

# NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

*1. Introdução. O tema e o método. 2. A administração pública e suas classificações. 3. A paraestatalidade. 4. A taxinomia dos serviços sociais autônomos. 5. Interferências estatais sobre os serviços sociais autônomos. 5.1. Interferências constitucionalmente fundadas sobre os serviços sociais autônomos. 5.2. Interferências sem fundamento constitucional sobre os serviços sociais autônomos.*

## *1. Introdução. O tema e o método*

Os serviços sociais autônomos são uma criação do modelo de Estado do Bem-Estado Social brasileiro vigente na década de quarenta, ao final da Segunda Guerra Mundial. Seu estudo não pode ser conduzido exclusivamente pelo método dogmático, necessitando da perspectiva exegética atualizadora que decorre da própria variação histórica do conceito de Estado, de suas atribuições e de suas relações com a sociedade.

Essa conceituação experimentou um formidável dinamismo nos últimos duzentos anos, sem precedentes na História: um período que principiou com duas *Revoluções políticas de ponderável sentido jurídico*, pois marcaram o surgimento do Direito Público moderno, com a Revolução Americana, que originou o Direito Constitucional, com a Revolução Francesa, que iniciou o Direito Administrativo, e culminou com *duas Revoluções econômicas de denso sentido juspolítico*, a Revolução Industrial, no século dezanove, e a Revolução das Comunicações, no século vinte.

Sob o impacto dessas revoluções históricas, em apenas algumas gerações desapareceu o Estado Absolutista, surgiu o Estado de Direito e desenvolveram-se o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Socialista. Em nossos dias, essas duas formas entraram em decadência em meio a crises políticas, econômicas e sociais de inédita magnitude mormente por lhes faltar o suporte legitimatório que presumidamente existia na era das grandes conflagrações e das grandes ideologias.

Essa aceleração dos processos histórico-culturais, notadamente depois da globalização das comunicações eletrônicas, teve um profundo impacto nas gerações que ascenderam à direção política dos Estados neste último quartel do século vinte, chamadas a produzir uma nova conformação juspolítica para países que “vivem épocas de câmbio profundo, nos aspectos políticos, ao papel que desempenha o Estado na sociedade do final do século vinte, de seu redimensionamento, da redefinição de prioridades e aspectos importantes da vida social, de formação de novos sistemas de Estados, de presença de interesses e forças reais de poder em nível nacional e internacional (empresas multinacionais ou transnacionais). A essa mudança política, física, geográfica e econômica correspondem também mutações constitucionais”, observa agudamente o publicista mexicano MIGUEL ACOSTA ROMERO<sup>1</sup>, mostrando que apenas nesta última década, quinze novos países ter-se-ão constitucionalizado, além das reformas feitas, em andamento e previstas na França, na Argentina, no Peru, na Venezuela, no Paraguai, no Canadá, na Rússia, no Vietnã, na Bósnia-Herzegovina, nos Estados Unidos da América, nas Repúblicas surgidas como Estados independentes criados com a desarticulação da antiga federação da Iugoslávia e no Brasil<sup>2</sup>.

O Direito Público reflete intensamente, mais em suas tendências que em sua própria formulação positiva, essas mutações que, no Brasil, levaram “a curva ascendente da expansão da ação direta do Estado na atividade econômica e social a seu ápice no início da década de 80”<sup>3</sup> e, hoje, ao momento anticlimático “da expressiva valorização da iniciativa privada em áreas peculiares à iniciativa estatal”<sup>4</sup> no qual, “na extensa gama de suas promessas, a Constituição de 1988 caminha — tal como ocorreu com a Constituição de 1976 — a uma reavaliação de seus endereços programáticos e de sua efetiva funcionalidade, tanto pelo saneamento de suas próprias contradições como ainda para a recepção da experiência internacional”<sup>5</sup>.

Essa revalorização da legitimidade e da iniciativa privada vem devolvendo à sociedade uma posição ativa e construtiva em face ao Estado, notadamente pelo desenvolvimento de miríades de *entidades intermédias*, fenômeno bem característico deste fim de século, que multiplica e descentraliza os pólos de poder, renunciando o surgimento e o crescimento de uma *policracia*.

Assim é que a *paraestatalidade*, que havia sido desenvolvida no Estado do Bem-Estar Social para ampliar o alcance do Poder Estatal sobre atividades econômicas e sociais próprias da sociedade, não pode ser mais entendida e interpretada na atualidade não mais à luz do direito positivo então vigente e, o que é mais grave, sob os pressupostos juspolíticos então dominantes, mas em harmonia com a ordem jurídica atual e sob a égide dos valores hoje prevaletentes.

1 MIGUEL ACOSTA ROMERO, *Las Mutaciones de los Estados en la Última Década del Siglo XX*, Ed. Porrúa, México, DF, 1993, p. 1.

2 MIGUEL ACOSTA ROMERO, *op. cit.*, p. 2.

3 CAIO TÁCITO, *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro*, in *Revista Forense*, V. 334, p. 14.

4 CAIO TÁCITO, *op. cit.*, p. 16.

5 CAIO TÁCITO, *op. cit.*, ps. 17 e 18.

Assim é que sob o influxo da doutrina dos corpos intermédios, a paraestatalidade se renova e se adapta ao contexto positivo e doutrinário atual, valorizando-lhe a autonomia face ao Estado para prosseguir suas finalidades específicas sem “as vedações, as limitações, os vínculos derivados do ordenamento positivo” e “de dar-se o próprio ordenamento, a própria organização, e de agir, assim, de acordo com a finalidade perseguida, com independência das ingerências e interferências dos poderes estatais, isso e, autonomamente”<sup>6</sup>.

