



NILO & ALMEIDA
ADVOGADOS ASSOCIADOS

ARTIGOS



(61) 3043-8065 

Ed. Ok Office Tower 
Setor de Autarquias Sul
QD. 5 Bloco K
Salas 712 a 715 e 801 a 817



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Conceito constitucional dos Serviços Sociais Autônomos

Constitutional concept of the Autonomous Social Services

Edvaldo Nilo de Almeida

Resumo: O objeto de estudo são os serviços sociais autônomos e o conceito constitucional fundado no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Por certo, a delimitação do estudo são os serviços sociais autônomos, especificadamente o seu conceito constitucional. Com esse propósito, busca-se responder se o fenômeno da criação e atuação dos serviços sociais conflita com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Serviço Social Autônomo. Constituição Federal de 1988.

Abstract: The object of study is the Brazilian Autonomous Social Services and the constitutional rights of the citizens: the constitutional concept founded in article 6th of the Brazilian Constitution. Therefore, the delimitation of the study is the autonomous social services, specifically the constitutional concept. With this purpose, the intention is to answer if the phenomenon of the creation and performance of social services conflicts with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Autonomous Social Services. Federal Constitution of 1988.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n2p194-233>

CONCEITO CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Edvaldo Nilo de ALMEIDA*

Sumário: 1 Fatores considerados no arranjo institucional e que incidem na decisão política de descentralizar determinado serviço como serviço social autônomo; 2 A natureza jurídica dos serviços sociais autônomos; 2.1 Prévia compreensão sobre regime jurídico e natureza jurídica; 2.2 Vertentes doutrinárias: 2.2.1 Serviços sociais autônomos como entes paraestatais; 2.2.2 Serviços sociais autônomos como entes associativos ou fundacionais; 2.2.3 Serviços sociais autônomos como entes de primeiro, segundo e terceiros tipos; 2.2.4 Serviços sociais autônomos como agências executivas, sob a forma de autarquia; 2.2.5 Serviços sociais autônomos como entidades sui generis; 3 Existe um sistema “S”?; 4 Proposta de conceito constitucional dos serviços sociais autônomos; 5 Conclusões; 6 Referências bibliográficas.

1. Fatores considerados no arranjo institucional e que incidem na decisão política de descentralizar determinado serviço como serviço social autônomo

Partindo-se da correta premissa de que os serviços sociais autônomos realizam atividade privada de interesse público e social, é mister compreender os motivos pelos quais o Estado, por meio do legislador, autoriza-os ou institui, deixando de optar pela criação de ente da administração pública direta ou indireta, ou por outra forma institucional para alcançar seus objetivos.

Cumprе esclarecer que não haveria qualquer óbice para a instituição de entes da administração indireta, ou até mesmo da direta, com vistas à realização das atividades atualmente confiadas aos serviços sociais autônomos, sendo certo que a opção pelo modelo em discussão é legítima à luz do que dispõe o texto constitucional.

Salgado e Almeida (2012, p. 197) lecionam que a definição quanto às formas institucionais de atuação do Poder Público obedecem àquilo que denominam gradiente ou *continuum*, que é modulado, do ponto de vista jurídico, desde as entidades com

* Pós-Doutorando no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos do *Ius Gentium Conimbrigae* associado à Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Planejamento Tributário (FTE). Procurador do Distrito Federal (2009-atual). Procurador da Fazenda do Distrito Federal no Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Distrito Federal - TARF/DF (2019-atual).

maior grau de incidência de normas jus publicísticas até aquelas em que há preponderância do direito privado.

Na construção deste gradiente de formas jurídico-institucionais, são levados em consideração principalmente dois critérios principais de definição: o grau de razão pública da ação estatal e a área de intervenção (econômica ou social). Como recorte metodológico, representam o gradiente a partir de dois eixos cartesianos. O eixo das abscissas classifica a ação estatal pelo setor de atuação. O eixo das ordenadas separa a ação executiva direta e indireta do estado. Quanto mais alto e mais à direita, no gradiente, uma forma institucional estiver, mais afetada às normas de direito público se encontrará. Quanto mais à esquerda, e abaixo, no gradiente, mais incidência de normas privatísticas ocorrerá.

Ainda segundo os referidos autores (Salgado, Almeida, 2012, p. 299), com base nesses dois critérios, a distribuição no gradiente, das diversas formas jurídico-institucionais e de relacionamento público-privado previstas no direito administrativo brasileiro, consideram-se os principais aspectos estatutários definidores de cada uma das figuras e modelos de relacionamento, particularmente os seguintes: (i) natureza de suas finalidades; (ii) natureza do ente instituidor; (iii) direito de propriedade; (iv) forma de governança; (v) formas de financiamento; (vi) regime jurídico aplicável e (vii) forma de controle.

Salvo naquelas hipóteses em que não seja possível ao Estado deixar de prestar determinado serviço público, ou atividade, pela administração pública direta, como, por exemplo, relações exteriores ou polícia, verifica-se que a adoção de formas jurídicas-institucionais pela administração indireta, ou pelos entes de colaboração, é plenamente viável, à luz da ordem jurídica, bastando, para isso a observância dos critérios de definição sugeridos acima que, como se vê, referem-se mais à definição do regime jurídico aplicável que propriamente aos critérios de conveniência do legislador.

O aspecto da finalidade da atuação estatal é, segundo Valéria Alpino Bigonha Salgado e Valdomiro José de Almeida, o mais importante, já que atividades estatais privativas do estado e do Chefe do Poder Executivo, como, por exemplo, a direção superior da administração pública (Constituição Federal, artigo 84, inciso II), obrigatoriamente se encontram sob a égide das normas do direito público, naquilo que denominam polo superior do gradiente. A razão pública, neste caso, impede a adoção de forma jurídica diversa que não seja a prestação da atividade pela administração pública direta.

No caso dos serviços sociais autônomos, as atividades de fomento, de assistência e de educação prestadas não encontram razão pública suficiente para ocuparem exclusivamente a área estrita do direito público e da incidência das normas do regime jurídico-administrativo, podendo a finalidade da atuação estatal ser alcançada por formas jurídicas de direito privado.

