse público, mas que não se confunde com a atividade estatal de elaboração de políticas nacionais de desenvolvimento, que devem ser observadas pela Apex-Brasil. Do ponto de vista do custeio, a entidade é certamente híbrida, já que conta com transferências do orçamento da União por meio de contrato de gestão celebrado com o poder público, bem como com parte das receitas parafiscais tratadas no Decreto-Lei nº 2.318/1986, entre outros.

Já a ABDI, de acordo com o art. 1º da Lei nº 11.080/2004, tem como finalidade institucional "promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia", atividade esta que é de interesse público evidente mas que não se confunde com as atribuições estatais. Suas receitas também advêm de repasses de receitas da União efetivados por meio de contratos de gestão, assim como com parte das receitas parafiscais tratadas no Decreto-Lei nº 2.318/1986, além de eventuais recursos oriundos de doações, subvenções, decisões judiciais etc.

Outro exemplo desse tipo de entidade é dado pela Investe São Paulo. Esta entidade reúne características classificáveis nos chamados serviços sociais autônomos de primeiro tipo e parte nos de segundo tipo, pois tem por finalidade institucional "promover a execução de políticas de desenvolvimento, especialmente as que contribuam para a atração de investimentos, a redução das desigualdades regionais, a competitividade da economia, a geração de empregos e a inovação tecnológica" (Lei Estadual nº 13.179/2008, art. 1º), o que representa uma atividade de evidente interesse público, sem caráter econômico, mas que não se confunde com as atividades pretéritas ou presentes do poder público estadual nessa seara (relacionadas, como é óbvio, à elaboração das políticas estaduais de desenvolvimento). Ambas, como se viu acima, são características dos serviços sociais autônomos de primeiro tipo.

Por outro lado, a Investe São Paulo percebe receitas sem qualquer ligação com contribuições parafiscais. Recebe, assim, repasses de receitas do governo estadual, da mesma forma como pode também receber recursos oriundos de doações, contratos de gestão, decisões judiciais e exploração de seu patrimônio (Lei nº 13.179/2008, artigo 9º). Trata-se todas estas, pois, de características típicas dos chamados serviços sociais autônomos de segundo tipo.

Isso, entretanto, de forma alguma retira a legitimidade de tais entidades. Esse é o tema do próximo tópico.

2.4. Legalidade e constitucionalidade dos serviços sociais autônomos no direito brasileiro

De primeiro, segundo ou terceiro tipo, fato é que os serviços sociais autônomos existem como institutos jurídicos e são legítimos, servindo a um papel de relevada importância nas atividades de interesse público brasileiras. No mais, guardam características gerais relativas à sua estrutura jurídica que os fazem manter sua condição logicamente aderente ao modelo teórico de serviço social autônomo.

Referimo-nos aqui ao fato de (i) se tratarem de entes associativos não fundacionais, (ii) de direito privado, (iii) sem fins lucrativos, e que (iv) não integram a estrutura da administração pública, nem logicamente a administração direta nem ainda a administração indireta. Têm, por outro lado, (v) sua criação legitimada por lei e (vi) desempenham atividades de interesse público não econômicas, dando ensejo (vii) ao fomento realizado pelo poder público, seja via repasses diretos (intermediados por convênios ou contratos de gestão) ou mediante a vinculação a receitas parafiscais. Bem ou mal, goste-se ou não, qualquer dos tipos ou modelos de serviços sociais autônomos possui tais características em sua estrutura jurídica, o que faz com que a discussão acerca da legitimidade do instituto serviço social autônomo seja aproveitável a todos eles.

Nesse sentido, certo é que tais características não são reguladas por lei. Trata-se de elementos extraídos quase que por contraste com as figuras reguladas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, o que denota algo inegável: falta aos serviços sociais autônomos uma disciplina legal objetiva e estruturante. Isso, entretanto, não quer dizer que tais figuras, como instituto jurídico, sejam fruto exclusivo da elucubração doutrinária (bastante influenciada pela teoria italiana). Nesse sentido, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular:

> **Artigo 1º.** Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com

> mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Portanto, ainda que o regime jurídico dos serviços sociais autônomos seja em alguma medida fluido, decorrente da construção e sistematização feita a partir da contribuição da doutrina, sua existência à luz do direito positivo não pode ser negada. Isso porque, para além das próprias leis que criam ou autorizam a criação de tais entidades, ao menos com relação à Lei nº 4.717/1965, os serviços sociais autônomos estão efetivamente consagrados no direito brasileiro.

De todo modo, note-se que há grande intenção do poder público em efetivamente positivar tal instituto. Durante os anos de 2008 e 2009, foi formada uma comissão de juristas, da qual um dos autores do presente texto teve a honra de participar, com a intenção de realizar uma reflexão sobre os limites, contradições, fragilidades e potencialidades de cada forma de estruturação das atividades administrativas e de fomento e parceria do Poder Executivo federal. Disso resultou uma proposta de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Nesse sentido, nos termos desse documento,[36] os serviços sociais autônomos são previstos formalmente como entes paraestatais, não integrantes da administração pública e definidos como "pessoas jurídicas criadas ou previstas por lei federal como entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e sujeitas ao disposto no artigo 240 da Constituição" (art. 71). Ainda assim, devem obrigatoriamente observar os princípios da "legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade, e atender às normas constitucionais, legais, regulamentares, estatutárias e regimentais aplicáveis".

De todo modo, embora ainda não formalmente instituídos, não tendo força normativa, servem como referência.

