CONTRATO DE GESTÃO, SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E INTERVENÇÃO DO ESTADO

FERNANDO FACURY SCAFF[1]

I. Da Intervenção do Estado na Economia: Princípios Constitucionais; II. O Princípio Constitucional do Controle Público da Atividade Econômica; III. O Terceiro Setor e as duas espécies de Serviços Sociais Autônomos; IV. O Contrato de Gestão; V. Um estudo de caso: O Paranacidade e seu Contrato de Gestão; VI. Síntese conclusiva. Bibliografia.

I. Da Intervenção do Estado na Economia: Princípios Constitucionais:

1. O Direito é um produto cultural, e como tal reflete a forma de expressão de uma dada sociedade. Não é um produto haurido dos céus ou concedido por sábios jurisconsultos recolhidos em prateleiras empoeiradas. O Direito está no meio de nós. É, portanto, um produto surgido no seio da sociedade, registrável em um momento histórico determinado[2].

Tal entendimento se reflete na ordem jurídica e econômica de um país, modificando entendimentos jurisprudenciais e doutrinários antes arraigados, e conformando as novas normas de direito positivo disponíveis no ordenamento jurídico.

2. Fruto do ocaso do regime liberal por absoluta impossibilidade de manter o desenvolvimento das atividades econômicas ao sabor do mercado, as Constituições ocidentais começaram a conter normas de proteção ao trabalhador, iniciando um processo de crescente intervenção do Estado na economia.

Diversamente do que se imagina, este tipo de intervenção, ao invés de se constituir em um contraponto ao sistema liberal, funcionou para lhe dar sustentação,

1 Doutor em Direito Econômico pela USP, Professor da Universidade Federal do Pará, Professor Visitante da Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.

2 Para maiores detalhes ver Peter Häberle, *Teoria de la Constitución como ciência de la cultura*. Madrid, Ed. Tecnos, 2000.

impedindo que o acirramento das lutas entre capital e trabalho assumisse proporções de quebra do sistema vigente. As normas constitucionais sobre a ordem econômica e social passaram a servir de anteparo às reivindicações sociais, reduzindo o âmbito das conquistas.

Mas não pararam por aí. As mutações sociais e econômicas nos levaram a novamente mudar o perfil da organização estatal. São patentes as transformações que vêm se operando na figura do Estado nos últimos anos. O processo de privatização vem sendo efetuado de forma acelerada em todo o mundo, e é facilmente aferível seu incremento no Brasil recente.

Contudo, estas mutações devem estar de conformidade com o que estabelece o ordenamento jurídico pátrio, sendo de fundamental importância verificar o que dispõe a Constituição da República acerca deste sistema.

3. São Princípios Gerais da Atividade Econômica, dentre outros: "Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I — soberania nacional; II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; V — defesa do consumidor; VI — defesa do meio ambiente; VII — redução das desigualdades sociais e regionais; VIII — busca do pleno emprego; IX — tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país."

Por óbvio, estes Princípios Gerais da Atividade Econômica têm um âmbito específico de atuação, mas devem ser conjugados com os demais Princípios existentes na Carta de 1988, explícitos e implícitos. Dentre aqueles cabe referir com destaque os insculpidos no art. 3º, que mencionam como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; que garanta o desenvolvimento nacional; erradique a pobreza e a marginalização, e reduza as desigualdades sociais e regionais; bem como promova o bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie.

Todos estes Princípios devem estar interligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, preceito de ordem universal, constante de diversas declarações da Organização das Nações Unidas, bem como recepcionado em nossa Constituição Federal.

Como é sabido, os Princípios traduzem os valores que a sociedade deseja ver perseguidos pela atuação dos agentes públicos e privados em seu labor. As Regras implementam estes Princípios, e lhes dão concreção.[3]

Os Princípios jurídicos acima mencionados, dentre vários outros, demonstram a diretriz que toda e qualquer política, pública ou privada, deve seguir em nosso país.

3 Sobre a distinção entre Princípios e Regras ver Ronald Dworkin, *Los Derechos em Serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989 e Robert Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, 2ª ed., México, Fontamara, 1998.

4. A Constituição também delimita os espaços econômicos em que o Estado pode agir, não lhe permitindo atuar em área que é preferencialmente reservada ao desenvolvimento de atividades privadas. O artigo 173 da Carta estabelece estes parâmetros ao dizer que: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

Ou seja, a intervenção do Estado na economia somente pode se dar em duas hipóteses:

(a) quando necessária aos imperativos de segurança nacional; ou

(b) quando necessária a relevante interesse coletivo.

Tais procedimentos devem ocorrer conforme definido em lei — até hoje não editada. E, obviamente, ressalvados os casos previstos na Constituição, conforme dicção constante da própria norma.

Observa-se daí que o vocábulo "intervenção" denota a atuação do Estado em área que não é de sua principal atividade, uma vez que reservada ao desenvolvimento de iniciativas privadas, com espírito lucrativo — o que não quer dizer com a presença de lucro especulativo, mas de saldos ativos de balanço[4].

Ainda o mesmo artigo, em seu §1°, menciona que a "lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção, ou comercialização de bens, ou produção de serviços". Conforme estabelecido pelos incisos deste preceito, quando vier a ser editada, deverá dispor sobre:

I) a função social destas entidades e a forma de sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II) sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV) sua constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Tais preceitos demonstram a duplicidade de sistemas existentes na atuação do Estado na atividade econômica, com uma face voltada para o mercado e outra para as exigências de cumprimento dos Princípios da Administração Pública.

Desta forma, de uma banda assevera-se que tais atividades devam ser desenvolvidas de forma concorrencial com a iniciativa econômica, não sendo permitido ao

4 Sobre a distinção entre lucro especulativo e saldos ativos de balanço ver Fernando Facury Scaff, Responsabilidade do Estado Intervencionista, 2ª ed., RJ, Renovar, 2001; bem como no meu *Ensaio Sobre o Conteúdo Jurídico do Princípio da Lucratividade*, *In: Constituição e Democracia*, Antonio Maués (org.), SP, Max Limonad, 2001, págs. 61-95.

Estado adotar procedimentos que impliquem em concorrência desleal. Os itens II e IV do §1° do art. 173 da Carta de 1988 laboram nesse sentido.

De outro lado, é imprescindível que tais entidades atuem de conformidade com os Princípios da Administração Pública, o que se encontra prescrito, de forma explícita, nos incisos I e IV do §1° do art. 173 da Carta de 1988.

Denota-se daí que, mesmo quando cria entes descentralizados para o desenvolvimento de atividades próprias da iniciativa privada, o Estado deve obedecer a este comando bifronte, que o obriga a atuar com absoluto respeito ao Princípio Constitucional da Livre Concorrência, que fundamenta a Livre Iniciativa, bem como aos primados da Administração Pública, vários dos quais insertos no *caput* do art. 37 da Carta de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Cabe observar que por força desta vinculação com o art. 173 mencionado, os preceitos do art. 37 alcançarão não apenas a administração pública direta e indireta, mas também a todo e qualquer dos entes públicos que desenvolvam atividades próprias do setor privado da economia.

5. Verifica-se, portanto, que existem figuras de direito privado compostas de capitais públicos, criadas para o desenvolvimento de atividades próprias da iniciativa privada e que devem ser regidas pelo que dispõe o art. 173 da Carta de 1988.

De outra banda, existem sociedades criadas com capitais privados, também sob a forma de entes privados, para o desenvolvimento de atividades próprias do Estado, ou seja, a prestação de serviços públicos. Neste caso, o art. 175 da Constituição Federal menciona "incumbir ao poder público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Também nesta hipótese avulta a necessidade de controle do interesse público envolvido, a despeito dos capitais serem privados.