Por outro lado, ainda de acordo com os referidos autores, a natureza do ente instituidor interfere diretamente na definição da forma jurídico-institucional, sendo que quanto mais direta e exclusiva for a participação do poder público na criação da instituição, mais incidência de normas jus publicísticas ocorrerá.

Os serviços sociais autônomos ainda que criados ou instituídos a partir do Estado, por meio da lei, assumem forma jurídica de direito privado e não compõe a administração pública direta ou indireta. Quando muito, podem ser considerados entes que atuam em conjunto com o Estado, ou, numa acepção muito ampla, e não aceita integralmente pela doutrina, entes colaboradores. Outrossim, é certo que é antiga a preocupação com a delimitação da natureza jurídica dos serviços sociais autônomos, constituída pelo Poder Público, mas sob a forma de sociedade civil, sem fins lucrativos, cujo objetivo social é a atividade de inclusão no mercado de trabalho e a promoção social dos trabalhadores.

Como terceiro aspecto de definição de formas jurídico-institucionais, os autores Salgado e Almeida (2012, p. 201) apontam, ainda, o direito de propriedade dos bens e interesses vinculados à prestação de serviços afetados à busca do interesse público exclusivo ou não exclusivo. Deste modo, na administração pública, o direito de propriedade estatal implica que há total submissão do uso desse direito à consecução dos interesses públicos, enquanto que o direito privado de propriedade se destina à busca do interesse particular.

Aqui, neste ponto do estudo dos serviços sociais autônomos, constata-se com clareza a confluência das esferas pública e privada, e um hibridismo no regime da propriedade já que as referidas entidades são de direito privado, e a tal regime jurídico se submetem, porém, é reconhecida a derrogação parcial por normas de direito público a justificar, por exemplo, a prestação de contas perante os tribunais de contas, a supervisão administrativa por parte do Executivo, a participação do Estado nos órgãos de direção superior e a realização de procedimentos de aquisição de bens e serviços obedientes aos princípios da administração pública, além de processos seletivos de pessoal que devem ser impessoais.

Quanto ao sistema de governança, verifica-se que por estarem fora da administração pública, não haveria como inseri-los no direito público, uma vez que as mais diversas entidades dos serviços sociais autônomos submetem-se a procedimentos específicos de definição dos órgãos de gestão, em que há participação paritária do Estado e da sociedade.

Deste modo, e ainda tendo em vista a hibridez do instituto, bem como as finalidades para as quais foram instituídos os serviços sociais autônomos, a composição paritária de seus órgãos de direção mitiga as normas do regime jurídico administrativo enquanto que estabelece a gestão privada dos seus bens e serviços, à luz do regime jurídico de direito privado.

Tem-se, portanto, que as formas jurídico-institucionais situadas nos quadrantes superiores do gradiente caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade público, na linguagem de Salgado e Almeida (2012, p. 204), enquanto que as que se situam abaixo do eixo das abscissas caracterizam-se pela predominância do direito de propriedade privado, em que os resultados da atividade institucional – novas receitas, incorporação ao patrimônio, assim como dívidas e prejuízos – se reverterem ao particular. É neste último quadrante que se encontram os serviços sociais autônomos.

Outra dimensão importante na definição da atuação estatal, a justificar a adoção de uma outra forma jurídica-institucional, segundo os autores acima, refere-se às fontes de financiamento da ação direta ou indireta do Poder Público. As entidades estatais mais próximas da atuação privativa do Estado, mais vinculadas ao regime de direito público, em geral, são financiadas por recursos de origem pública, provenientes do orçamento geral da União ou por tributos, por exemplo. Outrossim, entidades como os serviços sociais autônomos, ainda que possuam em seu benefício contribuições para-fiscais, ou até mesmo dotações orçamentárias, podem também contar com recursos de natureza privada de modo que não dependam exclusivamente do fomento público e ainda que não possuam finalidade lucrativa.

Salgado e Almeida (2012, p. 206) apontam, ainda, quanto ao regime jurídico, outro aspecto de definição das formas jurídico-institucionais em estudo, qual seja, a existência de uma região *borderline* no gradiente, com regimes híbridos de direito público, com regras administrativas de direito privado (administração indireta) e de direito privado, com regras de direito público impostas pela relação contratual ou convencional estabelecida entre a entidade civil e o Poder Público.

Quando as finalidades da instituição atenderem a objetivos privados, ainda que de interesse público, o regime jurídico tenderá a ser privado, afirmam os autores acima. Ora, é justamente como ocorre com os serviços sociais autônomos que, como já dito, realizam atividade privada de interesse público e social, nos termos das leis que autorizaram sua criação ou os instituíram.

Por fim, aduzem que a incidência do tipo de controle nas formas jurídico-institucionais adotadas pelo Poder Público varia em conformidade com o regime jurídico adotado, o direito de propriedade e o grau de incidência das normas jus publicísticas quanto às fontes de financiamento e seus sistemas de governança. No caso dos serviços sociais autônomos, é assente na jurisprudência que não se sujeitam ao controle dos tribunais de contas da mesma forma que as entidades da administração pública, na qual não se enquadram.

Deste modo, percebe-se que a opção pela adoção da forma institucional estudada neste artigo, num primeiro momento, quando se deu a autorização para a criação dos serviços sociais autônomos, foi justamente conferir maior independência para

os setores empresariais interessados na prestação de assistência e educação profissional às respectivas categorias profissionais destinatárias.

Ainda que posteriormente se perceba uma evolução legislativa no sentido de agregar outras características de interesse social aos serviços sociais autônomos, o objetivo de suas instituições, inclusive das novas, foi a busca e o alcance da efetivação dos direitos sociais para integração no mercado de trabalho dos menos favorecidos, sejam pessoas físicas ou pessoas jurídicas, de acordo com o que está expressamente previsto no artigo 6º da Constituição Federal, mediante participação da sociedade na gestão e no desenvolvimento das atividades destas entidades.

Como dito, a forma institucional adotada foi, e é, a que se considerou a mais adequada, à luz dos critérios do legislador, para o alcance das finalidades de cada entidade. Se é certo que os serviços sociais autônomos realizam atividade privada de interesse público, não menos certo é que representam uma evolução na atuação do poder público na busca dos objetivos postos na Constituição Federal relacionados à busca de um maior desenvolvimento social, sem os rígidos limites do regime jurídico administrativo, porém com todos os ganhos representados pela gestão compartilhada dos interesses.