Mas não é só. Do ponto de vista constitucional, dúvida poderia surgir com relação à aderência do modelo de serviço social autônomo às referências feitas na Constituição Federal sobre o exercício de atividades de interesse público por

[36] Que pode ser consultado aqui: <www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos /090729_seges_Arq_leiOrganica.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

entes não estatais. Pois em pelo menos duas oportunidades mais substanciais o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de se debruçar sobre tais questões, reconhecendo a legitimidade e constitucionalidade destes entes.

Com efeito, no RE 366.168/SC a Corte se deparou com alegação de que o Sebrae se enquadraria no conceito de autarquia equiparada, apresentado pelo art. 20 da Lei nº 4.717/1965, ou seja, "entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais". Nesse sentido, reconheceu o ministro Sepúlveda Pertence a impropriedade da alegação, atestando, consequentemente, a constitucionalidade do modelo jurídico da entidade, nos seguintes termos:

> EMENTA: Competência: Justiça comum: ação popular contra o SEBRAE: L. 4717/65 (LAP), artigo 20, f; CF, artigo 109, IV; Súmula 516.
>
> 1. O SEBRAE não corresponde à noção constitucional de autarquia, que, para começar, há de ser criada por lei específica (CF, artigo 37, XIX) e não na forma de sociedade civil, com personalidade de direito privado, como é o caso do recorrido.
>
> Por isso, o disposto no artigo 20, -f-, da Lei nº 4717/65 (LAP), para não se chocar com a Constituição, há de ter o seu alcance reduzido: não transforma em autarquia as entidades de direito privado que recebam e apliquem contribuições parafiscais, mas, simplesmente, as inclui no rol daquelas — como todas as enumeradas no artigo 1º da LAP — à proteção de cujo patrimônio se predispõe a ação popular.[37]

Mais recentemente, o mesmo STF analisou o regime jurídico de entidade classificada como um serviço social autônomo de segundo tipo, vale dizer, o acima mencionado Paranaeducação. Nesse sentido, a Corte foi bastante enfática em atestar a constitucionalidade do regime jurídico escolhido, especialmente do sistema de fomento via repasse de recursos do poder público à entidade. A ementa do julgado é autoexplicativa e algumas partes merecem ser aqui transcritas:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO

[37] Cf. REsp 366.168/SC, Primeira Turma, relator ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14-5-2004.

PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...)

2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública — Educação.

3. A Constituição federal, no artigo 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998.

5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, § 3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação

> conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná.[38]

Algumas passagens dos votos dos ministros são particularmente interessantes ao presente caso. Em primeiro lugar, disse o ministro Maurício Côrrea que

> [n]em no atual ordenamento constitucional cabe considerar os serviços sociais autônomos como entidades da administração indireta, visto que os incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição enumeram exaustivamente o rol das pessoas jurídicas que a compõem: autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, e suas subsidiárias. Os serviços sociais são entes de cooperação classificados como paraestatais, caminhando ao lado do Estado para o desempenho de atividade de interesse público ou social.

Com isso, atestou o STF a inconfundibilidade dos serviços sociais autônomos com as figuras jurídicas que compõem o aparato estatal.

De outro modo, assentou o Ministro Joaquim Barbosa que

> os serviços sociais autônomos têm natureza jurídica muito específica, pois se destinam à gestão de determinada atividade privada, a qual, em virtude de interesse público subjacente, recebe o incentivo do Estado. Noutras palavras, destinam-se os serviços sociais autônomos a gerir e desenvolver atividades privadas, embora de algum modo incentivadas e fomentadas pelo Estado.

[38] ADI 1864/PR, Tribunal Pleno, relator para acórdão ministro Joaquim Barbosa, Dje de 30-4-2008.

Aqui, restou legitimada a não coincidência da atividade exercida pela entidade com as demais atividades a cargo do poder público. Ademais, foi também considerado constitucional o sistema de fomento à atividade privada de notável interesse público, o qual pode se dar de diversas formas, seja mediante contribuição parafiscal ou por meio de repasses diretos lastreados em convênio ou contrato de gestão.

Assim, é inegável que os serviços sociais autônomos foram reconhecidos pelo STF como notavelmente aderentes ao sistema constitucional brasileiro, o que os torna mecanismos legítimos de exercício de atividades de interesse público, independentemente das especificidades de cada modelo. É dizer, seja de primeiro, segundo ou mesmo de terceiro tipo, os serviços sociais autônomos são legítimos no direito brasileiro.

3. Sobre o relacionamento entre o poder público e os serviços sociais autônomos

Como visto, o modelo dos serviços sociais autônomos é compatível com o sistema legal e constitucional vigente, não havendo como questioná-lo enquanto entes de direito privado incumbidos de exercer atividades de interesse público não econômico. Para o que aqui se propôs, entretanto, é necessário também analisar o regime jurídico que envolve o relacionamento existente entre o serviço social autônomo e o poder público.

Com efeito, inerente à configuração de uma entidade como serviço social autônomo reside, vimos anteriormente, a execução de atividades de interesse público não econômicas. E é justamente esse caráter que justifica o fomento realizado pelo poder público. De todo modo, como também já mencionado anteriormente, os serviços sociais autônomos não integram o corpo estatal, ou seja, não compõem a organização administrativa estatal. Logo, do ponto de vista jurídico, embora exerçam atividades de notável importância social a ponto de serem consideradas de interesse público, não atendem aos comandos do poder público via critério hierárquico. Afinal, como lembra Odete Medauar, a hierarquia

> ocorre quando há diferença de posição dos órgãos no escalonamento estrutural, de tal modo que o órgão superior, nas relações com o subordinado, exerce uma série de poderes aos quais o subordinado se sujeita.