Cabe ressaltar que na primeira situação (art. 173, CF/88) a necessidade de controle público e social tem por escopo central a existência de verba pública envolvida no desenvolvimento de suas atividades. Na segunda hipótese (art. 175, CF/88), de capitais privados desenvolvendo serviços públicos concedidos ou permitidos, o controle público e social da atividade têm por finalidade primeira o interesse público envolvido.

De toda sorte, o controle se impõe, seja em razão do *interesse* público envolvido, seja em razão das *verbas* públicas utilizadas.

II — O Princípio Constitucional do Controle Público da Atividade Econômica:

6. O vocábulo *controle* não possui raiz na língua portuguesa. Sua origem pode ser encontrada no francês (*contrerole*), que significava rol, ou um duplo registro. Em uma das suas várias acepções em língua francesa quer dizer *verificação* ou *fiscalização*. No idioma inglês, o vocábulo *controle* (*control*) é mais vinculado à idéia de poder, de dominação[5].

5 Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle nas SA's, SP, RT,* 1977, pág. 09 e ss.

No Brasil, usa-se a palavra em ambos os sentidos, sendo que mais recentemente, no âmbito do direito privado, sua maior utilização diz respeito ao sentido de *dominação*, de *regulação*. Daí surge a idéia de *agências reguladoras* da atividade econômica, ao estilo da ANEEL, da ANATEL e outras similares federais e estaduais, como a paraense ARCON.

No âmbito público da expressão, seu conceito traduz muito mais a idéia de *fiscalização*, *averiguação*, vinculado a auditorias e inspeções públicas em razão do uso de recursos públicos. É este o sentido empregado pela Carta da República.

7. No âmbito constitucional o Princípio do Controle Público encontra-se baseado no artigo 70 da Carta de 1988, que estabelece:

> "Art. 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 das receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

Este preceito determina:

a) os âmbitos sobre os quais deve ser exercida a fiscalização ("contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial");

b) sobre quais aspectos ("legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas");

c) quem deverá exercê-lo ("Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder");

d) em que âmbito federativo ("União e das entidades da administração direta e indireta").

A questão de *sobre quem exercer este controle* nos é respondida pelo parágrafo único do mesmo artigo, que menciona:

> "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."

Esta redação foi efetuada pela Emenda Constitucional 19/98, alterando determinação anterior que dispunha a obrigação vinculada apenas à "qualquer pessoa física ou entidade pública". Desta forma, a modificação visou explicitar, de forma a reduzir o âmbito interpretativo, quanto à inclusão no rol de obrigados a prestar contas *qualquer pessoa jurídica, pública ou privada.*

Assim, mesmo os entes descentralizados são obrigados a prestar contas perante o Congresso Nacional dos dinheiros, bens e valores públicos que vierem a utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar. Neste mister, o Congresso Nacional é auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, por força do art. 71 da CF/88. O sistema estadual de controle externo segue o modelo federal, em razão do disposto no art. 75 da Carta da República.

Faz-se observar que este dispositivo abstraiu qualquer formalismo em sua determinação, alcançando toda e qualquer pessoa que proceda tal qual previsto no tipo normativo estabelecido. Assim, mesmo os *entes paraestatais* encontram-se subordinados ao Princípio do Controle Público.

III — O Terceiro Setor e as duas espécies de Serviços Sociais Autônomos

8. A intervenção do Estado na economia fez com que surgisse uma plêiade de entes descentralizados que passaram a receber as mais diversas classificações e enquadramentos, sendo possível agrupá-los sob a denominação genérica de entes paraestatais[6]. *No Brasil, tais entes paraestatais* que se encontram aptos a desenvolver atividades próprias da iniciativa privada podem ser enquadrados segundo as seguintes figuras *tipificadas*:

> *a) Empresa Pública*: possui personalidade jurídica de direito privado, criada por lei específica para exploração de atividade econômica, com patrimônio e capital exclusivos do Estado, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (art. 5°, II, DL 200/67 e inciso XIX, art. 37, CF/88);
>
> *b) Sociedade de Economia Mista*: entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei específica para exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Estado ou a ente da administração indireta (art. 5°, III, DL 200/67 c/c art. 235 da Lei das SA's — Lei 6.404/76 e o inciso XIX, art. 37, CF/88);
>
> *c) Sociedades de economia mista de segundo grau*, quais sejam aquelas empresas constituídas por capital público, mas que não se encontram sujeitas às restrições do Capítulo XIX da Lei das SA's (Lei 6.404/76), por força do seu art. 235, § 2°, sendo regidas como uma sociedade anônima qualquer, obedecidas, por óbvio, as restrições do art. 173 da Carta de 1988 conforme acima referido. Sua criação prescinde de lei, sendo necessária singela *autorização legislativa* (inciso XX, art. 37, CF/88).

Para o desenvolvimento de serviços públicos e de atividades próprias do Estado de forma descentralizada, foram criados dois outros *entes paraestatais*:

> *a) Autarquia*: Serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (art. 5°, I, DL 200/67);

6 Eros Roberto Grau se utiliza da nomenclatura empresas estatais para definir estas espécies. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. SP, Malheiros, 1997, pág. 138.

b) Fundação Pública: Entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos públicos e de outras fontes (art. 5°, IV, DL 200/67);

9. Mais recentemente, fruto do processo de refluxo da intervenção estatal *direta na* economia[7], vêm surgindo outras espécies de *entes paraestatais*, que recebem do Poder Público a unção de serem considerados como agentes que desenvolvem atividades típicas da administração pública, a despeito de configurarem como organizações privadas, da sociedade civil. Atuam no chamado *terceiro setor*, que é o da prestação de serviços típicos da Administração Pública.

O *terceiro setor* foi definido pelo Governo Federal, através de seu Ministério da Administração e Reforma do Estado[8]:

> "O reconhecimento de um espaço público não-estatal tornou-se particularmente importante em um momento em que a crise do Estado aprofundou a dicotomia Estado/setor privado, levando muitos a imaginar que a única alternativa à propriedade estatal é a privada.
>
> "No setor dos serviços não-exclusivos do Estado, a propriedade deverá ser em princípio pública e não estatal porque não envolve o uso do poder do Estado. E não deve ser privada, porque pressupõe transferências do Estado. Deve ser pública, para justificar os subsídios recebidos do Estado. O fato de ser pública não-estatal, por sua vez, implicará na necessidade da atividade ser controlada de forma mista, pelo mercado e pelo Estado."

Desta diretriz surgiram os seguintes *entes paraestatais*:

a) Organizações Sociais: que se constituem em designações que o Estado faz sobre pessoas jurídicas de direito privado pré-existentes, sem finalidade lucrativa, cujas atividades se dirijam ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (Lei n° 9.637/98)[9];

7 Faço observar que a intervenção do Estado sobre a economia, como agente regulador, permanece e se intensifica a cada dia. O que se verifica é o refluxo da intervenção direta do Estado, como empresa, de forma concorrencial à iniciativa privada.

8 *Apud* Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª. ed., SP, Malheiros, 2000, p. 133.

9 Na parca Doutrina existente, sobressai o artigo de Juarez de Freitas *Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal*. RDA, 214:99-106, out/dez-98.

b) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, semelhantes às Organizações Sociais, que também se caracterizam por designações que o Estado faz sobre pessoas jurídicas de direito privado pré-existentes, sem finalidades lucrativas, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das finalidades estabelecidas no art. 3° da Lei que as instituiu (Lei 9.790/23.03.99), dentre elas a promoção da assistência social; da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita de educação etc[10].