Por fim, é interessante observar que não deixa de ser preocupante a posição de alguns no sentido de privilegiar o princípio da “reserva institucional”, como apto a acoimar de inconstitucionais os serviços sociais autônomos, enquanto reconhecem que não são entidades da administração pública, além de desconhecer o gradiente de formas institucionais, conforme acima demonstrado, que refletem, antes de qualquer anomalia, a riqueza do Direito brasileiro que se recusa, corretamente, a se limitar aos rígidos cânones de formas pré-determinadas, como se o trabalho do legislador não merecesse, como de fato merece, ser reconhecido.

2. A natureza jurídica dos serviços sociais autônomos

Conforme demonstrado nas linhas pretéritas, a compreensão do que sejam os serviços sociais autônomos na ordem jurídica brasileira, bem como a extensão de suas prerrogativas e sujeições, notadamente quanto à sua submissão, ou não, às normas juspublicísticas, imprescinde da prévia análise de sua natureza jurídica.

Como se sabe, a expressão “natureza jurídica” remete à compreensão do enquadramento do tema em estudo no campo maior da teoria do geral do direito com vistas a identificar os elementos conceituais que o peculiarizam e permitem a aplicação de um regime jurídico próprio e adequado.

Neste sentido, para uma análise mais detalhada dos serviços sociais autônomos é curial a verificação, aos níveis doutrinário e jurisprudencial, das diversas compreensões acerca do instituto em discussão, bem como das consequências práticas ad-

vindas da assunção de um entendimento ou de outro, à luz do que dispõe o artigo 6º da Constituição Federal e da necessária efetivação dos direitos sociais.

2.1. Prévia compreensão sobre regime jurídico e natureza jurídica

Carneiro Neto (2011, p. 3) com razão aduz que o enquadramento de um objeto de estudo do Direito numa determinada categoria, conferindo-lhe o que se costumou chamar de “natureza jurídica”, é apenas o primeiro passo para se entender qual o conjunto de normas que lhe são aplicadas.

Em outras palavras, e em conformidade com o objeto de estudo neste trabalho, a compreensão do que seja a natureza jurídica de um instituto permite identificar seu regime jurídico, este compreendido como o conjunto de normas que lhes sejam aplicáveis.

A partir daí, ou seja, da compreensão do que seja a natureza jurídica de um objeto de conhecimento, como são os serviços sociais autônomos, pode-se obter sua classificação e compreensão no campo da teoria do geral do direito, bem como a delimitação dos institutos e alcance dos respectivos modais deonticos, ou seja, da ordenação estatal dos comportamentos mediante o direito posto.

Por esta razão, no trabalho de classificação e definição taxionômica jurídica é mister identificar dentre os objetos de conhecimento, as similaridades, os pontos em comum, para que se possa reunir sob um único rótulo, e tão somente para fins de compreensão científica, e definição da natureza jurídica, o termo que precise com a exatidão possível, dadas as deficiências da linguagem, a espécie, ou a localização do instituto, na teoria geral do direito. Em outras palavras, antes de se definir a natureza jurídica de um instituto, é mister, tanto quanto possível, classificar os objetos de conhecimento.

Neste sentido, aduz Carneiro Neto (2011, p. 4), classificar é agrupar por classes, segundo aquilo que se compreende como sendo a “natureza” de cada coisa. Coisas com características similares são agrupadas numa mesma classe, passando a ser consideradas, sob esta ótica, como detentoras de uma mesma natureza.

Além disso, é preciso entender que toda classificação é apenas um modo de ordenar o pensamento e, invariavelmente, carrega em si algum grau de subjetivismo já que é o classificador que estabelece os critérios pelos quais os objetos de conhecimento serão segregados em categorias ou classes.

Ainda, segundo as lições de Carneiro Neto (2011, p. 5), no campo do direito, os grupos nos quais se buscam classificar objetos diversos segundo determinadas características possuem em comum aquilo que se convencionou chamar de “natureza jurídica”, ao passo que o conjunto dessas características de cada coisa compõe o seu respectivo “regime jurídico”. Coisas com uma mesma natureza (categoria jurídica a que pertence o objeto) costumam ter regimes jurídicos (conjuntos de normas jurí-

dicas que incidem sobre o objeto) semelhantes que justificam esse enquadramento, ou seja, regimes jurídicos com pontos comuns, ou, como preferem alguns, um “regime jurídico geral”.

Bandeira de Mello (2019, p. 166), por sua vez, leciona que a taxinomia jurídica, como outra qualquer, só tem o préstimo de fornecer rotulação para objetos símiles. A similaridade em Direito é a de regime jurídico e não alguma outra qualquer. Assim, um *nomen juris* só pode corresponder a um signo breve para nominar coisas juridicamente equiparáveis pelos princípios e regras que os regulem.

Os serviços sociais autônomos, conforme se defendeu em linhas pretéritas, e conforme será demonstrado adiante, constituem categoria distinta das demais existentes nas classificações geralmente aceitas pela doutrina, já que sua natureza jurídica não comporta os rígidos limites do regime jurídico administrativo, com suas prerrogativas e sujeições, bem como admite derrogações nas normas de direito privado.

2.2. Vertentes doutrinárias

2.2.1. Serviços sociais autônomos como entes paraestatais

Não se localiza na doutrina majoritária entendimento que preconize a manutenção dos serviços sociais autônomos na administração pública indireta. No máximo, como fazem Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entende-se que estes serviços se enquadram como *entidades paraestatais*.

Di Pietro (2019, p. 303) leciona que os serviços sociais autônomos não se sujeitam às mesmas normas constitucionais das entidades da administração indireta, havendo, tão somente, derrogação parcial de normas de direito privado, na medida prevista em leis infraconstitucionais, em especial nas que autorizaram sua instituição.

Do mesmo modo, no caso dos serviços sociais autônomos não há *delegação* de atividade administrativa, mas, sim, *fomento*. A única delegação reconhecida pela autora, em relação aos serviços sociais autônomos, é de capacidade tributária ativa para (algumas entidades) receber contribuições parafiscais instituídas em seu favor.