> Trata-se de relação de supremacia-subordinação. Existe hierarquia entre órgãos inseridos na mesma estrutura, ou seja, no âmbito da estrutura interna da mesma pessoa jurídica.[39]

Mas esse não é o único ponto problemático. Aos serviços sociais autônomos de um modo geral não é admitido exercer suas atividades de forma desvinculada com os objetivos institucionais de reconhecido interesse público que lhe originaram, bem como com as próprias políticas públicas dos setores a eles vinculados. Do mesmo modo, na maioria das vezes, as atividades que exercem não são dotadas de caráter econômico, isto é, não são capazes de se traduzir em retorno econômico às entidades, o que torna fundamental que o Estado as subvencione de alguma forma. À exceção dos serviços sociais autônomos de primeiro tipo, que compõem o Sistema S e percebem as contribuições parafiscais instituídas pela União Federal, as demais entidades existentes desenvolvem suas atividades sem qualquer retorno econômico.

Portanto, diante dessa necessária paridade de atuações que se complementam, mas não se confundem (traduzida basicamente em uma relação de vinculação por cooperação), parece-nos livre de dúvidas que deve haver um elo firme e estável entre o serviço social autônomo e o poder público. Referimo-nos aqui a um vínculo contratual ou convenial que, ao mesmo tempo que garanta a consonância da atuação da entidade com as políticas públicas vigentes, legitime também o fomento realizado, na maioria das vezes, como se sabe, na forma de repasses de recursos realizados pelo poder público. E os instrumentos de que podem as partes lançar mão para essa formalização são, em nossa opinião, o convênio administrativo e o contrato de gestão.

3.1 Instrumentos aptos a sustentar o relacionamento existente entre serviço social autônomo e poder público

A importância de haver algum tipo de instrumento formal de estabilização da relação de cooperação existente entre serviço social autônomo e poder público se deve, como é sabido, a questões relacionadas à segurança jurídica, eficiência e deveres legais referentes ao repasse de recursos públicos aos particulares.

---

[39] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 64.

Do ponto de vista da segurança jurídica, inegável que deixar o relacionamento das partes ao alvedrio da confiança informal seria irresponsabilidade, totalmente contrária às pautas de legitimidade da atividade estatal. Quanto mais não fosse porque a própria Lei nº 8.666/1993 veda a celebração de ajuste administrativo verbal, salvo as pequenas compras de pronto pagamento.[40]

Inteiramente relacionado com a ideia de segurança jurídica se encontra o dever de eficiência da atividade administrativa, que predica a obrigatoriedade de se evitar o desperdício de recursos públicos e os gastos irrazoáveis e inúteis. Ora, evidente que parcerias informais e repasses de recursos sem vínculo jurídico são um convite à ineficiência e à utilização irresponsável de recursos, seja pela impossibilidade de se controlar o desempenho do particular beneficiado ou mesmo pela ausência de pautas de interesse público predefinidas a serem cumpridas.

Do mesmo modo, qualquer gasto ou repasse de recursos públicos deve ter lastro em um instrumento contratual ou convenial. É que nos termos da Lei nº 4.320/1964 toda saída de recursos do caixa público configura uma despesa. As despesas públicas, conforme estabelece seu art. 12, são classificadas em despesas de custeio, transferências correntes, investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Em termos de repasses de recursos públicos para fins de fomento a atividades de interesse público, as únicas possibilidades classificatórias viáveis no caso ora tratado seriam a transferência corrente e a transferência de capital. A primeira tem como objeto "despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado" (art. 12, § 2º). Já a segunda objetiva a realização de "investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior" (art. 12, § 6º).

Portanto, a nosso ver, o repasse de recursos públicos para entidades privadas com atuação focada em atividades de interesse público (como é o caso dos serviços sociais autônomos), do ponto de vista das despesas públicas,

[40] É o que diz o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual "[é] nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no artigo 23, inciso II, alínea 'a' desta Lei, feitas em regime de adiantamento".

somente pode adotar o caráter de transferências correntes ou de transferências de capital, mediante a utilização dos expedientes das subvenções, auxílios ou contribuições. Qualquer dessas modalidades de repasse somente se efetiva com a celebração de um convênio administrativo com a entidade beneficiada, o qual deve atender os requisitos constantes do § 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993, tais como identificação do objeto a ser concluído e suas etapas, as metas a serem atingidas, plano de aplicação dos recursos, cronograma de desembolso etc.

É o instrumento do convênio, nesse sentido, que deve pautar o repasse de recursos cujas obrigações entre as partes sejam marcadas pela confluência de interesses. Esse caráter de coincidência de objetivos, entretanto, não implica ausência de obrigatoriedade no cumprimento do quanto pactuado. Isso porque,

> o aspecto pactual, consensual ou de acordo a eles intrínseco (já que mesmo a simples adesão do convenente ao Termo implica numa manifestação positiva de vontade), remete-nos a um traço de bilateralidade e de obrigações recíprocas que aproximaria os convênios dos contratos, entendidos genericamente como instrumentos originadores de obrigações.[41]

Mas não apenas os convênios são servientes a tal fim. De nossa parte, do ponto de vista teórico, temos que os contratos de colaboração podem também ser utilizados como instrumento de formalização das obrigações e objetivos de poder público e entidades privadas no atingimento de fim comum a todos. A bem da verdade, os contratos de colaboração como institutos jurídicos não estão ainda positivados. Configuram de certa forma o gênero do qual são espécies os contratos de gestão celebrados com as OS e os termos de parceria firmados com as Oscips. Diversas leis que criam serviços sociais autônomos, vimos anteriormente, utilizam como instrumento de formalização da relação de colaboração com o poder público o contrato de gestão, tal qual fazem as Leis nº 8.246/1991 e nº 11.080/2004, mas que acabou sistematizado pela Lei nº 9.637/1998 em seara federal.