Além de todo esse instrumental, existem ainda *entes paraestatais* que não possuem *tipo societário* definido em nenhuma *norma*, mas que se configuram em entes do *terceiro setor*. O exemplo mais cabal desta espécie são os *Serviços Sociais Autônomos*, que, segundo a doutrina, devem ser criados por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições paraestatais. Ou, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "Serviços Sociais Autônomos, são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos."[11]

Enfim, o *terceiro setor* vem sendo dinamizado através de todos estes tipos de sociedades públicas não-estatais, como informa o Governo Federal, através de Relatório do MARE — Ministério da Administração e Reforma do Estado:

> "Na União, os serviços não-exclusivos de Estado mais relevantes são as universidades, as escolas técnicas, os centros de pesquisa, os hospitais e museus. A reforma proposta é transformá-los em um tipo especial de entidade não-estatal, as organizações sociais. A idéia é transformá-los, voluntariamente, em 'organizações sociais', ou seja, em entidades que celebrem contrato de gestão com o Poder Executivo e contêm com autorização do Legislativo para participar do orçamento público. A organização social não é, na verdade, um tipo de entidade pública não-estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declarada pelo Estado."[12]

10. Debrucemo-nos mais proximamente sobre os Serviços Sociais Autônomos, um dos objetos deste estudo.

10 Dentre o muito pouco que já foi escrito sobre este tipo de ente paraestatal, cabe referir Roberto Ribeiro Bazilli, *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria*. RT, ano 89, vol. 779, set/2000, págs 79-92.

11 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Baleixo e José Emanoel Burle Filho, 22ª edição, SP, Malheiros, 1997, págs. 338-9.

12 *Apud* Lúcia Valle Figueiredo, ob. e loc. cit.

Os exemplos mais patentes deste tipo de *entes paraestatais* são os do SESC, SENAC, SESI e SENAI, conhecidos como "sistema S". A dificuldade em estabelecer critérios jurídicos que possam ser utilizados em caráter geral decorre do fato de que foram criados sob a égide da Constituição de 1946, quando todas estas preocupações com a organização burocrática da Administração Pública não se encontravam presentes.

Faz-se observar que os *consideranda* dos seus atos constitutivos deixam bastante claro que sua função não é a 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. Neste sentido, alerta Di Pietro[13], é que a União não os *criou*, mas apenas estabeleceu sua *fonte de recursos*, permitindo que eles cobrassem contribuições paraestatais. Quem efetivamente os criou foram as Confederações Nacionais do Comércio e a da Indústria.

O que primeiro surgiu foi o SESI — Serviço Social da Indústria, e seu perfil pode ser verificado através da análise do Decreto-lei 9.403/25.06.46, que o instituiu. O art. 1° atribui "à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI); com a finalidade de planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas". Na execução destas finalidades o SESI "terá em vista, especialmente, providências no sentido da defesa dos salários — reais do trabalhador (melhoria das condições de habitação, nutrição e higiene), a assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes da dificuldade da vida, as pesquisas sócio-econômicas e atividades educativas e culturais, visando a valorização do homem e os incentivos à atividade produtora" (art. 1°, § 1°). O art. 3° do estabeleceu quem serão as pessoas jurídicas que serão obrigados "ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio de seus encargos".

O SENAC possui idêntica estrutura organizativa, e foi criado pelo Decreto-lei 9.853/13.09.46.

Desta forma, o intuito era de colaboração, mas com autonomia, inclusive frente ao Poder Público, pois as receitas fiscais eram atribuídas para que aquelas entidades arrecadassem e gerissem seu próprio patrimônio.

11. Esta atribuição de *organização social* tornou a ser utilizada, com destaque, na transformação da *Fundação das Pioneiras Sociais* em *Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais*, através da Lei 8.246/22.10.91. O objetivo social foi mantido, qual seja, "prestar assistência médica, qualificada e gratuita, a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde em cooperação com o Poder Público" (art. 1°).

É sintomática a idéia de *cooperação com o Poder Público*, uma vez que foi

13 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, SP, Atlas, 1999, págs. 206-7

estabelecido pelo art. 3º da Lei a firmatura de um *contrato de gestão* entre aquela entidade e a União, através do Ministério da Saúde.

Analisando de forma mais detida, verifica-se que:

a) o objeto social foi mantido;

b) o modelo adotado, muito embora privado, tem enormes semelhanças com o das fundações;

c) a cooperação entre o Poder Público e a instituição foi mantida;

d) por não ter finalidade lucrativa, e nem mesmo patrimônio, que é integralmente afetado à União, o SSA das Pioneiras Sociais não mais possuía rendas, mas apenas transferências governamentais federais.

Enfim, face a tão grande identidades, qual o escopo da transformação operada? Di Pietro nos responde com uma clareza meridiana:

> "Se ela não é entidade da Administração Indireta (e essa parece ter sido a intenção do Governo Federal), chega-se à conclusão de que sua situação perante a Administração Pública é muito semelhante à das entidades de apoio referidas no item 11.1[14], *como forma de parceria indevida cujo objetivo é o de fugir ao regime publicístico.* (...)
>
> Além disso, *ainda falando em termos de irregularidades*, a Associação das Pioneiras Sociais serve de instrumento para fornecer mão-de-obra para as entidades da Administração Indireta, *com burla às normas constitucionais sobre servidores públicos*, (...).
>
> *A conclusão é no sentido de que a Associação das Pioneiras Sociais está em situação inteiramente irregular, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua.*
>
> O máximo que se poderia dizer em favor dessa entidade, se ela alcança bons resultados — o que não se sabe —, é que *ela se enquadraria naquilo que foi referido* pela Escola Nacional de Administração Pública como *'transgressão positiva' ao sistema jurídico vigente. Para o jurista, isto é inaceitável.*" [15]

Em síntese, diz a Autora que a intenção é de fugir do sistema de controle publicístico exercido pelo Estado.

14 Que se refere às *Fundações de apoio às entidades públicas.*

15 Ob. cit., págs 210-1.

12. O fato é que há uma notável diferença entre o sistema estabelecido para os SSA do tipo SESC, SENAC etc. e este mesmo instituto revisitado, utilizado na Associação das Pioneiras Sociais. Tal distinção fui intuída pela notável autora, mas por ela não foi distinguido.

No primeiro caso — sistema "S" —, o Poder Público atribuiu-lhes *capacidade tributária*, limitando-se a permitir que aquelas instituições tivessem uma fonte de renda decorrente de tributos.

Como é sabido por todos, há uma distinção entre *competência* e *capacidade tributárias*, ambas situações vinculadas ao sujeito ativo da obrigação. "*Competência tributária* é a aptidão para criar, *in abstrato,* tributos"[16]. Esta *competência* é indelegável. Contudo, a *capacidade*, que é aptidão para arrecadar o tributo, é delegável por lei da pessoa jurídica *competente*. Ou, nas palavras de Roque Carrazza, "Nada impede que pessoa diversa daquela que criou o tributo venha, afinal, desde que autorizada por lei, a arrecadá-lo[17]". No caso, era a União a pessoa jurídica de direito público interno *competente* para instituir as contribuições sociais em questão, havendo sido delegada esta aptidão arrecadatória para o sistema "S", que envolve a *capacidade* para arrecadar este tipo de contribuições *parafiscais.* No caso o sistema "S" se beneficiou desta atribuição de *capacidade.*

O caso da Associação das Pioneiras Sociais, ao invés desta atribuição de *capacidade* tributária, a União criou, por força de transformação de uma Fundação preexistente, um novo ente, denominado *Serviço Social Autônomo*, que não possui nenhuma semelhança com ao instituições do sistema "S" (SENAC, SESI etc.).