Por fim, a Professora Maria Sylvia, ainda distinguindo os serviços sociais autônomos das entidades da administração pública indireta, aduz que aqueles apenas colaboram com o Estado em atividades de interesse público fomentadas, enquanto estas, mesmo as que possuem personalidade jurídica de direito privado, integram a Administração Pública e constituem-se em *longa manus* de atuação estatal.

Lopes Meirelles (2003, p. 361) leciona que as entidades do sistema “S” são serviços sociais autônomos classificáveis como entes paraestatais:

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, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições paraestatais. *São entes paraestatais*, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou fundações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. (grifo nosso)

Segundo Lopes Meirelles (2003, p. 361), “[...] embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.”.

Com efeito, especialmente em relação aos serviços sociais autônomos clássicos, ou entidades “puras”, verifica-se que sua instituição se deveu à necessidade, identificada pelo Estado, de fomentar certas atividades e serviços relacionados a categorias econômicas e profissionais, como educação profissional, assistência social e saúde.

Essa lição é acatada e reproduzida por quantos tenham se dedicado ao tema, como, por exemplo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 271):

[...] Hely Meirelles qualificou como entes paraestatais as pessoas jurídicas de direito privado criadas ou autorizadas por lei, com patrimônio próprio, e competência específica para o desempenho de certas funções de interesse coletivo. Podem, entretanto, ter prerrogativas estatais, desde que em caráter excepcional, ao contrário do que ocorre com as autarquias. Então, englobam, no termo a que atribui caráter genérico, várias espécies, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos, as fundações culturais e hospitalares..

Ainda, como anota Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, foi acertada a orientação preconizada em manter a figura do ente paraestatal como pessoa jurídica de direito privado. Serve para designar entidades, na regência de interesse coletivo, mas sob organização jurídica privada. Realmente, diz, a própria denominação esclarece não se tratar de entidades estatais, mas paraestatais, portanto, não devem ser consideradas pessoas de direito público, mas de direito privado, para realizar cometimentos paralelos ao do Estado.

Esta posição é criticada por Bandeira de Mello (2019, p. 166) para quem ao se colocar os serviços sociais autônomos sob a mesma rotulação de “paraestatais”, com as sociedades de economia mista e empresas públicas, estas sim integrantes da administração pública indireta, Hely Lopes Meirelles assumiu posição insuscetível de ser aceita no Direito brasileiro. Segundo Celso, “[...] é inaceitável colocar sob um di-

visor comum, entidades da administração indireta de par com sujeitos alheios a ela [...]”.

Da mesma forma, Di Pietro (2019, p. 302) aduz que Hely Lopes Meirelles coloca na mesma categoria de entidades paraestatais pessoas jurídicas que têm natureza jurídica diversa, já que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações instituídas pelo Poder Público são entes da administração pública indireta, o mesmo não ocorrendo com os serviços sociais autônomos. Di Pietro, por outro lado, apoiando-se nos entendimentos de Hely Lopes Meirelles e Orlando Gomes, leciona que estas entidades (os serviços sociais autônomos) não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); e exatamente por isso são incentivadas pelo poder público.

Di Pietro (2015, p. 283) leciona no sentido de que “[...] não há dúvida de que tais entidades foram criadas com personalidade jurídica de direito privado, o que afasta a natureza autárquica.”.

A atuação estatal, no caso, diz Di Pietro, é de fomento e não de prestação de serviço público. Por outras palavras, a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a essa finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Moreira Neto (1997, p. 88-89), a seu turno, aduz que “[...] 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.”. Outrossim, ainda de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[...] embora oficializadas pelo Estado, não integram nem a Administração Direta nem a Indireta, mesmo empregando recursos públicos provenientes de contribuições parafiscais.”.

Ainda, Moreira Neto (2014, p. 131) aponta que ao cabo da vertiginosa evolução da Política e do Direito Político ocorrida no final do século 20 houve a percepção da necessidade de se limitar hipertrofia dos modelos dominantes de Estado, reduzindo suas onímodas intervenções regulamentadoras nos processos espontâneos da sociedade para adotar uma crescente atuação suasiva, orientadora e estimuladora, despida de coação, com o oferecimento de novos modelos alternativos de livre adesão, racionais, razoáveis e voltados à coordenação de esforços para o desenvolvimento econômico e social.

Neste sentido, é possível qualificar os serviços sociais autônomos naquilo que o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina atividade de fomento exercida pelo Estado. Não compõem a administração, mas exercem atividade fomentada, estimulada, pelo Estado.

Rocha Furtado (2016, p. 188), após qualificar de *anomalias* os serviços sociais autônomos, por pretensa violação ao princípio da reserva institucional, também defende que os serviços sociais autônomos sejam classificados como entes paraestatais, aduzindo, ainda que a maior particularidade dessas entidades reside no fato de que são criadas pelo Estado, mas não integram a administração pública direta ou indireta.

Justen Filho (2013, p. 322) aproxima os conceitos de ente paraestatal e de serviço social autônomo ao conceituá-los da seguinte forma:

Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.

Por fim, Marçal Justen Filho informa que durante os anos de 2008 e 2009 foi formada uma comissão de juristas com a intenção de realizar uma reflexão sobre os limites, contradições, fragilidades e potencialidades de cada forma de estruturação das atividades administrativas e de fomento e parceria do Poder Executivo Federal.

Disso resultou uma proposta de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Nesse sentido, nos termos desse documento, os serviços sociais autônomos são previstos formalmente como entes paraestatais, não integrantes da administração pública e definidos como “[...] pessoas jurídicas criadas ou previstas por lei federal como entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e sujeitas ao disposto no artigo 240 da Constituição.” (art. 71).

Ainda assim, de acordo com o referido projeto, devem obrigatoriamente observar os princípios da “[...] legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade, e atender às normas constitucionais, legais, regulamentares, estatutárias e regimentais aplicáveis.”.

De acordo com Di Pietro (2015, p. 230), preferiu-se, no projeto incluir na categoria de entidades paraestatais as pessoas jurídicas que, embora criadas mediante autorização estatal, não integram a administração pública direta ou indireta. Por outro lado, ficaram separadas das entidades do terceiro setor que, embora prestem serviços de relevância pública, são criadas pela iniciativa privada; quando muito, rece-

bem alguma qualificação jurídica, que as habilita a fazer parceria com o Estado. Foram previstas como entidades paraestatais as corporações profissionais e os serviços sociais autônomos.