Todas essas tendências: a maior consciência da legitimidade, o primado da iniciativa privada e o desenvolvimento dos corpos intermédios, levam a um repensar das atividades estatais que vêm produzindo um extraordinário movimento de valorização da *consensualidade* em muitas relações em que só se admitia a *imperatividade*, ate mesmo por *falta* de alternativas.

A *consensualidade* se revela na atividade legislativa pela *regulática*, que prestigia as fontes de direito não estatais; na atividade jurisdicional, pela *parajudicialidade*, que revigora as soluções de composição de conflitos não estatais; e na atividade administrativa, pela *administração pública consensual*, que dá novo ímpeto aos institutos de cooperação, por serem mais eficientes, em grande número de hipóteses, que os institutos de subordinação típicos da tradicional ação imperativa do Estado.

Proliferam, por isso, no novo quadro da Administração Pública contemporânea, os institutos consensuais, como as concessões, as permissões, as autorizações, os convênios, os acordos de programas e outros em que o Estado tem encontrado maior eficiência finalística valendo-se de entidades privadas.

Por derradeiro, à guisa de moldura dessa introdução ao exame da natureza jurídica dos serviços sociais autônomos à luz da atual ordem jurídica brasileira, não se pode deixar de considerar a imensa perplexidade gerada pela própria dimensão e complexidade da plethora legislativa vigente no País.

Por todas essas razões é que se faz mister, como imperiosa orientação para o aplicador do direito, aliar a *dogmática* rigorosa, tal como deve ser praticada segundo a tradição jurídica ocidental, à *exegese* flexível, que a vivificará no contexto jus-histórico da aplicação.

Em outras palavras: para a *definição* da norma aplicável não se pode prescindir do arsenal conceptual e classificatório da doutrina, ainda que pareça, à primeira vista, inadequado; nesta fase é necessário buscar a norma *eficaz*. Isso feito, para a interpretação da norma aplicável deve-se dar prevalência à sua finalidade, tal como se a percebe no momento de sua aplicação, nesta fase é necessário tornar a norma *efetiva*.

Esses cuidados metodológicos são cada vez mais importantes no direito contemporâneo e, sem dúvida, devem ser tomados para a compreensão do fenômeno da *paraestatalidade* (tanto quanto o das *entidades intermédias*) nas atuais circunstâncias, e não mais como se apresentava e era concebida na época em que surgiu.

6 Egidio Tosato, *Persona, Società Intermedie e Stato*, Ed. Dott. A Giuffrè, Milão, 1989, p. 140.

## 2. A administração pública e suas classificações

Com o surgimento dos mega-Estados, que se desenvolveram no correr do século dezenove e viram seu fastígio neste século, a Administração Pública se hipertrofiou a tal ponto que para manter um mínimo de funcionalidade tornou-se necessário *descentralizar* de vários modos a sua atuação.

Esquemáticamente podem-se distinguir diversos tipos de descentralização, segundo os critérios adotados.

Com pequena variação, tem-se mostrado didaticamente útil a seguinte classificação<sup>7</sup>:

Descentralização	{	Territorial (vertical)	{	política administrativa judicial
		Funcional (horizontal)	—	autárquica
		Hierárquica	—	desconcentração
		Por delegação	{	legal contratual unilateral
		Social	{	outorga reconhecimento

A adoção dessas variadas modalidades de descentralização produziu, historicamente, uma cópia de *pessoas administrativas*, ou seja, sujeitos ativos das relações jurídicas administrativas, algumas na estrutura do Estado e outras fora. Tão diversificados foram esses desdobramentos que um consagrado administrativista espanhol da última geração, referiu-se a uma “*verdadeira galáxia de administração pública personificadas*”, acrescentando “que ditas personificações não respondem, todas elas, a um tipo unitário: são, antes, sumamente díspares entre si, respondendo a uma multiplicidade de tipos”<sup>8</sup>.

Por esse motivo, embora sendo importantes, todas as classificações geram problemas, embora duas possam parecer relativamente nítidas, como a que se funda no critério territorial (entes territoriais e entes não territoriais) e a que se baseia no critério da natureza da personalidade jurídica da entidade (entes públicos e entes privados)<sup>9</sup>.

7 V. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1996, 11ª ed., p. 91.

8 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Arece, SA, Madri, 1994, p. 332. (grifo do autor).