Toda sua receita é fruto de dotações orçamentárias, sejam diretas ou decorrentes de transferência de fundos financeiros específicos. Ou decorrentes de receitas próprias, estas vinculadas à sua finalidade social, estabelecida e controlada através do sistema de *contrato de gestão.*

Di Pietro procede à seguinte distinção ao mencionar que:

> "Comparando-se essas entidades *(Sistema "S")* com as organizações sociais verifica-se que, naquelas, o Estado não abriu mão da execução do serviço público que a lei lhe atribuiu, nem extinguiu qualquer de seus órgãos ou entidades. O Estado manteve intactas suas atividades e entidades e apenas *fomentou*, *ajudou*, *subsidiou* a iniciativa privada na instituição de entidades que iriam exercer serviços de interesse público (*não serviço público*), instituindo, para esse fim, contribuição parafiscal para ajudá-las em sua atividade. No caso das organizações sociais, o Estado está delegando uma atividade sua, deixando de exercê-la; está extinguindo uma entidade pública para, em seu lugar, deixar nascer uma entidade privada."[18]

16 Roque Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2ª ed., SP, RT, 1991, pág. 218.

17 Ob. cit., pág. 133.

18 Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., SP, Atlas, 1999, pág. 207-8. Os grifos em negrito são do original, os em itálico foram apostos.

13. A análise doutrinária acima efetuada necessita de um contraponto, uma vez que existem decisões dos Tribunais de Contas considerando que os Serviços Sociais Autônomos cumprem plenamente sua função e não se encontram a margem da lei.

Destaca-se, dentre todas a decisão do Tribunal de Contas da União, cujo Relator foi o Ministro Carlos Átila, que julgou as contas do SSA Associação das Pioneiras Sociais referente ao ano de 1993 (Ac. 0112-41/95-P). Transcreve-se trechos do voto do Relator que são de suma importância para melhor compreensão dos pontos nevrálgicos da questão:

> "O contrato de gestão criado pela Lei nº 8.246/92 não foi concebido a partir de esquemas teóricos abstratos, para dar início a uma iniciativa experimental imprecisa ou carente de referências. Ao contrário: o projeto instituído por intermédio daquela lei partiu da crítica de uma realidade concreta e objetiva, sofridamente experimentada ao longo de quase duas décadas de existência da antiga Fundação das Pioneiras Sociais. Criada por lei de 1960, aquela Fundação usufruiu, nos primeiros dez ou quinze anos de sua existência, da ampla liberdade administrativa que, nos anos sessenta e princípios dos setenta, se assegurara às fundações criadas e mantidas pelo Poder Público. Trinta anos depois, o funcionamento eficaz, eficiente e econômico apresentado em seus primeiros anos de existência se havia tornado impraticável, por força do complexo de constrangimentos formalistas e pouco racionais impostos à administração das entidades da administração indireta, sob a forma de sucessivas medidas legais e regulamentares adotadas em matéria de manejo dos recursos orçamentários, materiais e humanos, e da interpretação cada vez mais restritiva desses mesmos preceitos, a que ficaram sujeitos aqueles gestores, entre os quais os responsáveis pelas fundações.
>
> A primeira disposição da nova Lei nº 8.246/91 cuidou, por isso, de extinguir a antiga Fundação das Pioneiras Sociais, e autorizou a organização e contratação de um novo serviço social autônomo, entidade de direito privado, sem fins lucrativos, para substituir a Fundação na execução de um programa de atividades, definidas mediante um contrato assinado com órgãos do Executivo: o contrato de gestão. *A lei expressamente restaurou, dentro de limites bem mais amplos, as faculdades discricionárias que haviam sido retiradas do administrador em matéria de liberdade para contratar pessoal e serviços, para adquirir bens e equipamentos, assim como para gerir os recursos repassados do orçamento público.*
>
> Característica marcante daquele elenco de medidas restritivas impostas na última década à administração indireta foi a preocupação de controlar o processo formal de aplicação de recursos, dando-se escassa atenção à avaliação dos resultados alcançados com os programas custeados pelos mesmos recursos. Assim, por exemplo, exigiram-se rígidos planos de classificação de cargos e impuseram-se tetos de remuneração isonômicos fixados endogenamente — portanto desvinculados da realidade do mercado de mão-de-obra das diversas categorias profissionais. Estabeleceram-se formalidades

de obediência obrigatória na seleção e recrutamento de servidores, sem correspondentes mecanismos de aferição de desempenho para assegurar produtividade mínima. *O processo culminou com a inclusão, em 1988, das fundações (agora ditas 'públicas') no regime jurídico único, impedindo a dispensa e a substituição de empregados relapsos.* Todas essas imposições formais jamais foram complementadas com qualquer exigência de demonstração dos resultados produzidos pelas equipes de servidores, assim como nunca se avaliou a relação custo/benefício das despesas efetuadas com a remuneração dos quadros constituídos com base naquelas normas de administração de pessoal. Todo esse complexo normativo se concentrou assim no objetivo prioritário de assegurar vantagens corporativistas para o grupamento funcional, ignorando-se o compromisso com o público usuário — ou seja, no setor de saúde, com o paciente.

Limitações similares se aplicaram (e ainda se impõem) à contratação de serviços, à aquisição e alienação de bens e equipamentos, bem como à destinação e emprego dos recursos orçamentários.

A motivação declarada dessas normas restritivas foi coibir abusos e desmandos. Sua aplicação indiscriminada a todas as entidades, entretanto, além de injusta para com os administradores corretos, constituiu uma falsa solução para um problema que deveria ter sido enfrentado mediante o reforço e o aprimoramento dos mecanismos de controle, sem necessidade de cercear de forma generalizada as iniciativas e a criatividade dos administradores.

O principal resultado desse conjunto de restrições foi o rebaixamento do nível de produtividade da maioria das entidades governamentais da administração indireta, sem que se tenha obtido, como fruto reconhecido dessas mesmas normas, a elevação dos níveis de moralidade e da austeridade na gestão pública.

A publicidade, a transparência dos atos administrativos e o fortalecimento das estruturas de controle interno e externo é que garantem a moralidade e a austeridade, sem comprometer a eficiência, a eficácia e a economia da gestão pública. Regulamentos complexos e formalistas, ao contrário, apenas mascaram a ineficiência, premiam a mediocridade e inibem a iniciativa, sem assegurar a probidade e a honestidade.

Por tudo isso, o regime do contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91 visou, em primeiro lugar, a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser desenvolvidas, com vista a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário.

> Ao remover aqueles óbices formalistas, a lei transferiu a ênfase do controle, do plano da fiscalização do processo, para o da verificação dos resultados alcançados com a execução do contrato.
>
> Para tornar viável esse padrão de controle, a lei determinou que o contrato de gestão 'especificará, com bases em padrões internacionais aceitos, os critérios para avaliação do retorno obtido com a aplicação dos recursos repassados' à APS, 'atendendo ao quadro nosológico brasileiro e respeitando a especificidade da entidade'."

A longa transcrição se impõe para efetuar com precisão o contraponto com a posição doutrinária acima mencionada. Enquanto os doutrinadores entendem que a fórmula utilizada para a criação do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais se caracteriza como uma burla aos controle publicísticos, o Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo, admite a autonomia dos Serviços Sociais Autônomos e inclusive elogiam a fórmula do contrato de gestão.