Como se vê, o entendimento que prevalece majoritariamente, é no sentido de que os serviços sociais autônomos são entidades paraestatais, ainda que não integrem o Poder Público, e ainda que não pudessem ser classificados na mesma espécie das pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta.

2.2.2. *Serviços sociais autônomos como entes associativos ou fundacionais*

Orlando Gomes (1950, p. 391), em lição pretérita, ao analisar detidamente a natureza jurídica do Senac e do Sesc não deixou de revelar o incômodo da inegável delimitação híbrida dos referidos serviços sociais autônomos. De acordo com o mestre, não bastaria, porém, a exclusão desses entes da esfera do direito público. Porque não cabem naquela, na outra mão de estar, ainda que, como se vê, não seja tarefa simples seu enquadramento no direito privado.

Brandão Cavalcanti (1950, p. 378), analisando a questão, advertiu, ainda em 1949, que a personalidade jurídica de que se revestem tais institutos decorrem de sua autonomia financeira, e de serviço; nunca, porém, se lhe poderia atribuir o caráter estritamente de direito privado.

Ainda segundo Orlando Gomes (1950, p. 392), conforme orientação tradicionalmente seguida, as pessoas jurídicas de direito privado se bipartem em associações e fundações, sendo que o Senac e o Sesc não se ajustam bem a nenhuma dessas categorias, muito embora, quanto à finalidade se assemelhem mais às fundações. Orlando Gomes prossegue afirmando que esses entes têm, portanto, uma feição que não se enquadra aos tipos clássicos, posto que nos seus traços se estampa visivelmente o ar de família, indicativo do parentesco próximo.

Orlando Gomes conclui que é nesse tipo de pessoa jurídica de direito privado (fundação) que se encaixam entes como o Senac e o Sesc, instituídos, segundo diz, como foram, para o preenchimento de finalidades permanentes, dotados de patrimônio afetado a essas finalidades, sem que, porém, se tenham originado da vontade de um cidadão, que fosse seu fundador. Estribado na doutrina de Luigi Ferrara, diz que possuem, os serviços sociais autônomos, toda a contextura de uma fundação, faltando apenas o fundador. Finaliza aduzindo que tais instituições não de permanecer necessariamente na esfera própria das associações e fundações.

Caio Tácito (2001, p. 316), opinando acerca da natureza jurídica do Senai/RJ é peremptório em afirmar a natureza associativa privada da entidade:

O SENAI/RJ não se enquadra, para qualquer fim, como órgão integrante da Administração Pública Direta ou Indireta da União, Estados e Municípios. É associação privada, vinculada à correspondente

entidade de classe econômica. (...) O SENAI/RJ, como demonstrado no corpo do presente parecer, é associação civil privada, ainda que autorizada em lei, não sendo gestora ou destinatária de recursos públicos.

A doutrina mais contemporânea insiste em defender a natureza associativa ou fundacional das referidas entidades, deixando, entretanto, de apontar os requisitos conceituais e o enquadramento dos serviços sociais autônomos nestas figuras.

Para Marques Neto e Bergamini Cunha (2013, p. 135-174) os serviços sociais autônomos são entes associativos não fundacionais, de direito privado e sem fins lucrativos, e que, portanto, não integram a estrutura da administração pública, seja a administração direta ou a administração indireta. São em regra criados por lei e têm como objetivo a execução de atividades de interesse público não econômicas, o que justifica o fomento prestado pelo Poder Público.

Moreira Neto (2014, p. 298) defende que os serviços sociais autônomos são instituídos sob o modelo totalmente privado, como associações civis, e se distinguem do gênero associação civil pela delegação legal que os vincula à prestação de serviços de interesse público no campo do ordenamento social e do fomento público social e, exclusivamente no caso da União pela específica delegação legal para auferirem receita arrecadada impositivamente – como contribuições sociais – destinada ao custeio dos serviços delegados.

Desta posição diverge Di Pietro (2015, p. 284) que entende não haver *delegação*, nem prestação de serviços públicos, no caso dos serviços sociais autônomos. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Santos de Aragão (2013, p. 143) observa que dentro do tema da participação do Estado em entidades privadas, merecem destaque os serviços sociais autônomos, entidades de direito privado, instituídas por lei sob formas privadas comuns – associações ou fundações, com vistas a prestar assistência, sem fins lucrativos, a certos grupos sociais e categorias profissionais, e que são financiadas por dotações orçamentárias públicas ou por contribuições parafiscais de natureza tributária.

Portanto, também o referido doutrinador reconhece a natureza associativa ou fundacional, dos serviços sociais autônomos, muito embora, tanto quanto os demais autores citados neste tópico, não explique a ausência de “sócios” ou “instituidores” em referidas entidades.

Outrossim, Santos de Aragão (2013, p. 144), após ressaltar o fato de que os serviços sociais autônomos não compõem a administração pública, possuem patrimônio próprio e realizarem atividades de interesse público, observa que o Estado possui alguma ingerência sobre tais entidades, como, por exemplo, a exigência de que devam cumprir os princípios da administração (artigo 37, *caput*, da Constituição) e

que estão sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União, ainda que não se submetam à obrigatoriedade de licitar suas aquisições de bens e serviços.

Como se vê, esta posição doutrinária antiga, diga-se, ainda não logrou explicar a ausência de associados e fundadores nos serviços sociais autônomos, o que dificulta sua aceitação.

2.2.3. Serviços sociais autônomos como entes de primeiro, segundo e terceiros tipos

Dadas as distinções que surgiram ao longo do tempo, até como forma de amadurecimento do instituto, os serviços sociais autônomos, sobretudo os mais recentes, passaram a ostentar características outras que os primeiros, levando parte da doutrina a afirmar que não é possível admitir-se a existência de um sistema “S”, com características uniformes.

Facury Scaff (2001, p. 273-297) aduz que há uma notória diferença entre o sistema estabelecido para os serviços sociais autônomos do tipo “Sesc” e “Senac” e este mesmo instituto revisitado, utilizado na Associação das Pioneiras Sociais (Aps). Ainda, segundo o referido autor, são tipos distintos, que se utilizam da mesma nomenclatura, o que vem causando uma enorme confusão. O Professor Fernando Facury Scaff defende que os novos serviços sociais autônomos, na linha do que entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, constituem contrafação, ou simulacro, de descentralização administrativa, negando, deste jeito, a existência de um sistema “S”, e a possibilidade de evolução do instituto, à luz do atual ordenamento.