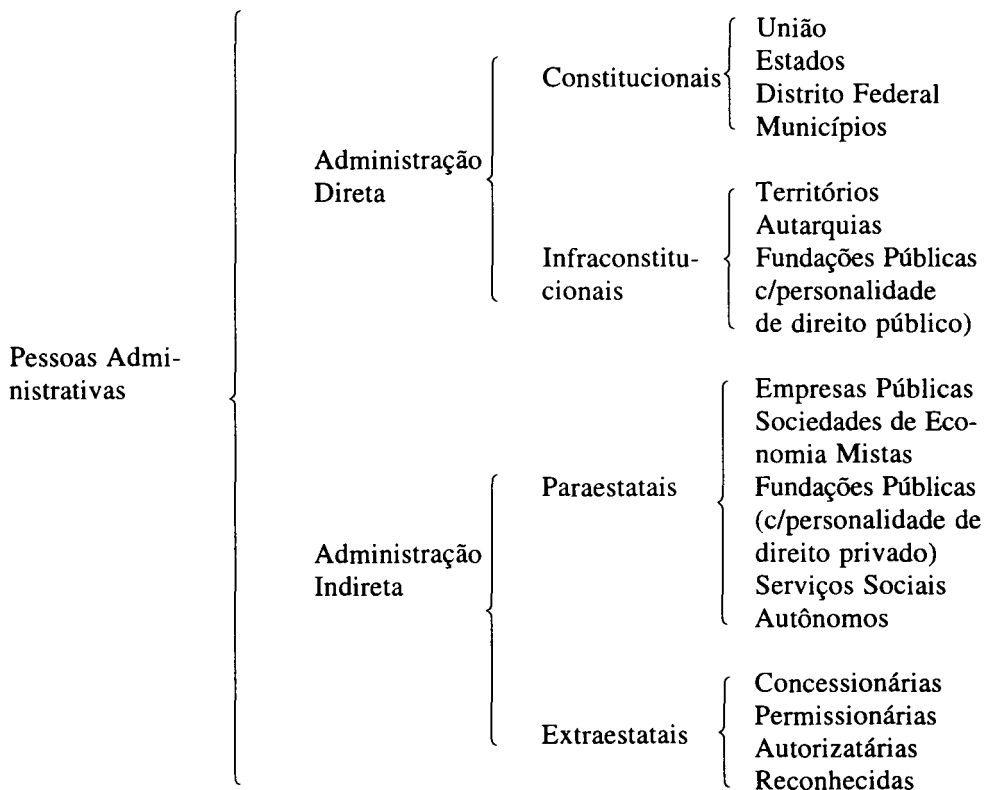
9 *Idem. ibidem*, ps. 333 e 334.

Além disso, em geral as conformações tipológicas positivas dos diversos países nem sempre se acomodam às exigências das classificações desenvolvidas pela doutrina, daí a necessidade de advertir-se o profissional do direito para reconhecer a distinção que deve ser feita, de um lado, das classificações científicas e, de outro, das classificações positivas, como o fazem JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PAS-TOR<sup>10</sup> e, entre nós, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR<sup>11</sup>.

Ora, todas as *peçoas administrativas*, por definição, são aquelas que desempenham, ainda em que mínima parte, um poder estatal, sendo esse seu caráter distintivo *par excellence*. A partir desse critério podem-se distinguir as pessoas que estão dotadas de *poder estatal originário*, que o exercem por direito próprio, e as pessoas dotadas de *poder estatal derivado*, que o exercem por delegação.

Essa dicotomia, de simples compreensão, permite, em Direito Administrativo, distinguir as *peçoas da Administração Direta das peçoas da Administração Indireta*.

Em suma, segundo esse critério, insista-se de elementar clareza articula-se em doutrina um quadro compreensivo como se segue<sup>12</sup>.



<sup>10</sup> *Idem, ibidem*, ps. 332 e ss.

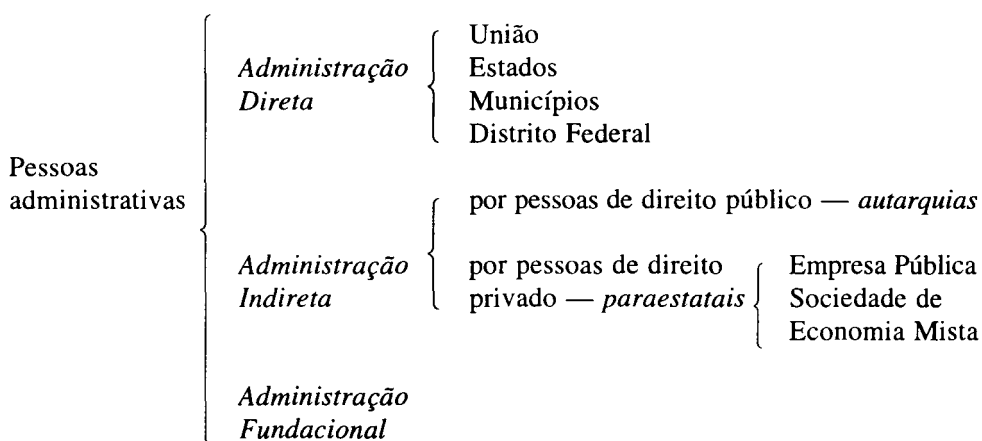
<sup>11</sup> JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Administração Pública Indireta Brasileira*, Ed. Forense, Rio, 1990, p. 25.

<sup>12</sup> V., aproximadamente, o quadro oferecido no *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 200.

Não obstante a simplicidade dessa classificação, em que se considera “a natureza das coisas, diremos, de modo científico”<sup>13</sup>, logo se observa que ela não corresponde à positividade adotada no direito brasileiro, que desde o primeiro esforço, realizado com a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, até os dias de hoje, foi mal aceita e mal compreendida.

Com efeito, entre outros problemas, em dois momentos a solução tecnocrática se divorciou da boa doutrina: primeiro, ao deslocar as autarquias da Administração Direta, onde deveriam estar, por serem desdobramento *estatais*, e não *paraestatais* e, muito menos, *extraestatais*, pois atuam com poder estatal originário, por direito próprio; e, depois, ao agravar o equívoco, constitucionalizando-o no artigo 37 da Carta Política de 1988, e incluindo uma categoria nova, a “administração fundacional”, como se fora um terceiro gênero, ao lado da administração direta e da indireta.