Ambos — doutrinadores e TCU —, focam o mesmo aspecto, mas a partir de pontos de vista totalmente diferentes. Enquanto a doutrina insurgente constata ser o uso do contrato de gestão e das "organizações sociais" (lato senso) uma fórmula de fuga dos controles publicísticos, a jurisprudência do TCU reconhece que é este mesmo o objetivo principal da adoção do sistema e o acata integralmente, permitindo que haja o estreitamento dos laços publicísticos.

Contudo, nenhuma das partes verbalizou a distinção existente entre os SSA's do tipo SESC, SENAC, daqueles do tipo Associação das Pioneiras Sociais, diferenciando-os em razão de sua diferente origem de recursos. Entendo que é palpável a diferença entre estes dois tipos, uma vez que no primeiro, entidades do sistema "S", a autonomia é muito mais acentuada, uma vez que seus recursos tem origem distinta da orçamentária. No caso das Pioneiras Sociais, existe tão-somente um rótulo de Serviço Social Autônomo, mas nenhuma autonomia frente ao orçamento público. Aliás, a dependência deste segundo tipo de SSA dos recursos orçamentários é bastante acentuada.

Cabe referir que o Poder Judiciário brasileiro ainda não teve este assunto sob debate entre seus Tribunais Superiores, o que impede análises de cunho jurisprudencial e de aplicação constitucional do tema.

Logo, entendo existirem dois distintos tipos de Serviços Sociais Autônomos:

> a) Aqueles aos quais foi atribuída *capacidade tributária* para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do *terceiro setor*; e
>
> b) Aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir da extinção de um órgão público preexistente, assomando-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos da atuação do Estado nesta área devem estar acompanhados de contrato de gestão.

Parece-me que são tipos distintos, que se utilizam da mesma nomenclatura — o que vem causando uma enorme confusão. No primeiro caso há efetivamente um sentido de *colaboração* entre o Poder público e a iniciativa privada, que gere recursos que lhe foram atribuídos pelo Estado no uso da *capacidade* tributária. No segundo caso há uma *contrafação*, um *simulacro de descentralização*, pois é o próprio Poder Público que extingue um de seus entes, atribuindo a outro ente, também por ele próprio criado, a função ou atividade anteriormente delegada ao órgão extinto. Dá-se-lhe a roupagem de "ente privado", batiza-se-lhe de "serviço social autônomo", transfere-se-lhe verbas públicas através do sistema orçamentário e, em um passe de mágica, os controles públicos são afastados — ou, pelo menos, reduzidos. Não parece que este tipo de procedimento acate o mandamento constitucional da Moralidade Administrativa, inserido no art. 37, *caput* da Carta de 1988. É até possível que atenda ao primado da Eficiência, inserido com a Emenda Constitucional 19/98. Mas o Princípio da Eficiência sem o Princípio da Moralidade não pode existir para o Direito. Seccionar este entendimento é interpretar o Direito por fatias, o que contraria toda e qualquer regra de hermenêutica jurídica.

Na seqüência deste estudo, deve-se enfrentar a questão do *contrato de gestão*, a fim de que seja possível dissecar esta fórmula criada pela Administração Pública para descentralizar suas funções.

IV — O Contrato de Gestão:

14. A idéia de *contrato de gestão* é originária do direito francês, onde o sistema de direito administrativo é muito mais vinculado à Jurisprudência do que às normas legisladas. Naquele país, os contratos de gestão fazem parte do que se convencionou chamar de *economia concertada* ou *planificada*, na qual o Estado estabelece com entes privados metas a serem alcançadas no desenvolvimento de suas atividades e que, caso obtidas, obrigarão o Estado a cumprir determinado compromisso econômico, usualmente creditício ou fiscal no interesse daquele específico setor da economia. Os compromissos contratuais assumidos devem ser coerentes com o Plano de Governo para o setor em apreço.

Este tipo de contrato também é utilizado quando uma empresa, ou um segmento, encontra-se em dificuldades econômicas em razão de crises imprevisíveis, e o Governo, dentro de parâmetros previamente estabelecidos no Plano de Governo, firma compromissos com aqueles setores a fim de possibilitar o ultrapassamento das dificuldades. Este tipo de contratação se dá habitualmente com empresas do setor privado.

André de Laubadère, ensina que estes contratos "não tem por objetivo alcançar prestações para o Estado, mas realizar a política de intervencionismo concebida e decidida pelo Estado. São instrumentos de realização dessa política" [19]. No que tange aos *parceiros*, tais contratos são concluídos entre o poder público e parceiros priva-

19 *Direto Público Econômico*, Coimbra, Almedina, 1985, pág. 423.

dos. Menciona o referido autor que "Em França, os contratos econômicos são, pois, contratos entre o Estado e parceiros privados. Mas estes parceiros nem sempre são empresas consideradas individualmente. Tendo em consideração o objeto destes contratos, e para alguns pelo menos, o Estado procura antes negociar e tratar com as organizações sindicais representativas da profissão a fim de obrigar esta última, em vez de tratar isoladamente com as diversas empresas."[20]

Observa-se, portanto, que a matriz francesa possui um viés bastante distinto da que é empregada no Brasil, como veremos adiante.

15. No Brasil esta formulação foi importada sem maior análise do sistema constitucional. Os primeiros contratos de gestão foram firmados em 1992 entre a União e a Companhia Vale do Rio Doce, bem como com a já mencionada Associação das Pioneiras Sociais, estabelecendo metas a serem perseguidas por estas sociedades em troca de maior autonomia gerencial.

Cabe referir que tais contratos foram firmados de forma independente da área de atuação, se prestadores de serviços públicos (serviços de saúde, como a Associação das Pioneiras Sociais) ou de iniciativa econômica (CVRD).

Ressalta-se que os contratos foram firmados sempre com entes paraestatais, no sentido acima referido, e nunca tiveram por escopo o intuito regulatório e coordenado estabelecido no sistema francês. Antes muito pelo contrário, o escopo sempre foi o de afastar as normas publicísticas da gestão daquelas atividades, afastando os controles estatais através da transformação dos entes em *paraestatais*. A alegação era de que deveria haver um controle finalístico, e não um controle gerencial da atividade. A gerência deveria ser liberada e cobrada apenas pelo alcance das finalidades, que seriam estabelecidas caso a caso pelos administradores de plantão da coisa pública.

Quando os primeiros contratos de gestão foram submetidos ao Tribunal de Contas da União foi efetuada uma recomendação de que fosse formada uma Comissão dentre pessoas vinculadas aos órgãos de controle a fim de examinar a "fundamentação legal dos contratos de gestão e de suas cláusulas em relação a assuntos disciplinados expressamente pela Constituição" (Decisão DC 0318-29/92-P). Esta decisão teve como Relator o Ministro Homero Santos e foi assim lavrada no já distante ano de 1992:

> "Apesar de existirem diversos tipos de controle: o PRIVADO, através dos Conselhos Fiscais e das Assembléias Gerais; o PÚBLICO, mediante designação de Presidente, Diretores e representantes dos Conselhos, além da atuação do Controle Interno; e o EXTERNO, por parte do TCU e Congresso Nacional, esboça-se, agora, uma nova modalidade de controle através de indicadores, programas e contratos de gestão, objetivando a evolução da produtividade global da empresa; incremento dos recursos próprios no financiamento de seus investimentos e rentabilidade financeira do capital investido, com vistas a substituir os controles lineares até aqui praticados

20 Ob. cit., pág. 424.

sobre essas Entidades. Com efeito, entendi conveniente fazer todas essas observações e considerações, tendo em vista a crescente tendência de implantação de contratos de gestão em órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira. Para se ter uma idéia, além da CVRD, fala-se na PETROBRAS, na ECT e no Hospital das Forças Armadas.