Gonzalez Borges (2011, p. 4), por outro lado, ao se referir às entidades criadas a partir dos anos 1990 (Apex, Abdi e Aps) é enfática ao afirmar que não possuem nenhuma semelhança com as entidades do Sistema “S”, posto que foram criadas diretamente pela lei, mediante a transformação de entidades pré-existentes da administração pública, mantendo-se com dotações orçamentárias e destinadas a finalidades bem diversas das de fomento às atividades de aprendizagem e capacitação de categorias econômicas que caracteriza até então os serviços sociais autônomos.

Gonzalez Borges (2011, p. 6), no mesmo texto, ainda se referindo aos serviços sociais autônomos mais recentes, defende que sua criação se destina à fuga da rigidez da organização administrativa, havendo entidades cuja criação se arrima em previsão constitucional e as que não têm criação arrimada em nenhuma previsão constitucional. Nega, portanto, a existência de um Sistema “S”, na linha do que defendido por outros doutrinadores, como Fernando Facury Scaff (2011, p. 277) e Di Pietro (2015, 287), além de outros.

Bertucci Barbieri (2013, p. 2), por exemplo, aduz que essa denominação “Sistema S” remete à ideia de que a administração de todas as entidades classificadas como serviços sociais autônomos é uniforme e única, que essas entidades são inter-relacionadas e interdependentes. No entanto, segundo a referida autora, cada uma de-

las mantém regulamentos e autonomia administrativa próprias, que não se confundem.

Assim, diz, o fato de uma das entidades adotar um determinado procedimento ou estar sujeita a determinado regime, não implica necessariamente que outra entidade classificada como serviço social autônomo também o esteja. Além do “equivoco” da questão semântica envolvendo a palavra “sistema”, defende que a expressão “Sistema “S”” encontra-se ultrapassada, em razão do surgimento de outras pessoas jurídicas classificadas como serviços sociais autônomos cujos nomes são iniciados até mesmo por outras letras.

Ainda defende que não se pode tratar sob o mesmo prisma de análise jurídica, entidades vinculadas ao sistema sindical patronal (como é o caso das entidades iniciadas pela letra “S”) e outras que foram instituídas para descentralizar atividade estatal. Assim, Carla Bertucci Barbieri considera a expressão “Sistema “S”” inadequada à denominação do grupo não uniforme de entidades classificadas como serviços sociais autônomos.

Seja como for, Carla Bertucci Barbieri defende a existência de três espécies de serviços sociais autônomos: i) os tradicionais, subdivididos entre os pioneiros e os mais recentes (Sesi, Senai, Sesc, Senac, Sest, Senat, Senar e Sescop); ii) os não tradicionais (Sebrae, Apex e Abdi); e, iii) uma terceira espécie, não nominada, cuja principal seria a Associação das Pioneiras Sociais – APS (Rede Sarah).

As tradicionais seriam aquelas mais antigas, idealizadas pelo empresariado, mantidas por contribuições parafiscais, autorizadas pela lei e vinculadas ao sistema sindical.

Por outro lado, as entidades não tradicionais exerceriam suas atividades por meio de contratos de gestão, além de serem custeadas por recursos provenientes de dotação orçamentária e não estarem vinculadas ao sistema sindical, sendo instituídas pelo Poder Público. Estas entidades, diferentemente das tradicionais, não possuem beneficiários específicos, realizando atividades de interesse estatais, sobretudo vinculadas à geração de emprego e ao desenvolvimento econômico (Sebrae, Apex e Abdi).

Por fim, Carla Bertucci Barbieri apresenta uma terceira espécie de entidade, que se caracteriza por sua fonte de custeio ser predominantemente formada por dotações orçamentárias governamentais, segundo a autora (APS).

Do mesmo modo, e admitindo distinções entre os serviços sociais autônomos, Marques Neto e Bergamini Cunha (2013, p. 135-174), também classificam os serviços sociais autônomos em três subespécies, ou “tipos”.

As entidades de primeiro tipo são aquelas que compõem o denominado sistema “S” (Sesc, Senac, Sesi, e Senai num primeiro momento; e, Sest, Senat, Senar e Sebrae a

partir dos anos 1990). São os serviços “sociais” ou “clássicos”, ou entidades “puras” que surgiram na década de 1940, a partir da edição do Decreto-lei nº 9.403/1946.

Suas principais características, ainda de acordo com os referidos autores, são: i) autorização legal para sua instituição por terceiros; ii) exercício de atividades não inseridas nas incumbências estatais; iii) custeadas por contribuições parafiscais; e, iv) capacidade tributária ativa para a cobrança de tais contribuições.

Marques Neto e Bergamini Cunha (2013, p. 135-174) lecionam, por outro lado, que as entidades de segundo tipo surgiram a partir da década de 1990, como a Associação das Pioneiras Sociais (APS), com características distintas das de primeiro tipo, vez que foram criadas concomitantemente com a extinção de entes integrantes da administração pública, com assunção das respectivas competências, e serem custeadas por dotações orçamentárias.

Além disso, ainda segundo eles, outras características apontadas pela doutrina com relação a estas entidades e que fogem à disciplina dos serviços sociais autônomos “puros” residem no fato de (i) terem sido criadas diretamente por lei (e não meramente autorizadas), (ii) possuírem menor autonomia, (iii) terem seus dirigentes nomeados diretamente pelo Poder Executivo, (iv) celebrarem contratos de gestão com o Poder Público — inclusive para viabilizar o repasse de recursos — e (v) não terem sua criação fundada em previsão constitucional.

Outra característica importante a ressaltar é que, diferentemente das entidades de primeiro tipo, as de segundo tipo não se direcionam ao atendimento de grupos específicos de beneficiários, mas, sim, para a prestação de serviços públicos ou fomentar políticas de interesse do Estado.

Cunha Júnior (2019, p. 206) ensina que a Lei nº 8.246/91, autorizou o Poder Executivo a instituir o Serviço Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (APS) “[...] com o objetivo de 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.”. Do mesmo modo, a Lei nº 10.668/2003, autorizou o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil “[...] com o objetivo de promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos.