Com isso, assim se desenha o quadro das pessoas administrativas no atual direito positivo brasileiro:



Como se observa, coexistem dois conceitos jurídicos e duas classificações para a Administração Direta e a Indireta: o *científico*, que se funda no critério do poder, e o *positivo*, que é o adotado pela Constituição.

Despiciendo frisar-se a inconveniência dessa cristalização “doutrinária” numa Carta Política, como, de resto, de tantos outros temas que nela se encontram constitucionalizados. Além de atribuir-lhes uma dispensável e, por vezes, incômoda rigidez, escancaram-se as portas do Supremo Tribunal Federal para a discussão de um sem-número de questões supérfluas ou de somenos importância.

Impende observar que essa classificação, de uso generalizado e, por isso, estabilizada, da Administração Pública em *Direta e Indireta*, tampouco e cientificamente a melhor. Disso se apercebeu HELY LOPES MEIRELLES, que sempre sustentou a superioridade da distinção entre *Centralizada e Descentralizada*; se se a adotasse,

13 J. CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 24.

as autarquias, por exemplo, ficariam inequívoca e corretamente grupadas com as demais pessoas de direito público, constitucionais e infraconstitucionais. Rendeu-se, não obstante, o Mestre, à praticidade “no interesse de evitar confusões no espírito do leitor”, adotando a classificação positiva introduzida pelo Decreto-lei nº 200/67, embora, ainda hoje, em sede doutrinária, convenha continuar-se repisando, como ele o fazia, que a autarquia não pode ser, a rigor, incluída na Administração Indireta<sup>14</sup>.

Do mesmo modo, e cientificamente mais correto reconhecer-se que a Administração Indireta, por ser modalidade pela qual o Estado se vale de pessoas de direito privado, às quais *delega* serviços, deveria incluir *todos os tipos de colaboradores por delegação*: não só as paraestatais como os concessionários, permissionários e autoritários de execução de serviços públicos, como tenho defendido na abalizada companhia de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que nelas identifica “administração indireta, materialmente, pelo conteúdo, pela atividade prestada”, embora não o seja “sob o aspecto formal, já que a lei não a classifica como tal”<sup>15</sup>. Em meu Curso, de minha parte, tenho sustentado essa posição doutrinária desde 1970<sup>16</sup>.

Mas essas e outras classificações científicas, por mais rigorosas que possam ser ou a despeito da maior clareza que possam proporcionar, embora devam continuar a ser cultivadas, devem coexistir com aquelas adotadas pelo direito positivo, como e tipicamente o caso do direito brasileiro, no qual *Administração Indireta* significa a “gestão de serviços públicos por qualquer tipo de entidade, pública ou privada, desde que diversas da pessoa jurídica política, de existência necessária”, como observa JOSÉ CRETELLA JÚNIOR<sup>17</sup>.

Recorde-se, por derradeiro, que a classificação positiva foi alçada ao nível constitucional, encontrando-se o rol das entidades que a compõem no artigo 37, *caput*, da Carta Política de 1988, que se complementa pelos incisos XIX e XX do mesmo dispositivo, que aludem às entidades públicas e privadas em espécie: autarquias, empresas públicas, sociedades da economia mista, fundações públicas e suas respectivas subsidiárias, não importa que forma ou regime tenham.

### 3. A paraestatalidade

Entre as pessoas administrativas, possivelmente são as *paraestatais* as mais polêmicas quanto à sua conceituação e classificação.

Esse vocábulo híbrido, *paraestatal*, aglutina dois elementos: um, grego, a partícula *pará* (παρά), que significa *ao lado de*, e o adjetivo *estatal*, derivado do nome latino *status*, tomado na sua acepção renascentista de *Estado* enquanto instituição<sup>18</sup>.

14 V. *Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, 14ª ed., p. 629, nota 1.

15 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Administração Indireta Brasileira*, Ed. Forense, Rio, 1980, citações retiradas da 3ª ed., de 1990, p. 22.

16 Hoje, na 11ª edição, de 1996, a p. 191.

17 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Administração Indireta Brasileira*, *op. cit.*, p. 23.

18 Cf., a respeito, J. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1970, Vol. III, p. 13.

O neologismo, relativamente recente, foi forjado na Itália para designar certos tipos de entidades corporativas, como os sindicatos, aparecendo pela primeira vez nos artigos 1º e 18, do Decreto-lei nº 1.825, de 13 de novembro de 1924, do governo fascista.

Mas desde sua origem essa designação tem sido polêmica, nunca se tendo definido pacificamente o tipo de entidades que congrega, daí ter sido relegada por uma parte da doutrina jusadministrativista, até em seu próprio país de origem, a tal ponto que RANELLETTI, em 1939, a considerou despida de valor jurídico<sup>19</sup>. Ainda hoje esse *desaire* tem eco, mesmo na doutrina italiana contemporânea como se pode verificar em obra das mais acatadas e atuais, como a de LUIGI GALATERIA e MASSIMO STIPO<sup>20</sup>, mesmo depois de ter sido revigorada na chamada *lei do paraestado* (Lei nº 70, de 20 de março de 1975 — *Legge sul paraestato*), que na Exposição de Motivos ao Senado, que a precedeu, assim escusava de não conceituar, afinal, o que seria o *paraestato*:

“Considerou-se oportuno evitar qualquer definição legislativa dos entes classificáveis no *paraestato*, seja pela escassa utilidade de tal definição, seja pela complexidade da qualificação da publicidade dos entes, que embora constituindo cerca do início do século um traço administrativo da organização administrativa italiana, dividiu de toda maneira, a doutrina e criou incerteza na jurisprudência, pela extrema flexibilidade e contínua evolução da teoria das pessoas jurídicas públicas, no transformar-se do direito positivo<sup>21</sup>.