Talvez fosse mesmo o caso de ser remetida ao TCU cópias dos futuros instrumentos a serem celebrados, tornando possível o exame, o aperfeiçoamento e o resguardo dos interesses públicos e a garantia da própria eficiência do sistema de controle a ser implementado por esta Corte.

Aliás, um ponto merecerá, certamente, atenção especial. É que pelo modelo jurídico-constitucional algumas cláusulas serão de difícil compatibilidade com o CONTRATO DE GESTÃO, por se referirem a assuntos disciplinados expressamente pela Constituição (Arts. 37, II, XI, XVII, XIX, XX, XXI; 52, VII e VIII; 70 e seu Parágrafo Único; 71, II, III, IV; 74, I, II, III; 164, § 3°; 165, §§ 3° e 5°, II; 167, I, VI, IX, § 1°; 169, Parágrafo Único)."

O intuito era de estabelecer um grupo de estudo para analisar a forma através da qual estes contratos de gestão deveriam ser analisados, inclusive no que se refere aos aspectos constitucionais.

Não existem maiores informações sobre o desdobramento desta iniciativa. O fato é que o TCU passou a acatar a existência dos contratos de gestão, e até mesmo a incentivá-los, como acima transcrito no voto do Ministro Carlos Átila.

16.Todo este processo de formalização e consolidação do sistema de contratos de gestão no direito brasileiro teve um desdobramento singular com o advento da Emenda Constitucional n° 19, de 04.06.98, que acresceu o §8° ao art. 37 da Carta, assim lavrado:

"§ 8° — A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo a lei dispor sobre:

I — o prazo de duração do contrato;

II — os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;

III — a remuneração do pessoal."

Com o surgimento desta norma constitucional, foram atendidos os anseios do Tribunal de Contas da União para uniformização de critérios do contrato de gestão. A norma constitucional estabeleceu que deverá haver uma lei que estabeleça os parâmetros para sua existência, a dar conta das matérias nele tratadas.

Ademais, foi expressamente estabelecido que a Administração Pública somente poderá firmar este tipo de contratos quando vierem a ser parametrizados pela lei a ser editada, com "órgãos e entidades da administração direta e indireta", não sendo possível fazê-lo com entidades não mencionadas no referido artigo, o que exclui a possibilidade de firmatura deste tipo de contratos de gestão com os *entes paraestatais* mencionados acima. Desta forma, estando assente na Doutrina que os Serviços Sociais Autônomos não são administração indireta, e muito menos direta, descabe qualquer cogitação sobre firmatura de contrato de gestão visando ampliar sua autonomia gerencial a partir da Emenda Constitucional 19/98.

17. A esta altura da exposição outro contraponto merece ser efetuado em razão de quatro tipos de questionamento.

No primeiro âmbito, deve-se afirmar que o Princípio da Legalidade, inscrito no art. 5°, II, da Carta de 1988[21] estabelece que a Administração não pode dispor *além* do que a lei determina.

Se a Constituição da República circunscreve que os termos e limites deste tipo contratual deverão ser fixados através de lei, *não se poderá vir a firmar nenhum contrato de gestão enquanto tal lei não surgir criando os parâmetros necessários para as finalidades que a Constituição lhe incumbiu.* Os parâmetros necessários são os seguintes, e ainda sem regulamentação:

a) o prazo de duração do contrato;
b) os controles e critérios de avaliação de desempenho;
c) direitos dos dirigentes;
d) obrigações dos dirigentes;
e) responsabilidades dos dirigentes; e
f) a remuneração do pessoal.

18. No segundo aspecto, dever-se-á perguntar como ficam os contratos de gestão já firmados? Entendo que o Princípio da Irretroatividade inserto no art. 5°, XXXVI, da Carta de 1988[22] não permite que sejam desfeitos atos jurídicos então considerados perfeitos sob a égide da redação anterior (a despeito da validade deste tipo de contrato não ter sido objeto de pronunciamento do Poder Judiciário até o presente momento, a tese de sua constitucionalidade parte do pressuposto da interpretação conforme a Constituição[23]).

19. O terceiro aspecto a ser tratado diz respeito à possibilidade de vir a ser considerada tal expressão "cabendo a lei dispor sobre" como uma lei estadual, ou mesmo uma lei casuística, individualizada caso a caso, o que resultaria em uma interpretação diversa daquela mencionada acima.

21 "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

22 "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

23 Ver, por todos, no Brasil, Paulo Bonavides *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., SP, Malheiros, 1994, pág. 473 e ss.

Não se poderia acatar o tipo de interpretação casuística, pois desprovida de sistematicidade. A Emenda Constitucional 19 visou uniformizar e centralizar diversos tipos de procedimentos. Tome-se como exemplo o § 3° do art. 37, alterado pela referida Emenda, ao mencionar que "a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta ...". Não se há de falar de uma lei casuística, pontual, mas de uma *norma geral*, que regulamente todas as relações daí advindas. No mesmo sentido o § 7° do art. 37, ao mencionar que a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

De outra banda, uma vez que o tema "contrato de gestão" é um capítulo do Direito Econômico, a competência dos Estados membros para legislar é concorrente, conforme estipula o artigo 24, I, da Carta de 1988. Desta forma, enquanto não for editada a lei federal que deverá dispor sobre as normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Quando vier a ser editada a norma federal, cessará a eficácia da estadual no que lhe contrariar, por força do art. 24, §§ 3° e 4° da Constituição.

20. Por fim, o quarto aspecto a ser observado decorre da alegação existente dentre parte da doutrina no sentido de que a lei que criou a figura das Organizações Sociais, de n° 9.637, regulamentou o art. 37, §8°, da Carta Federal, que criou a figura do Contrato de Gestão.

Este argumento não se sustenta pois:

a) A referida lei é anterior à Emenda Constitucional. Aquela data de 15.05.98 e esta de 04.06.98. Conseqüentemente, não se pode usar uma norma anterior à modificação da Constituição para regulamentá-la.

b) A Lei 9.637/98, até mesmo por lhe ser anterior, não dispõe sobre todas as matérias que a norma do art. 37, § 8° da Carta Federal exige para regular aquele dispositivo. Veja-se que não trata de prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; e nem mesmo do sistema de remuneração do pessoal. Logo, não pode ser caracterizada como a norma geral estabelecida pelo novel artigo constitucional.

c) Por fim, o próprio art. 5° da Lei 9.637/98 estabelece que "para os efeitos desta lei, entende-se como contrato de gestão ...". Verifica-se, portanto, que a delimitação constante da própria norma restringe seu uso em seus próprios fins.

Na verdade, a Lei 9.637/98 apenas regulou os contratos de gestão a serem firmados com as organizações sociais. Porém mesmo este intuito ficou diferido para após a regulamentação constitucional em face da exigência de uniformização de procedimentos, respeitada a possibilidade de os Estados virem a editar normas gerais em caráter suplementar, por força dos §§ 3° e 4° do art. 24 da Carta de 1988.

VI — Um estudo de caso: O Paranacidade e seu Contrato de Gestão:

21. Feitas todas as considerações anteriores, passa-se à análise do caso do Paranacidade e de seu contrato de gestão a fim de consubstanciar as conclusões que adiante serão expostas.