A mesma observação, pode ser feita em relação à Abdi, autorizada pela Lei nº 11.080/2004, e cujas finalidades dirigem ao fomento da produção industrial.

No que diz respeito à Aps, Zanella Di Pietro (2015, p. 288) não poupa críticas ao modelo adotado, qualificando a forma de sua instituição e gestão de seus recursos

como “[...] utilização indevida da parceria com o setor privado como forma de fugir ao regime publicístico [...]”.

Aduz que a entidade em referência não possui patrimônio, já que os bens que gere pertencem à União, conforme foi estabelecido na lei que extinguiu a fundação que a precedeu. Além disso, a autora entende como irregular o fato da entidade se manter com dotações orçamentárias da União e que ostenta, em verdade, diversas características da administração pública indireta. Conclui afirmando que a Associação das Pioneiras Sociais está “[...] em situação inteiramente irregular, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe queira atribuir [...]”.

Por fim, Marques Neto e Bergamini Cunha (2013, p. 135-174) identificam, segundo seu entendimento, uma terceira espécie de serviços sociais autônomos que, muito embora não se destinem a “[...] fomentar categorias profissionais e não contem com custeio de contribuição parafiscal (entidades do Sistema “S”) [...]”, não é originada a partir da extinção de entidades públicas pré-existentes com assunção das respectivas competências.

Tais entidades, como a Apex e a Abdi, que se destinam a exercer atividades de interesse público não exclusivas do Estado, são denominadas pelos referidos autores como “heterônomas” vez que não integram o sistema “S” (entes de primeiro tipo), sendo financiadas a partir de dotações orçamentárias, além de outras fontes como, *v.g.*, doações, contratos de gestão, decisões judiciais e exploração de seu patrimônio.

2.2.4. Serviços sociais autônomos como agências executivas, sob a forma de autarquia

Carvalho Filho (2019, p. 580) entende que os serviços sociais autônomos, mesmo não sendo integrantes da administração pública, cooperam com o governo, prestam serviço de inegável utilidade pública e se sujeitam a controle direto e indireto do Poder Público. Por tais fundamentos, entende que os serviços sociais autônomos “[...] são pessoas de cooperação governamental [...]” visto que colaboram com o Poder Público, por meio da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública.

Mais adiante, Carvalho Filho (2019, p. 582) aduz que os serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do sistema da administração pública descentralizada. Levando em consideração seu objeto institucional, poderiam ser corretamente enquadrados como agências executivas, sob a forma de autarquias. No caso acabou surgindo um regime híbrido: são típicas pessoas administrativas, embora excluídas formalmente da Administração Indireta.

2.2.5. *Serviços sociais autônomos como entidades sui generis*

Dizer que os serviços sociais autônomos são entidades *sui generis* não quer dizer coisa alguma como também não leva a lugar nenhum. Metaforicamente, poder-se-ia dizer que na Ciência do Direito utilizar a expressão *sui generis* na interpretação não é nada e nem coisa alguma ou nem é bem e nem mal. Diante da primeira dificuldade interpretativa de determinado instituto jurídico ou aparente novidade, diz-se é *sui generis* e abre-se às portas para as arbitrariedades ao invés de estudar a fundo e encontrar um caminho sólido e sério.

Usar expressão *sui generis* para a caracterização de determinado instituto jurídico é querer interpretar o Direito dando um ou mais saltos triplos carpados hermenêuticos ou um salto triplo carpado hermenêutico-dialético, mais precisamente. Essa expressão ficou conhecida quando o Ministro Carlos Ayres Britto interpelou o Ministro Cesar Peluso no julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no Recurso Extraordinário n.º 630.147/DF, eis que Peluso entendia pela inconstitucionalidade da lei em razão de uma emenda de redação aceita na tramitação pelo Senado Federal, que alterou o tempo do verbo no texto do projeto do participípio passado para o pretérito futuro. Neste momento, Ayres Britto disse “[...] o senhor está dando um salto triplo carpado hermenêutico [...]”¹, ou seja, utilizando-se de um argumento na interpretação constitucional que poderia ser considerado malabarismo jurídico bastante inovador.

Registra-se que a analogia da interpretação constitucional de Cesar Peluso com a ginasta brasileira Daiane dos Santos não seria nem possível na hipótese, pois a atleta executou com perfeição o duplo twist carpado ao conseguir medalha de ouro no XXXVII Campeonato Mundial de Ginástica Artística, na cidade de Anaheim, Estados Unidos, e o triplo *twist* carpado nunca foi executado, o que é ainda humanamente impossível na ginástica feminina segundo especialistas de biomecânica².

Decerto, explicou muito bem o uso da nomenclatura o presidente da OAB, Ophir Cavalcante, à época do julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa:

Saltos triplos são perigosos; carpados, mais ainda. Mas quando são feitos sobre a hermenêutica (interpretação) da lei só servem para atrapalhar. Evidentemente este ‘salto triplo carpado hermenêutico’ é uma invenção perigosa e nunca antes utilizado. Mais parece uma manobra protelatória para que nada seja decidido.”³.

Nessa senda, a expressão *sui generis* obscurece o saber e, muitas vezes, é utilizada como serviçal para aplicação de um regime jurídico mais benéfico a entidades que

1 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fZvStEnJ7-Y>>. Acesso em 25/12/2019.

2 Disponível em: <<http://pesquisa.ufabc.edu.br/bmclab/o-salto-de-daiane-do-santos/>>. Acesso em 25/12/2019.

3 Disponível em: <<http://poderonline.ig.com.br/index.php/2010/09/22/o-que-e-o-salto-triplo-carpado-hermeneutico-do-presidente-stf-cezar-peluso/>>. Acesso em 25/12/2019.

se equivalem, isto é, uma entidade com o mesmo regime jurídico de outras tem a incidência menos incisiva de normas mais rigorosas de fiscalização em detrimento de outras em que se aplicam integralmente o regime jurídico mais duro. Ou vice-versa, aplica-se um regime jurídico mais duro e não o legalmente posto em determinada situação por naquele ramo do Direito a aplicação do instituto ser supostamente *sui generis*.