---

[41] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Convênios entre Estado e iniciativa privada para implantação de polos industriais. *Revista Trimestral de Direito Público — RTDP*, São Paulo, v. 48, p. 178, 2004.

Os contratos de colaboração foram vislumbrados no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal anteriormente referido como instrumentos genéricos de colaboração entre Estado e iniciativa privada com fins públicos e sem intenção de lucro. É o que ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> [T]rata-se de contrato de natureza pública, como ficou expresso no artigo 75, portanto não regido por normas do direito civil ou comercial. Embora de natureza pública, o contrato de colaboração também não se submete às normas da Lei nº 8.666, de 21.6.93, a não ser quanto ao seu artigo 116, aplicável quando o contrato público de colaboração seja celebrado sob a forma de convênio. Justifica-se a norma, que se contém no artigo 81 do anteprojeto, uma vez que o objeto do contrato de colaboração — atividade, ação ou programa de relevância pública — não se enquadra na modalidade prevista no artigo 1º da referida lei de licitações e contratos, a saber, obras, serviços, compras, alienações ou locações. O objeto dos contratos de colaboração insere-se mais especificamente na atividade de fomento, ou seja, incentivo à iniciativa privada de interesse público, não se constituindo um instrumento adequado para a obtenção de serviços, obras ou fornecimento do particular ao Estado; para estes tipos de contrato, o poder público sujeita-se às normas da Lei nº 8.666/93, inclusive quanto à exigência de licitação.[42]

Portanto, ao lado dos convênios administrativos, os contratos de colaboração também se mostram como opções válidas para formalizar o relacionamento existente entre serviço social autônomo e poder público, desde que previstos na lei de criação da entidade.

4. Serviços sociais autônomos e o controle das cortes de contas

Vistos tanto a natureza jurídica dos entes qualificados como serviços sociais autônomos quanto de que forma se relacionam com o poder público, é

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração*, op. cit., p. 240.

hora de abordar os mecanismos de fiscalização que podem ser utilizados pelos órgãos de controle. Nesse sentido, o sistema de controle dos serviços sociais autônomos, como de resto de qualquer ente classificado como paraestatal, é um tema bastante debatido no direito administrativo. Isto porque seu hibridismo, que concilia a utilização de recursos públicos em regime de direito privado mas com fins de interesse da coletividade, torna a questão da incidência dos mecanismos de controle efetivamente intrincada.

Entretanto, a busca por um modelo racional que combine a necessária responsabilização pelos recursos públicos utilizados direta ou indiretamente, o respeito às pautas de isonomia, impessoalidade, transparência e publicidade não pode negar o respeito à autonomia e o regime de direito privado da entidade, essenciais para o atingimento dos próprios fins que foram criados. É com base nesses elementos que iremos nos pautar no presente tópico.

4.1 Incidência do controle dos tribunais de contas sobre os serviços sociais autônomos

Dizia-nos há muito Hely Lopes Meirelles que os entes paraestatais, por gerir patrimônio público, expõem-se a determinados controles públicos.[43] O mesmo enfatizava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sob a justificativa de que o manejo de poderes específicos de império faz incidir a fiscalização estatal.[44] Já mais recentemente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto veio a tratar do que chama de interferência constitucional nos serviços sociais autônomos, cujo elemento mais marcante é justamente o controle *a posteriori* exercido pelos tribunais de contas.[45]

De fato, embora não tenham finalidade de lucro e ainda que a atividade desempenhada não seja nem mesmo capaz de ser classificada como comercial, os serviços sociais autônomos têm parte de seus recursos subsidiados em alguma medida pelo poder público. As entidades integrantes do Sistema S se beneficiam das contribuições parafiscais, ao passo que as outras modalidades se servem de subvenções e repasses concedidos por meio de convênios ou contratos de colaboração. Daí o dever de subsunção destes entes ao controle

[43] Cf. Meirelles, A licitação nas entidades paraestatais, op. cit., p. 13.
[44] Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, op. cit, p. 274.
[45] Moreira Neto, Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, op. cit., p. 91.

externo exercido pelas Cortes de Contas, nos termos do que estabelecem o parágrafo único do art. 70 e o inciso II do art. 71, ambos da Constituição Federal:

> **Artigo 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
>
> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.
>
> Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> (...)
> II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Não faz muito sentido, portanto, questionar a possibilidade de incidência de controle dos cortes de contas nos serviços sociais autônomos. Afinal, como lucidamente anota Odete Medauar, "[s]e receberem recursos públicos, sujeitam-se ao controle dos Tribunais de Contas, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 70 da CF".[46] Simples assim.

4.2 Limites do controle: a sistemática do TCU

Como dito, o controle a ser exercido pelas cortes de contas aos serviços sociais autônomos, embora foque a devida utilização dos recursos públicos transferidos, não deve ignorar nem muito menos negar a necessária autonomia

[46] Medauar, *Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 109.

dessas entidades no atingimento de suas finalidades institucionais. Da mesma forma, parece-nos que deve haver alguma diferença entre controlar entes de direito privado e de direito público, tal qual o controle de entes integrantes do aparato estatal deve ser diferente do controle dos entes privados e autônomos como os serviços sociais autônomos.