Não obstante e por outro lado, nesse mesmo País, se encontra também fartamente desenvolvida uma bibliografia clássica sobre o tema, que se inicia com o artigo de MAURO, em 1928<sup>22</sup>, e se segue com GIROLI (1929), FORTI (1934), CAMAROSANO (1935), D’ALESSIO (1949), VITTA (1949), ZANOBINI (1950), RUFFIA (1972) e, nos dias de hoje, VIRGA (1993).

Destacadamente, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, em seu conhecido Direito Constitucional, refere-se à expressão *paraestatal*, abrangendo oito tipos de entes não territoriais, aparentemente *associações e fundações*, mesmo aquelas despidas de caráter associativo e controladas pelo Estado<sup>23</sup>.

Do mesmo modo, porém com maior profundidade, o renomado PIETRO VIRGA, em seu recente *Direito Administrativo*, assim conceitua:

“Entes paraestatais são aqueles que operam numa relação de serviço com o Estado, de modo que este último possa manobrá-los, dirigi-los e controlá-los, determinando-lhes a conduta e estabelecendo as diretrizes das ações que eles devam desenvolver”<sup>24</sup>.

19 Apud J. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado*, op. cit., p. 13.

20 LUIGI GALATERIA e MASSIMO STIPO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, UTET, Turim, 1993, p. 129.

21 Op. cit., p. 128, n/tradução.

22 *Sul concepto di ente paraestatale*, 1928.

23 PAOLO BISCARETTI DA RUFFIA, *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*, trad. portuguesa da 2ª ed., de 1972, R. dos Tribunais, S. Paulo, 1984.

24 PIETRO VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milão, 1993, p. 11, n/tradução.



O Brasil, como não poderia deixar de ocorrer, herdou toda essa perplexidade peninsular e acrescentou as suas, pelo menos até a década de sessenta, quando surgiu a singular e vitoriosa contribuição de HELY LOPES MEIRELLES. Até então, poucos autores se referiram à *paraestatal* e, aqueles que a mencionavam, evitavam também conceituá-la. É o caso de F. H. MENDES DE ALMEIDA, que escrevendo seu *Curso* em 1956, limitava a apontá-la como uma “entidade semelhante ao Estado”<sup>25</sup> ou de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que até mesmo na oitava edição de seu *Curso*, embora tratando dos serviços executados por cooperação por “entidades que escapam à estrutura geral dos órgãos administrativos”, não lhe faz qualquer menção direta<sup>26</sup>.

Deve-se a HELY LOPES MEIRELLES a concepção clara hoje prevalecente no direito administrativo brasileiro, emitida em 1966, praticamente idêntica à que reteria depois da entrada em vigor da atual Constituição Federal.

Assim, em 1966: “*Entidades paraestatais* são pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas por lei, com patrimônio próprio e competência específica para o desempenho de certas funções delegadas de interesse coletivo”<sup>27</sup>, e, depois, em 1989: “*Entidades paraestatais* são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”<sup>28</sup>.

A precisão alcançada difundiu o registro à paraestatalidade no direito brasileiro, embora, ainda assim, nem sempre os administrativistas que se sucederam estivessem acordes quanto ao conceito. Assim é que, exemplificando, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, em 1969, considerava o ente paraestatal como “pessoa jurídica de direito privado” quando “na regência de interesse coletivo” para “realizar cometimentos paralelos ao Estado”, embora objetando o fato de HELY “incluir, no mesmo conceito genérico, seres de natureza as mais dispare: sociedades e fundações privadas criadas pelo Estado e sociedades e fundações criadas pelos particulares”<sup>29</sup>.

No início da década de setenta, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR indicava como a melhor doutrina a que “sustenta que são *paraestatais as autarquias* que conservam fortes laços de dependência burocrática” e, por esse motivo, via o magistério de HELY “contrariando a mais segura doutrina italiana” ao sustentar o conceito acima transcrito, tal como aparecera na 2ª edição do *Direito Administrativo Brasileiro*.<sup>30</sup>

25 FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *Moções de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1956, p. 57.

26 THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Freitas Bastos, Rio, 1967, p. 337 e ss.

27 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. R. dos Tribunais, S. Paulo, 2ª ed., 1966, p. 295.

28 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. R. dos Tribunais, S. Paulo, 14ª ed., p. 310.

29 OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1969, Vol. II, ps. 266 e 267.

30 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1970, Vol. II, ps. 14 e 15.

No mesmo ano, em meu próprio Curso de Direito Administrativo, que vinha então a lume em 1ª edição, fiz incluir as paraestatais entre as pessoas administrativas, encarregadas da execução das atividades administrativas cometidas ao Estado, distinguindo, para tanto, a *delegação legal*, que decorre da lei e caracteriza todas as paraestatais, das *delegações contratuais e unilaterais*, que são distintas, respectivamente, das concessionárias e, na época, as permissionárias e autorizatórias<sup>31</sup>.