O Paranacidade foi criado através da Lei estadual paranaense nº 11.498, de 30.07.96, como pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, de interesse coletivo, com a finalidade de prestar assistência institucional e técnica aos Municípios e de captar e aplicar recursos financeiros no processo de desenvolvimento urbano e regional do Estado do Paraná (art. 1º)[24]. Sua criação corresponde a extinção da autarquia FAMEPAR — Instituto de Assistência aos Municípios do Paraná (art. 22), que lhe repassou todo seu patrimônio.

Sua vinculação institucional, por cooperação, é efetuada com a SEDU — Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano, que é encarregada de supervisionar sua gestão e administração, de conformidade com o contrato de gestão que for firmado entre partes (art. 2º).

São objetivos do Paranacidade (art. 9º):

> "I — gerir o Fundo de Desenvolvimento Urbano, criado pela Lei 8.917/88;
>
> II — promover ações destinadas ao desenvolvimento urbano, regional e institucional dos Municípios em consonância com as diretrizes programáticas do Governo do Estado;
>
> III — Constituir-se em instrumento de intermediação administrativo-financeira visando compatibilizar as exigências das entidades de financiamento, internas e externas, às características sócio-econômicas e a capacidade financeira dos Municípios;
>
> IV —financiar as intervenções representadas por planos, programas, projetos e atividades envolvendo despesas correntes e de capital, voltadas ao desenvolvimento urbano, regional e institucional das municipalidades;
>
> V — contribuir para a eficiente aplicação dos recursos públicos, tanto estadual como municipal, na área de desenvolvimento urbano, regional e institucional, promovendo, para tanto, o aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros dos Municípios;
>
> VI — incentivar os Municípios a participarem da formulação política de desenvolvimento urbano e regional e dos mecanismos de financiamento concebidos para apoiá-los."

24 Posteriormente a Lei 12.651/99 acresceu a seguinte frase ao texto deste artigo: "... Municípios, *desenvolver atividades dirigidas à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico e social* e de captar ..."

Posteriormente, a Lei nº 12.651/23.07.99 acresceu três outras finalidades ao Paranacidade, vinculados ao meio ambiente e desenvolvimento urbano, desenvolvimento tecnológico e divulgação de trabalhos científicos.

O art. 15 da lei de criação do Paranacidade o autoriza a celebrar contrato de gestão com o Poder Público estadual, sendo que o § 1º inclusive conceitua o que é um contrato desta natureza "para os efeitos desta lei, *verbis*:

> "é o instrumento técnico-jurídico, formal, de direito civil, celebrado entre o Estado do Paraná, (...), com a finalidade de assegurar sua plena autonomia técnica administrativa e financeira, com a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e economicidade".

As receitas do Paranacidade (art. 17) decorrerão do gerenciamento do Fundo de Desenvolvimento Urbano que, entre outras fontes, é composto de parcela de vários outros Fundos Públicos; dotações orçamentárias e subvenções sociais, na forma do Contrato de Gestão.

22. O Estatuto do Paranacidade, publicado no DOE de 02.12.99, também contempla normas que indicam dentre seus objetivos a gerência do FDU e sua função de "instrumento de intermediação administrativo-financeira, visando compatibilizar as exigências das entidades de financiamento internas e externas às características sócio-econômicas e à capacidade financeira dos municípios" (art. 5º).

Suas contas deverão ser aprovadas pela Assembléia Legislativa (art. 20).

23. O Contrato de Gestão foi firmado em 23.10.96 entre o Paranacidade e o Governo do Estado do Paraná, com a interveniência das Secretarias de Estado da Fazenda, do Planejamento e Coordenação Geral, e do Desenvolvimento Urbano.

Sobre este contrato, aliás, deve-se registar um fato extremamente curioso, que deve inegavelmente acarretar sua nulidade por vício formal: uma mesma pessoa física firmou por três das partes envolvidas: na qualidade de Superintendente do Paranacidade, de Secretário de Estado de Desenvolvimento Urbano e de Secretario de Estado do Planejamento e Coordenação Geral. Ou seja, assinou como interveniente contratante e como contratado. Este procedimento não respeita, no âmbito formal, as boas normas de conduta operacional contratual, e nem mesmo os Princípios da Moralidade e do Controle Público, insertos em nossa Carta de 1988.

24. O objeto do Contrato de Gestão firmado entre partes visa a operacionalização e a gerência do Paranacidade, cuja missão é a captação e a aplicação de recursos financeiros destinados ao desenvolvimento urbano e regional do Estado e a prestação de assistência técnica aos Municípios (cláusula segunda).

Uma das finalidades do contrato é a disciplinar as relações de cooperação entre o Governo do Estado e o Paranacidade, a quem incumbe o gerenciamento do Fundo Estadual de Desenvolvimento Urbano — FDU.

Dentre as obrigações do Paranacidade está a de normatizar, nos termos do contrato de gestão, "no que couber, plena e residualmente", ou seja, *in totum*, o Programa Estadual de Apoio ao Desenvolvimento Urbano — Paraná Urbano, o Programa de Ação Municipal — PRAM, o Programa Estadual de Desenvolvimento

Urbano — PEDU e os empréstimos concedidos pelo Fundo Estadual de Desenvolvimento Urbano — FDU, que vierem a ser destinados a tomadores e subtomadores de seus recursos (cláusula quarta, § 3°).

Os recursos financeiros serão movimentados da seguinte forma, conforme cláusula sexta do contrato:

> a) A Secretaria de Estado de Fazenda — SEFA, repassará ao Paranacidade os valores correspondentes às amortizações e juros dos créditos assumidos pelos tomadores e subtomadores dos créditos do FDU;
>
> b) Os recursos provenientes de empréstimos externos serão liberados em favor do Paranacidade mediante aviso de 48 horas após ingressarem no Tesouro Geral do Estado;
>
> c) A SEFA reterá os recursos necessários à amortização dos empréstimos externos obtidos junto ao BID, dentre as parcelas referidas em "a".

O Paranacidade ainda conta com recursos orçamentários estaduais (cláusula oitava). O prazo do contrato é de 20 anos (clausula sétima), coevo com o dos empréstimos obtidos junto ao BID. E a avaliação do desempenho e dos resultados de suas ações e atividades será efetuado pelo próprio Paranacidade e apresentado à Assembléia Legislativa (cláusula nona).

25. Este contrato de gestão foi aditado em 06.01.2000, a fim de alterar a sistemática de movimentação dos recursos, estabelecendo que estes deverão ser depositados quinzenalmente pelo agente financeiro em conta específica do Paranacidade os recursos destinados àquele órgão.

26. Analisando-se a Lei que criou o Paranacidade, bem como seus Estatutos, verifica-se o seguinte:

> a) Trata-se de um Serviço Social Autônomo da segunda espécie acima mencionada, pois decorre da extinção de uma fundação anteriormente existente, que passou a desenvolver atividades em muito semelhantes àquelas anteriormente incumbidas ao órgão extinto, e que depende de recursos orçamentários para o desenvolvimento de suas atividades.
>
> b) Suas finalidades não são condizentes com o perfil de Serviço Social Autônomo estabelecido pela Doutrina e acatado pelo TCU em razão de que visa, inclusive, gerenciar recursos públicos, próprios e obtidos por empréstimo externo. É uma delas, conforme o art. 1° de sua lei de criação: "captar e aplicar recursos financeiros no processo de desenvolvimento urbano e regional do Estado do Paraná". Em suma: não cabe às entidades do assim chamado *terceiro setor* a atividade de intermediação financeira.
>
> c) No mesmo sentido, vários de seus objetivos (art. 9°) não condizem com o perfil de um Serviço Social Autônomo, dentre eles o de gerir Fundos de

Desenvolvimento (inciso I), constituir-se em instrumento de intermediação administrativo-financeira (inciso III) e financiar as intervenções urbanísticas (inciso IV).

d) Observa-se mesmo que parte das receitas deste órgão decorrem da atividade de administração destes Fundos financeiros (art. 17).

e) Os Estatutos do Paranacidade, a despeito de serem mais recentes, também contemplam esta atividade de intermediação financeira (art. 5°).