Parece certo, portanto, que pautas muito lassas de controle são efetivamente perigosas e mesmo questionáveis à luz da sistemática constitucional vigente. Entretanto, mecanismos de controle com incidência desproporcional em relação às finalidades destas entidades podem até mesmo negar a própria sistemática dos serviços sociais autônomos e, pior, tornar a diferença que deve existir entre entes integrantes do aparato estatal e dele destacados uma questão meramente retórica, já que na prática e para fins de controle externo seria tudo a mesma coisa. Em verdade, um controle excessivo (e muitas vezes desproporcional), ao contrário do que se poderia imaginar, contribui para a ineficiência da administração e da utilização dos recursos públicos, uma vez que acaba se tornando autorreferencial e perdendo sua capacidade de responder a uma finalidade pública (responsividade).[47]

Nesse sentido, é Diogo de Figueiredo Moreira Neto quem nos alerta sobre os riscos de um controle excessivo dos serviços sociais autônomos, chamado por ele de níveis de interferência estatal:

> A taxatividade dessas interferências não dá margem a muitas dissidências, mas é forçoso reconhecer que uma indevida assimilação dos serviços sociais autônomos às demais espécies de paraestatais criou 'praxes' ampliativas do controle do Poder Público que necessitam ser abandonadas, não só porque prejudicam a realização do artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal, como porque prejudicam a realização do valor da autogestão, que foi precisamente aquela que teve em mente o Estado-fundador ao escolher a forma associativa civil para administrar esses específicos interesses sociais e econômicos, valor esse corroborado hoje, ainda mais, pelo princípio da subsidiariedade.[48]

Daí a nos parecer que o Tribunal de Contas da União tem demonstrado a intenção de seguir uma linha de controle adequada dos serviços sociais

[47] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: Modesto (Coord.), *Nova organização administrativa brasileira*, op. cit., p. 202 e 203
[48] Moreira Neto, Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, op. cit., p. 91.

autônomos criados ou fomentados pelo poder público federal. Vem, portanto, a calhar ao presente estudo uma decisão da Corte que se tornou verdadeiramente paradigmática, sendo sempre citada como parâmetro de controle. Segundo o TCU:

> [É] razoável que os serviços sociais autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, todavia, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública. Entre eles podemos citar os princípios da legalidade — que, aplicado aos serviços sociais autônomos, significa a sujeição às disposições de suas normas internas —, da moralidade, da finalidade, da isonomia, da igualdade e da publicidade. Além desses, poderão ser observados nas licitações os princípios da vinculação ao instrumento convocatório do julgamento objetivo. O fato de os serviços sociais autônomos passarem a observar os princípios gerais não implica em perda de controle por parte do Tribunal. Muito pelo contrário: o controle se tornará mais eficaz, uma vez que não se prenderá à verificação de formalidades processuais e burocráticas e sim, o que é mais importante, passará a perquirir se os recursos estão sendo aplicados no atingimento dos objetivos da entidade, sem favorecimento. O controle passará a ser finalístico, e terá por objetivo os resultados da gestão. O uso de procedimentos uniformes irá facilitar o controle do Poder Público, tanto a cargo do Poder Executivo quanto do Tribunal de Contas da União. Uma vez aprovados, esses regulamentos não poderão ser infringidos sob pena de se aplicar aos administradores as sanções cabíveis, previstas na Lei nº 8.443/92.[49]

Reside aí, pois, em linhas gerais, o fundamento jurídico do posicionamento do TCU acerca do controle externo exercido sobre os serviços sociais autônomos. Com relação às contratações de terceiros, admite a Corte que, "por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei de Licitações, mas sim aos princípios gerais que regem

[49] Decisão 907/1997 — Plenário, relator ministro Lincoln Magalhães da Rocha, DOU de 26-12-1997.

a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios".[50] Não obstante, em termos de contratação de pessoal, a posição que tem prevalecido no TCU é de que é

> admissível que os serviços sociais autônomos, por não serem parte da Administração Pública e terem independência para a criação de seus cargos, de natureza privada, possam promover, à sua discricionariedade, processos seletivos externos e internos para o recrutamento de pessoal, resguardados os princípios de ordem constitucional que objetivam impedir favorecimentos e outras ilicitudes do gênero e preservado o processo seletivo público externo para o ingresso de funcionários em seus quadros.[51]

Portanto, no âmbito do TCU, o controle dos serviços sociais autônomos deve ser finalístico e respeitador de sua autonomia, ou seja, deve cuidar de analisar se aos recursos a eles destinados está sendo dada a devida destinação. Mas não apenas. Por se tratar de fomento estatal, o resultado final da aplicação desses recursos deve observar os princípios da legalidade (no sentido do cumprimento dos regulamentos internos), isonomia, impessoalidade (ausência de favorecimentos), moralidade e publicidade. Esses vetores se aplicam tanto à contratação de serviços de terceiros quanto à admissão de pessoal.

Assim, estão aí as chaves para um controle eficiente e proporcional de entidades não integrantes do aparato estatal mas que manejam direta ou indiretamente recursos públicos, que devem ser destinados ao atingimento de fins de interesse público.

4.3 Um paralelo com o controle exercido sobre as fundações de apoio

Um paralelo interessante a se fazer em matéria de controle implica envolver a sistemática adotada com relação às fundações de apoio, notadamente nos termos do que tem decidido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP). O que se busca aqui, desse modo, é tão somente apresentar um itinerário razoável para conduzir o controle dos serviços sociais autônomos.