As sistematizações mais modernas, da atual década, têm dado tratamento específico às paraestatais, embora existam autores, como MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que ainda critiquem sua “imprecisão conceitual” e, por isso, preferam não empregar a expressão<sup>32</sup>.

Por outro lado, autores de não menor envergadura científica, como SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA ampliam o rol das entidades do que denomina de *paradministração* nele incluindo uma grande variedade de pessoas administrativas que formam a categoria “integradas pelos entes de cooperação ou cooperadores da administração pública que surgem como produto do mencionado processo descentralizador”<sup>33</sup>.

Para encerrar esses exemplos, com obras publicadas neste ano, de 1996, ODETE MEDAUAR prefere afastar explicitamente o termo *paraestatais* por não encontrá-lo no direito positivo<sup>34</sup>, mas eu próprio, na 11ª edição do meu *Curso*, mantenho a categorização, proposta por HELY LOPES MEIRELLES, por considerá-la não só satisfatória como por entendê-la sedimentada na doutrina e na jurisprudência do direito administrativo brasileiro e, destarte, contribuindo para uma progressiva univocidade dogmática, continuando a tratar as *paraestatais* em item específico (nº 16) e a conceituá-las como “*pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, que desempenham, por delegação legal, atribuições de índole executiva no campo das atividades sociais e econômicas do Estado*”, classificando-as, ainda, como *originárias*, quando o vínculo que as liga ao Estado é contemporâneo à sua criação, e *derivadas*, quando a delegação é atribuída a uma entidade já existente<sup>35</sup>.

#### 4. A taxinomia dos serviços sociais autônomos

Os *serviços sociais autônomos*, embora espécie do gênero paraestatal, tanto quanto os concessionários, os permissionários e os autorizatórios de execução de serviços públicos, são pessoas jurídicas de direito privado, categorizadas como *entes*

31 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Borsoi, Rio, 1970, 1ª ed., ps. 103 a 105.

32 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1990, ps. 262 a 264.

33 SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, 3º Volume Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio, 1991, p. 45 e ss, grifos do autor na citação.

34 ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, Ed. R. dos Tribunais, S. Paulo, 1996, p. 77.

35 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, 11ª ed., 1996, p. 191.

*de colaboração*, que atuam por delegação do Poder Público em setores específicos da administração pública e não se encontram constitucionalmente incluídos na Administração Indireta.

Todos têm em comum a característica de terem sido *constituídos e não instituídos*, como lucidamente destaca SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA<sup>36</sup>, existindo, portanto, todos eles, sob a cobertura constitucional do artigo 5º, XVII, CF, que veda a interferência estatal em seu funcionamento exceto, evidentemente, aquela que a própria Constituição haja adotado excepcionalmente para controlar e fiscalizar-lhes a atuação administrativa pública.

Essa observação axiomática instrui e orienta toda e qualquer interpretação juspublicista que se adote quanto às atividades que lhes foram delegadas pelo Estado, bem como quanto ao vínculo que com ele mantêm.

Se se concentrar a referência especificamente aos serviços sociais autônomos, tem sido sempre ressaltada a circunstância de, embora oficializadas pelo Estado, *não integrarem nem a Administração Direta nem a Indireta*, mesmo empregando recursos públicos provenientes de contribuições parafiscais<sup>37</sup>.

Há, portanto, outra distinção a ser sublinhada, entre as *paraestatais integrantes da Administração Indireta* — as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (com personalidade jurídica de direito privado) — e as *paraestatais não integrantes da Administração Indireta* — os serviços sociais autônomos.

Estabelecido isso, diversas implicações defluentes devem ser identificadas no mundo do direito: quanto à *natureza jurídica*, quanto à *atuação*, quanto à *justificação* do instituto, quanto à *constituição* da personalidade jurídica e quanto às *interferências constitucionais* do Estado em sua atuação.

### *Natureza Jurídica*

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pelo Estado para o desempenho de atividades delegadas de interesse público ou social, sob o princípio da descentralização por cooperação.

### *Atuação*

Os serviços sociais autônomos para atuarem como entidades de cooperação recebem uma delegação legal da entidade política matriz. Como se sabe, a delegação de execução de serviço público pode ser feita pela lei, pelo contrato administrativo, pelo ato administrativo complexo ou pelo ato administrativo, desde que a atividade

<sup>36</sup> SÉRGIO DE ANDRÉIA FERREIRA, *op. cit.*, p. 48.

<sup>37</sup> Neste sentido, HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.* 14ª ed., p. 335) e ODETE MEDAUAR (*Direito Administrativo Moderno*, *op. cit.*, p. 108).

não deva ser necessariamente executada pelo Estado. Esse vínculo de delegação é que motiva o controle finalístico da entidade privada delegatária<sup>38</sup>.