27. Portanto, quanto à análise jurídica do Contrato de Gestão firmado entre o Governo do Estado do Paraná e o Paranacidade, verifica-se que:

a) Há uma flagrante inconstitucionalidade em sua existência, decorrente de uma mesma pessoa física ter firmado compromissos tanto como contratante como quanto contratado, o que macula o instrumento por infringência, ao menos, ao Princípio da Moralidade Administrativa, inscrito no art. 37, *caput*, da Carta de 1988.

b) O Governo do Estado do Paraná transferiu *in totum* a normatização de vários Programas Estaduais para o Paranacidade, verdadeiros instrumentos de consecução de políticas públicas, inclusive com a receita deles oriunda (cláusula quarta, § 3°), o que demonstra verdadeira privatização das finalidades públicas destes Programas;

c) A movimentação de recursos demonstra a alocação de verbas de recursos próprios e de verbas decorrentes de empréstimos obtidos pelo Tesouro Estadual paranaense para o Paranacidade, a fim de que este proceda à gestão financeira destes recursos, conforme suas finalidades estatutárias e legais, e as estabelecidas no contrato de gestão. A alteração efetuada no ano 2000 não descaracteriza sua função de verdadeiro gestor de recursos financeiros públicos.

d) A avaliação do desempenho e dos resultados de suas ações e atividades será efetuado pelo próprio Paranacidade e apresentado à Assembléia Legislativa (cláusula nona). É sintomático que a menção à Assembléia Legislativa quer implicitamente dizer ao Tribunal de Contas do Estado. Contudo, chama a tenção o fato de que o Governo do Estado não criou nenhum mecanismo de avaliar as políticas públicas que delegou ao Paranacidade. É um contrato de gestão onde aquele que delega não se atribui sequer o poder de avaliar.

VI — Síntese conclusiva:

28. Neste passo, entendo que podermos alinhavar algumas conclusões acerca dos Serviços Sociais Autônomos e da figura do Contrato de Gestão.

Pode-se afirmar que:

a) Existem dois tipos de Serviços Sociais Autônomos:

1) Aqueles cujas funções são atribuídas à iniciativa privada, vinculada à atribuição de *capacidade tributária* para arrecadar contribuições parafiscais. Entendo que estes estão aptos a exercer legitimamente as atribuições delegadas pelo Estado;

2) Aqueles que decorrem da extinção de órgãos preexistentes no Estado, cujas atribuições são delegadas a entes também criados pelo Estado, mas com roupagem privada, para o desenvolvimento de funções semelhantes àquelas estabelecidas para o órgão extinto. Estes indicam muito mais uma contrafação estatal do que uma delegação de atribuição administrativa. Se era estatal pode deixar de sê-lo apenas em razão de uma nova forma de organização administrativa e societária, mantida a titularidade do capital e a origem dos recursos? Entendo que não.

b) Estes dois tipos não podem ser tratados igualmente, a despeito de receberem na Doutrina e nas decisões dos TCUs tratamento uniforme. Não importa o invólucro, mas o conteúdo, afinal, uma rosa é uma rosa, seja pelo cheiro, seja pela cor ou pelo formato[25]. Pode-se batizá-la de cravo, de canela, até mesmo de estátua da liberdade, mas sempre será uma rosa. Caso coloquemos café em uma garrafa de coca-cola o conteúdo se transformará em refrigerante? Por óbvio que não.

c) Tanto isto é verdadeiro que o segundo tipo de Serviço Social Autônomo mencionado só se operacionaliza através do sistema de contrato de gestão, através do qual o Poder Público transfere àquele ente os objetivos e finalidades mencionados.

d) Esta exigência foi constitucionalizada pela Emenda nº 19/98 através da atribuição de uma lei geral que estabeleça alguns parâmetros para a existências de contratos de gestão.

e) Esta lei geral, até que venha a ser criada pela União, pode vir a ser instituída pelos Estados, fruto do que determina o art. 24, § 3º, da Carta de 1988.

f) Não se tornam inválidos os contratos de gestão anteriores à exigência constitucional de para eles serem criadas *normas gerais*, pois tal efeito feriria o Princípio da Irretroatividade das Leis.

25 A matriz deste raciocínio pode ser encontrada em Shakespeare, na famosa cena do balcão no jardim dos Capuletos: "Somente teu nome é meu inimigo. Tu és tu mesmo, sejas ou não um Montecchio. Que é um Montecchio? Não é mão, nem pé, nem braço, nem rosto, nem outra parte qualquer pertencente a um homem. Oh! Sê outro nome! O que há em um nome? O que chamamos de rosa, com outro nome, exalaria o mesmo perfume agradável; e assim Romeu, se não se chamasse Romeu."

Bibliografia:

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*, 2ª ed., México, Fontamara, 1998.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria.* RT, ano 89, vol. 779, set/2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., SP, Malheiros, 1994.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União.* Ac. 0112-41/95-P, Rel. Ministro Carlos Átila. .

CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2ª ed., SP, RT, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle nas SA's*, SP, RT, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, SP, Atlas, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989 e

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. SP, Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª. ed., SP, Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez de. *Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal.* Revista de Direito Administrativo, 214:99-106, out/dez-98. RJ, Ed. Renovar.

HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciência de la cultura.* Madrid, Ed. Tecnos, 2000.

LAUBADERE, André de. *Direto Público Econômico*, Coimbra, Almedina, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Baleixo e José Emanoel Burle Filho, 22ª edição, SP, Malheiros, 1997.

SCAFF, Fernando Facury, *Responsabilidade do Estado Intervencionista*, 2ª ed., RJ, Renovar, 2001.

_____. *Ensaio Sobre o Conteúdo Jurídico do Princípio da Lucratividade. In: Constituição e Democracia, Antonio Maués (org.), SP, Max Limonad, 2001, págs. 61-95.*

Aspectos Modernos do Direito Societário

Nelson Eizirik



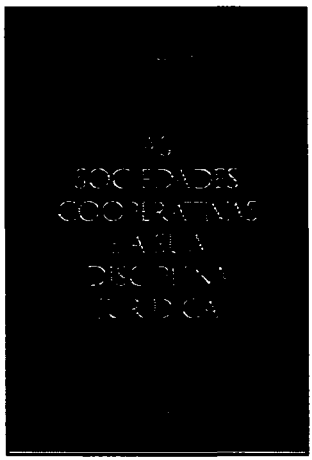
Esta obra reúne parte dos estudos e pareceres de Direito Societário e mercado de capitais escritos nos últimos quatro anos pelo autor, quase todos inéditos. A eventual modernidade da obra é dada pelos temas que a compõem — ainda pouco analisados na doutrina nacional — e pela abordagem utilizada, na qual os institutos jurídicos são estudados tendo em vista, sua função econômica.

Ref. 0038 **Brochura** **238 págs.**
Form. 14x21 **1992**

As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica

Waldirio Bulgarelli

Nesta obra o autor tem o intuito de esclarecer, de um lado, a situação jurídica das sociedades cooperativas no Brasil e, de outro, além das lições da doutrina cooperativista, também os problemas que as assoberbam, necessitando constantemente de seguidos esclarecimentos.



Ref. 0186 **Brochura** **392 págs.**
Form. 14x21 **1998**