---

[50] Cf. Acórdão 1.192/2010 — Plenário, relator ministro José Múcio Monteiro, DOU de 4-6-2010.
[51] Cf. Acórdão 369/2009 — Plenário, relator ministro Marcos Vinicius Vilaça, DOU de 13-3-2009.

Conforme aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, as fundações de apoio são

> entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas nos moldes do Código Civil, exercendo atividades de interesse público, tendo entre seus objetivos o de colaborar e dar apoio a determinadas instituições. Não integram a Administração indireta nem a estrutura das universidades ou faculdades a que prestam apoio; de regra, mantêm convênios, ajustes e contratos com as universidades ou faculdades, sem prejuízo de atividades ou serviços que possam prestar a particulares.[52]

Na esteira dos ensinamentos de Odete Medauar, tais fundações têm sido criadas na prática fundamentalmente por dois modos, ou por pessoas físicas (professores, pesquisadores universitários, ex-alunos) ou pelas próprias instituições de ensino superior (isoladamente ou em conjunto com outras pessoas físicas). Também para a professora titular de direito administrativo da Faculdade de Direito da USP, tais entidades "[n]ão integram a Administração indireta nem a estrutura das universidades ou faculdades a que propiciem apoio".[53]

Aqui nos parece evidente a semelhança da estrutura jurídica das fundações de apoio com a dos serviços sociais autônomos: ambos são pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, não integrantes da estrutura estatal (nem da administração direta nem da indireta), com o objetivo de realizar atividades de interesse público ou social, sendo financiados em alguma medida com recursos de receitas públicas (via repasses, subvenções, auxílios ou contribuições — com o acréscimo de, no caso dos serviços sociais autônomos federais, haver receitas parafiscais).

Entretanto, no caso das fundações de apoio, a jurisprudência existente no TCE/SP é abundante[54] e pode aqui ser utilizada como um parâmetro razoável.

---

[52] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As parcerias na administração pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. v. I, p. 492.

[53] Medauar, *Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 107.

[54] Cabe notar que o mesmo TCE/SP compreende a fundação de apoio como "[p]essoa jurídica de direito privado, mas que auxilia no desempenho de atividades inerentes ao Estado, mediante o uso de recursos públicos. É bem o caso de certas entidades ligadas à saúde, ensino superior e cultura" (cf. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas. *Manual básico de orientação às fundações*

Em verdade, os pressupostos utilizados pelo TCE/SP em relação às fundações de apoios são bastante semelhantes aos do TCU no caso dos serviços sociais autônomos federais. Nesse sentido, tem entendido a Corte de Contas Paulista que,

> em se tratando de Fundações de Apoio ou Conveniadas, deverá haver 'uma flexibilização nos exames de auditoria a serem desenvolvidos, uma vez que o objetivo do auditor será o de verificar se foram observadas suas próprias regras básicas de conduta, partindo de seu estatuto social, abrangendo a edição de Manuais de Procedimentos e Regulamentos Próprios de Pessoal e de Aquisições; se existem mecanismos suficientes de Controle Interno; se verossímeis os atos praticados e se o objeto da fundação vem sendo eficazmente alcançado, como aspectos centrais'.[55]

Por outro lado, com relação aos regramentos de licitações e contratações, aponta o TCE/SP a desnecessidade das fundações de apoio de observar os estritos termos da Lei nº 8.666/1993, muito embora devam respeitar os regramentos mínimos de moralidade, publicidade, isonomia em suas contratações:

> A jurisprudência desta Corte é segura ao admitir que as fundações de apoio não se sujeitam à incidência da Lei nº 8.666/93, o que, nos termos do artigo 119, possibilita a edição de regulamentos próprios devidamente publicados, observados princípios básicos da licitação, para contratações de obras, serviços, compras e alienações, quando estes estejam diretamente ligados à sua atividade-fim.
>
> Isso implica que, além de obediência aos princípios licitatórios, tais regulamentos não poderão se distanciar dos princípios norteadores da Administração Pública, sob pena de violação ao artigo 37 da Carta Federal.[56]

---

estaduais. São Paulo, 2007. p. 33. Disponível em: <www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/2007_fundacoes-estaduais.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012).

[55] Cf. TC 872/011/10, rel. conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, DOE de 2-12-2010. No mesmo sentido ver TC 4793/026/96, TC 3332/003/07, TC 2830/003/07, TC 1205/003/09, TC 276/006/12, TC 2650/002/07, TC 2020/002/09, TC 1451/003/08, entre inúmeros outros.

[56] TC 279/006/09, Primeira Câmara, relator conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, DOE de 15-1-2011.

Não obstante, mesmo em se tratando de fundação de apoio, vem defendendo a Corte de Contas do Estado de São Paulo que "a contratação de bens e serviços para suprir a sua atividade meio deve ser sempre precedida de licitação e obedecer estritamente aos ditames da Lei nº 8.666/93".[57] Quer dizer, faz o TCE/SP uma distinção entre atividade-meio e atividade-fim. A atividade-fim é aquela voltada para os objetivos institucionais de atuação da fundação, no caso, as atividades de apoio às instituições de ensino ou de saúde relacionadas. Já a atividade-meio é a própria atividade de gestão da entidade, relativa a seus aspectos administrativos de funcionamento. Portanto, para a Tribunal de Contas, em se tratando de uma fundação de apoio, as atividades-fim podem ser contratadas com a observância de seu regulamento interno, o qual não pode entretanto confrontar princípios constitucionais da administração, como a isonomia, a publicidade, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência etc. Por outro lado, as atividades-meio devem ser contratadas mediante licitação pública fundada na Lei nº 8.666/1993.