### *Justificação*

Os serviços sociais autônomos já tiveram sua justificação fundada no dever assistencial genérico do Estado. Hoje, mais do que uma atividade meramente assistencial, eles se justificam como atividades de *fomento público* em que o Estado intenta promover e desenvolver uma plena aptidão, técnica, física ou mental do homem para progredir no trabalho. A utilização da própria criatividade da sociedade civil, potencializada pelos recursos públicos impositivamente recolhidos está perfeitamente enquadrada na colaboração que, cada vez mais, o Estado vai buscar nesse grupo em expansão das *entidades intermédias*. Esses entes, por seu turno, se justificam pelo *princípio da subsidiariedade*, já reconhecidamente um *princípio de direito*<sup>39</sup>

Atendem, dest'arte, os serviços sociais autônomos, a esse revigorado princípio que estabelece que as sociedades maiores não devem intervir nas menores e essas sobre os indivíduos, naquilo e quando eles possam realizar por si próprios e por seus próprios meios, o que implica no reconhecimento de “relações entre indivíduos em termos de poder e de dever”<sup>40</sup> e numa afirmação taxativa em relação à natureza dos entes sociais como *supletivos dos indivíduos e não do Estado*, pois a cadeia de subsidiariedade, ou de auxílio, segue uma ordem ascendente de complexidade (e, por certo, de distanciamento): indivíduo — entes sociais de todo o gênero — Estado.

### *Constituição*

A criação dos serviços sociais autônomos resulta de um ato de vontade do Poder Público mas só se concretiza no mundo jurídico nas mesmas condições e sob os mesmos requisitos formais das sociedades civis, gênero a que pertencem, ou seja, com o *registro* de seus atos constitutivos (bem como das posteriores alterações) no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competente.

### *Interferências Constitucionais*

Como os serviços sociais autônomos, por serem associações civis, gozam das garantias do artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal, só serão admitidas as inter-

<sup>38</sup> O SEBRAE tem sua delegação legal expressa no art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.

<sup>39</sup> V. de EGIDIO TOSATO, *Persona, Società Intermedie e Stato*, Ed. Giuffrè, Milão, 1989, p. 88.

<sup>40</sup> EGIDIO TOSATO, *op. cit.*, p. 88.

ferências estatais previstas constitucionalmente como necessárias para a garantia da prossecução de suas respectivas finalidades sociais.

Há, portanto, *condicionamentos constitucionais* a serem observados, não podendo ser criados nem ampliados por leis infraconstitucionais, já que o legislador constitucional as estabeleceu em *numerus clausus*, conforme adiante se examina.

## 5. Interferências estatais sobre os serviços sociais autônomos

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 violam o preceito do referido 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.

São portanto, nítida e verdadeiramente, quatro ordens de *interferências constitucionais* as previstas no artigo 70, parágrafo único, c/c artigo 71, II, CF, controle *a posteriori* de contas; no artigo 37, § 4º, CF, responsabilidade dos dirigentes; no artigo 5º, LXIX, CF, controle pelo mandado de segurança contra atos de seus agentes; e no artigo 37, § 6º, CF, responsabilidade patrimonial objetiva da entidade.

A essas, por motivos didáticos, devem ser acrescidas para estudo as *interferências inconstitucionais* que a praxe ainda tem insistido em manter não só por inércia como em resultado de uma errônea leitura da Constituição, distorcida por uma perspectiva ultrapassada, quando não viciada, da missão do Estado contemporâneo, São elas: a obrigatoriedade de ter orçamentos aprovados, o que vem a ser um controle *prévio* de finalidade, inadequadamente estribado no artigo 165, § 5º, CF, e a sujeição às normas gerais sobre licitações e contratações para a administração pública, previstas nos artigos 22, XXVII, e no 37, da Constituição de 1988.

### 5.1. Interferências constitucionalmente fundadas sobre os serviços sociais autônomos

Seguem-se as modalidades de interferência indiscutidamente válidas, com suas respectivas peculiaridades e fundamentos.

#### *Controle de contas*

Os serviços sociais autônomos recebem, em repasse, contribuições arrecadadas compulsoriamente das empresas, conforme se contempla no artigo 240 da Constituição.

A administração desses dinheiros públicos determina o controle de contas previsto no artigo 70, parágrafo único, combinado com 71, II, da Constituição, valendo

observar que o julgamento das contas dos administradores está estendido, expressamente, às “sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal”; desconsiderada aqui a impropriedade técnica da voz “instituídas”, pois o correto deveria ser “constituídas”, o dispositivo é indiscutivelmente vinculatório para os serviços sociais autônomos.

### *Responsabilidades dos dirigentes*

A gestão de dinheiros *públicos* na administração de interesses *públicos* delegados, acarreta para os dirigentes dos serviços sociais autônomos responsabilidades acrescidas às de quaisquer gestores de bens e de interesses alheios. Se praticarem atos de improbidade administrativa serão passíveis de suspensão de direitos políticos, de perda da função pública, de indisponibilidade de bens e de ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, § 4º, da Constituição).

### *Sujeição a mandado de segurança*

Qualquer ato dos agentes dos serviços sociais autônomos no exercício de atribuições delegadas do poder público sujeita-o à correção por mandado de segurança, quando praticado ilegalmente ou com abuso de poder (artigo 5º, LXIX, CF).

### *Responsabilidade patrimonial objetiva*

Os serviços sociais autônomos, como pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, conforme preceitua o artigo 37, § 6º, da Constituição.

Deve-se ter em vista que essa interferência não decorre de inclusão na administração indireta, que não existe, mas da menção expressa, no aludido dispositivo, a “pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos”, gênero que não só inclui os serviços sociais autônomos como, também, os concessionários, permissórios e autorizatários.