O mesmo entendimento vale para a contratação de pessoal. Para o TCE/SP, no que toca à necessidade de realização de concursos públicos para a contratação de pessoal, por conta dos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade,

> as admissões de Pessoal para as funções administrativas e burocráticas que se integram a atividade-meio da Fundação devem ser submetidas a regular concurso público. O mesmo rigor não se aplica às contratações de profissional especializado para qualquer área de atividade-fim, mas devem estar pautadas em regulamentos próprios de Pessoal que suportem tais admissões.[58]

De todo modo, uma crítica deve ser aqui tecida. Embora o sistema das fundações de apoio pareça ser o que mais se aproxima do ideal no âmbito da Corte de Contas Paulista para o controle dos serviços sociais autônomos, a divisão feita entre atividade-fim e atividade-meio para demarcar a obrigatoriedade de observar a Lei nº 8.666/1993 e realizar concursos públicos se mostra absolutamente ilógica, totalmente insustentável do ponto de vista jurídico. Ou bem a análise de compatibilidade dos regulamentos internos de contratação e admissão de pessoal com as pautas de isonomia, impessoalidade,

[57] TC 43370/026/08, Segunda Câmara, relator conselheiro Robson Marinho, DOE de 2-9-2009.
[58] TC 276/006/12, relator conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, DOE de 14-4-2012.

moralidade, publicidade etc. não foi adequadamente executada pela Corte, ou então sentido algum há na demarcação.

Ora, no caso das licitações, é absolutamente claro, verdadeiramente inquestionável a impossibilidade de se exigir o cumprimento estrito da Lei nº 8.666/1993 pelas entidades que não integram o aparato estatal[59].

Nesse sentido, estabelece o parágrafo único de seu artigo 1º que "[s]ubordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios". Claro, pois, parece ser que excluídas estão do âmbito de aplicação da Lei nº 8.666/1993 as entidades não integrantes da administração indireta, como é o caso das fundações de apoio e dos serviços sociais autônomos. Daí que insistir (*contra legem*) em aplicá-la com base em uma divisão de atividades (fim e meio) absolutamente fantasiosa significa negar o fato de que, em qualquer caso, as licitações destes entes devem ser respeitadoras dos ideais de isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade etc.

No caso das admissões de pessoal, a distinção é ainda mais anacrônica. É que a divisão entre atividade-fim e atividade-meio da entidade, além de insipiente, leva à utilização ou não do expediente do concurso público. Ocorre que, conforme nos lembra Hely Lopes Meirelles, "[o]s concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na constituição", o que leva à constatação de que

> [a] Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições

[59] Como anota Marçal Justen Filho, "[r]eputa-se que a origem pública dos recursos não acarreta a submissão da entidade ao regime licitatório. Nem cabe impor o dever de entidades privadas submeterem um regimento de licitações à prévia aprovação do TCU. Não existe qualquer dispositivo legal criando esse dever. Portanto, discorda-se da orientação adotada pelo TCU relativamente a esse tema. (...) No entanto e se tal solução for reputada como a mais correta em face do ordenamento jurídico brasileiro, ter-se-á de generalizar a sua adoção. Isso significará que tidas as entidades cuja manutenção se faça por meio de recursos de natureza pública deverão adotar formalidades idênticas. Assim se passará, por exemplo, com os sindicatos, cuja manutenção se faz por meio de contribuições que apresentam inquestionável natureza tributária. Por igual, toda e qualquer organização não governamental que for beneficiária de recursos oriundos dos cofres públicos deverá não apenas prestar contas dos valores recebidos. Ademais disso, deverá adotar regulamento simplificado de licitações, a ser previamente aprovado pelo TCU" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 34).

> e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público. Não obstante, é ilegal a exclusão ou reprovação com base em critério subjetivo, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos ou a avaliação sigilosa de conduta do candidato, sem motivação.[60]

Assim, se os regulamentos internos de contratação de pessoal das fundações de apoio devem igualmente obedecer critérios de isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade etc. (tal qual os dos serviços sociais autônomos), quer-nos parecer que o critério de atividade-fim e atividade-meio serve apenas para a utilização da nomenclatura "concurso público" para um dos casos. É que, se não há forma preestabelecida para os concursos públicos, sendo sua caracterização pautada pelos mesmos vetores que norteiam os regulamentos simplificados de contratação de pessoal das entidades paraestatais, então a distinção entre um e outro reside apenas na nomenclatura utilizada. Para as funções que se inserem nas atividades-fim, é autorizado utilizar o termo processo seletivo; ao passo que para as funções que se inserem no conceito de atividade-meio, o termo concurso público se mostraria verdadeira condição de legitimidade da admissão.

Enfim, ao que nos parece, essa divisão perpetrada pelo TCE/SP é insustentável e, a toda evidência, ilegal. Primeiro, porque insiste em tratar entes que se inserem na estrutura administrativa estatal e os que dela estão apartados como se fossem a mesma coisa. Em segundo lugar, porque assim procedendo, acaba-se reconhecendo que, mesmo existindo pautas objetivas de legitimidade dos regulamentos de licitações e de contratações de pessoal, elas não são lá muito confiáveis, ao menos não para as atividades-meio. Em terceiro, porque engendra incongruências, como as verificadas no caso das admissões de pessoal, em que a diferença efetiva entre processo seletivo e concurso público reside apenas na nomenclatura. Por fim, em quarto lugar, porque é sabido que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio deixou de ser um itinerário seguro há muito tempo.[61]

Portanto, à exceção da indigitada distinção entre atividade-fim e atividade-meio, todo o sistema de controle das fundações de apoio utilizado

---

[60] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 435 e 436.