## *5.2. Interferências sem fundamento constitucional sobre os serviços sociais autônomos*

### *Inclusão orçamentária*

A Constituição estabeleceu expressamente o controle *finalístico a posteriori* sobre as contas dos serviços sociais autônomos sem tê-los incluído entre as entidades que ficaram obrigadas a submeter seu orçamento a controle prévio.

Com efeito, os serviços sociais autônomos *não se identificam* com nenhuma das pessoas mencionadas no artigo 165, § 5º, da Constituição: não são entidades da administração indireta (inciso I), não são empresas (inciso II) nem, tampouco, entidades vinculadas ao orçamento da seguridade social (inciso III), ainda porque as contribuições que recebe estão expressamente ressalvadas do sistema financeiro estabelecido pelo artigo 195, da Constituição, por força da exclusão constante do seu artigo 240. Assim, rigorosamente, a União deve *repassar-lhes* os recursos, sem qualquer vinculação à seguridade social, cabendo-lhe, tão-somente, fiscalizar-lhes os dispêndios.

### *Licitações e contratações*

A Constituição estabeleceu a sujeição das licitações e contratações, “em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (artigo 37, XXVII, da Constituição), a normas gerais de competência da União.

Ora, os serviços sociais autônomos não são parte da administração indireta, nem fundações nem empresas controladas pela União.

Conforme se estudou, são entidades privadas, desvinculadas de quaisquer controles que não os constitucionalmente previstos<sup>41</sup>.

A inclusão no rol das pessoas sujeitadas à Lei nº 8.666/93, encontrada no seu artigo 119, é, pois, *in constitucional*, ainda porque o legislador ordinário *ampliou* a expressão constitucional “empresas sob seu controle” (artigo 37, XXVII, CF) para “entidades controladas direta ou indiretamente pela União (art. 119, Lei nº 8.666/93 — n/grifo).

Mas mesmo assim, os serviços sociais autônomos não estão sob controle da União, nem direta nem indiretamente, pois seus órgãos diretivos se compõem, em sua maioria, de representantes de entidades privadas não só não-governamentais como apolíticas<sup>42</sup>.

Tampouco se pode argumentar, para se sujeitar os serviços sociais autônomos a regras de licitações e contratos administrativos, com o artigo 37, XXI, da Constituição, pois o inciso se refere, obviamente, às entidades mencionadas no *caput* do artigo, ou seja, às da administração direta, indireta e fundacional.

### *Conclusões*

Faltam estudos monográficos sobre os serviços sociais autônomos, sendo também escassos os tratamentos sistemáticos.

41 O SEBRAE está *desvinculado* da Administração Pública não só doutrinária como positivamente, como se pode ler no artigo 8º da Lei nº 8.666, de 12 de abril de 1990.

42 No caso do SEBRAE, seu Conselho Deliberativo Nacional, “órgão colegiado que detém o poder originário e soberano da entidade” (Resolução CD/nº 005/90, de 30 de agosto de 1990) tem 13 membros, dos quais 8 são escolhidos como representantes de entidades privadas (artigo 12).

Essas circunstâncias, aliadas à especificidade do instituto e à indefinição em sede positiva, explicam a perplexidade com que é tratado pela jurisprudência e, mais ainda, pela Administração Pública Federal.

O que aqui se propõe e que seja dado ao tema um enfoque revivificado pela Constituição de 1988 à luz de seus princípios e, principalmente, sob o espírito juspolítico atual, que prestigia a subsidiariedade do Estado e o papel dos entes intermediários.

A submissão dos serviços sociais autônomos a antiquados sistemas de “controle” apriorísticos, como o orçamentário e de licitações e contratações para a administração pública, decorre de uma *inércia burocrática* que sobreviveu anacrônica e, como se demonstrou, tornou-se *inconstitucional*, depois da promulgação da Carta Política de 1988.

Como explica MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “entretanto a praxe tem sido esta, já que tais entidades *consideram-se* “controladas” pelo Poder Público”<sup>43</sup>.

Essa praxe, e bem verdade, pode continuar a ser seguida, porém *voluntariamente*, desde que os serviços sociais autônomos nela não vejam estorvo à sua atuação *eficiente*, pois as exigências da eficácia no cumprimento de seus cometimentos legais devem ser superiores às vênias que se queira abrir às velhas praxes.

Como elegantemente expôs, a propósito, JOSÉ WASHINGTON COELHO:

“O ‘esforço’ para demonstrar que a organização privada deve se submeter a regime de órgão público é no mínimo impatriótico: a eficiência cai, o dinamismo empresarial e obrigado a vestir a camisa de força da burocracia, a certeza de ser sofre o impacto da dúvida do *estar*.”<sup>44</sup>

Se a moderna compreensão sociológica do Direito no-lo apresenta como um “processo social de redução de complexidades”, é indubitável que a interpretação e a aplicação que prestigiam a via *mais simples, mais direta e mais eficiente* é a melhor, ainda porque o legislador constitucional, se desejasse submeter os serviços sociais autônomos e quaisquer outras interferências e controles, tê-lo-ia comandado, explícita ou implicitamente, como o fez toda vez que o desejou<sup>45</sup>.

43 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. ADCOAS, Rio, 1993, p. 252 (n/grifo).

44 JOSÉ WASHINGTON COELHO, Parecer SESC 14/92 SENAC 14/92, p. 10.

45 Ref. a NIKLAS LUHMANN, in *Rechtssociologie*.