[61] Sobre o tema, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a 'indelegabilidade do poder de polícia'. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 71-73, 2000.

pelo TCE/SP poderia ser certamente aplicado ao tema do controle dos serviços sociais autônomos.

4.4 Pautas para o controle dos serviços sociais autônomos

Não obstante tudo que se disse, um controle que se pretende eficiente dos serviços sociais autônomos deve combinar o respeito à autonomia da entidade e, ao mesmo tempo, assegurar que os recursos públicos destinados (direta ou indiretamente) atinjam os objetivos de interesse público endereçados, tudo isso com respeito à legalidade, isonomia, impessoalidade, transparência, moralidade e publicidade.

Por óbvio, não se está aqui fazendo uma ode à principiologia do direito. Não é isso. Apenas acredita-se que já devem se encontrar nos regramentos da própria entidade as pautas para o exercício de uma atividade que é eminentemente privada, mas que é igualmente marcada pelo interesse público, de forma a se mostrar eficiente e alcançadora de seus objetivos institucionais. Portanto, na grande maioria dos casos, o controle incidente deve tão somente verificar e garantir o efetivo cumprimento de seus regramentos internos. Ou seja, proceder a um controle de fim, de atingimento de finalidades e observância de regras de conduta macro, não de meio, de peculiaridades, de formalidades, como é feito tradicionalmente com os órgãos de direito público integrantes do aparato estatal.

Afinal, se diferenças há na estrutura jurídica dos entes estatais em relação aos serviços sociais autônomos, deve também haver consequências nos mecanismos de controle incidentes. Em outras palavras, de pouco préstimo nos parece ser controlar o cumprimento estrito da Lei nº 8.666/1993 por entes que não integram o aparato estatal (e que nem mesmo integram o rol de obrigados a observá-la, nos termos do parágrafo único de seu artigo 1º) e deixar de observar se o processo de contratação utilizado é efetivamente isonômico e respeitador das pautas públicas obrigatórias de quem manuseia dinheiro público.

Enfim, de nossa parte, um controle de meios e formalidades para os serviços sociais autônomos, além de contrário à lei e à lógica, seria infrutífero e atentatório à eficiência destas entidades.

5. Conclusão

Os serviços sociais autônomos no direito brasileiro, como entes paraestatais traduzidos em pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da estrutura administrativa, mas objeto de fomento estatal, além de legítimos, possuem notável respaldo constitucional. Possuem, em verdade, relevante papel institucional a ser cumprido no que toca ao atingimento de finalidades de interesse público não exclusivas do Estado, do que denota a própria tradição destes entes na realização de diversas atividades de inegável importância. Nesse sentido, a relação que devem estabelecer com o poder público é de colaboração sem hierarquia, o que torna essencial sua formalização por meio de convênios ou contratos de colaboração.

E justamente por conta disso é que se afirma que o controle a cargo das Cortes de Contas deve ser finalístico em relação aos serviços sociais autônomos, ou seja, focar na garantia de cumprimento de suas finalidades institucionais e na adequada utilização dos recursos públicos repassados, respeitados seus regramentos internos (vetor de autonomia), que devem ser norteados pelos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Em suma, a sistemática que rege os serviços sociais autônomos torna imprescindível que a eles se dê tratamento distinto do dos órgãos integrantes do aparato estatal. Equiparar ambas as categorias, como denunciava Diogo de Figueiredo Moreira Neto, além de estimular a ineficiência, chega a ser até mesmo impatriótico.[62] Se não integram a estrutura administrativa do Estado, não se sujeitam igualmente a instrumentos hierárquicos, tornando fundamental reconhecer sua autonomia e seu regime jurídico privado. Justamente essa a mensagem que se pretendeu passar com o presente texto.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II.

[62] Moreira Neto, Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, op. cit., p. 93 e 94.

BORGES, Alice Gonzalez. Serviços sociais autônomos — natureza jurídica. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 139-153, 2010.

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

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUÉLLAR, Leila. Os novos serviços sociais autônomos, exame de um caso. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 73-109, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

____. *Parcerias na administração pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

____. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 227-244.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho constitucional*. Madri: Editorial Tecnos, 1973.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1988. v. I.

GOMES, Orlando. Pessoas Jurídicas de direito público e de direito privado — autarquias — Senac e Sesc. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 384-391, jan./mar. 1950.

GRAU, Eros Roberto. Sindicalização de servidores de entidades paraestatais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 52-58, mar./abr. 1974.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As parcerias na administração pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. volume I, p. 438-508.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Convênios entre Estado e iniciativa privada para implantação de polos industriais. *Revista Trimestral de Direito Público — RTDP*, São Paulo, v. 48, p. 175-194, 2004.

____. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 195-226.

____. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a 'indelegabilidade do poder de polícia'. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 71-73, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 126, p. 63-132, set./dez. 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

____. A licitação nas entidades paraestatais. In: ____. *Estudos de direito público III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 12-21.

MESSINA, José de Oliveira. Fiscalização de entidades paraestatais pelo Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 90-107, jan./mar. 1972.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

____. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 79-94, jan./mar. 1997.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas. *Manual básico de orientação às fundações estaduais*. São Paulo, 2007. Disponível em: <www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/2007_fundacoes-estaduais.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 273-297, jul./set. 2001.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Outras entidades públicas" e os serviços sociais autônomos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 137-153, jan./mar. 2006.