Cita-se dois exemplos apenas: (i) a OAB ser uma instituição “mais que *sui generis*” segundo o STF, ou seja, o Supremo conseguiu ir além do indefinido e concedeu um plus ao *sui generis* e (ii) a aplicação *sui generis* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho.

No primeiro caso, discutia-se a exigência de concurso público para preenchimento de cargo ou emprego na OAB e o STF reconheceu, por maioria, a desnecessidade de concurso público para contratação de pessoal com o argumento que a OAB não teria personalidade jurídica de direito público e nem de direito privado, mas natureza jurídica mais que *sui generis*. Entende-se que concurso público não retira independência, autonomia e um melhor funcionamento da gestão administrativa da OAB.

No caso da ADI nº 3026/DF, o argumento do caráter *sui generis* para justificar as supostas “[...] sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB[...]” deixou de lado os questionamentos que verdadeiramente importavam para o deslinde da questão, a saber: (i) a OAB perde autonomia e independência com a realização de concurso público? (ii) observa-se o princípio da isonomia ao se exigir concurso público para todas as corporações fiscalizadoras de profissão menos para a OAB?

Constata-se inclusive que a ADI nº 3026/DF serviu recentemente de única fundamentação para a Ministra Rosa Weber, no MS 36.376, conceder liminar para desobrigar a OAB de prestar contas ao TCU até que o plenário do STF resolva da questão e prestação de contas dessa instituição. Em outras palavras, o caráter mais que *sui generis* da OAB, também, tornou-se único argumento para não incidência do art. 70, parágrafo único, da CF/88, mesmo a OAB cobrando nacionalmente e compulsoriamente inquestionáveis contribuições tributárias dos advogados inscritos nos seus quadros, assim como todas as outras corporações de profissões não menos importantes e que prestam contas regularmente ao TCU.

No segundo caso, a aplicação *sui generis* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, determinados juízes do trabalho compreendem que, por ser *sui generis* o processo do trabalho, a aplicação dos conceitos que toma emprestado aos outros ramos da Ciência do direito deve ser com maior elasticidade e sentido próprio. Em outras palavras, esquece-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica hodiernamente aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Justiça do Trabalho seria uma espécie de parajustiça, isto é, uma justiça ao lado das demais (federal, estadual, distrital, eleitoral e militar).

Aplica-se, nesse rumo, uma interpretação nova, diferenciada, *sui generis*, pois, segundo essa compreensão, a satisfação do trabalhador faz preceder o valor do trabalho à iniciativa privada e a empresa deveria servir ao homem e não este àquela. Dessa maneira, sob pretexto *sui generis*, contraria-se expressamente o texto de lei, ao presumir a intenção fraudulenta da sociedade sem qualquer prova, para que a execução dos bens dos sócios pelas dívidas trabalhistas ocorra diante de qualquer primeira dificuldade na execução do processo.

Certo é, como pronuncia Limogi França (1971, p. 216), na aula inaugural do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, pronunciada em 1.º de abril de 1970, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a expressão *sui generis* “[...] nada diz por si, e, a nosso ver, deveria ser banida da terminologia dos especialistas, pois com isto se preveniria muita obscuridade, de um falso Direito Científico, que prefere o esconderijo das expressões vagas, ao labor de definir com a precisão possível os institutos jurídicos [...]”.

Adotando-se algumas das lições de Limogi França (1971, p. 201) ao tratar do fenômeno da jurisprudência como costume ou fonte formal do direito positivo, compreende-se que os partidários de uma tese jurídica *sui generis*, em regra, incidem em todas ou algumas das infelizes constatações seguintes, a saber: (i) não dizem em que medida e sob quais condições o direito público ou o direito privado deverá se impor ao intérprete na aplicação do instituto *sui generis*; (ii) as meras afirmações de tese *sui generis* contrariam abertamente as regras e os princípios da organização constitucional posta até àquele momento, acarretando insegurança jurídica; (iii) colocam o instituto *sui generis* num pedestal, endeusando-o, tornando-o espécie independente e bem distinta das exigências legais e das experiências jurídicas vivenciadas até então; (iv) supostamente inovando com a tese *sui generis* as exigências legais continuariam não satisfeitas, criando-se instabilidade, verdadeira causa da falta de efetividade do Direito; (v) ao sustentar a tese *sui generis* cria-se uma evidente extravagância, uma anomalia, uma singularidade, desviando-se mais uma vez da segurança jurídica.

3. Existe um sistema “S”?

Feitas as considerações acima, e tendo em vista a necessidade de se determinar com precisão a exata localização dos serviços sociais autônomos no âmbito do ordenamento jurídico pátrio e, ainda, a existência de doutrina que defende a inexistência de um sistema “S” no Brasil, é necessária uma incursão na Teoria Geral dos Sistemas para, ao final, demonstrar sim a existência do sistema em referência.

Nessa senda, Kant (1989, p. 657) trabalhando a oposição dos termos rapsódia e sistema, de forma lapidar assim manifestou:

Sob o domínio da razão não devem os conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas *um sistema*, e *somente deste modo podem*

apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema entendendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Esse é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determina a priori todo o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na ideia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados a priori. O todo é, portanto, um sistema organizado (articulado) e não um conjunto desordenado (coacervatio); pode crescer internamente (per intussusceptionem), mas não externamente (per appositionem), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins. (grifos nossos)

A distinção entre rapsódia e sistema ajuda a entender o conhecimento racional. A rapsódia como mero aglomerado qualquer de conhecimentos fáticos ou uma verdadeira miríade de informações não permite a emancipação humana e propicia um conhecimento histórico na concepção Kantiana (1989, p. 659-660), isto é, “Sabe e ajuíza apenas segundo o que lhe foi dado. Contestais-lhe uma definição e ele não sabe onde buscar outra [...]”. Já o sistema como unidade de conhecimentos diversos subsumidos sob uma ideia explora o conhecimento racional e capacita o seu intérprete a trabalhar diante de um enorme leque de hipóteses antecipadas e não antecipadas, consubstanciada na ideia, ordenadas segundo princípios comuns às partes de que se compõe esse conhecimento e com abertura para incorporar criticamente o novo, o diferente do que se estudou até então.

Nessa linha, sistema é a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada. Ferraz Júnior (1976, p. 2), a par de apontar divergência doutrinária quanto à existência de um sistema jurídico, leciona que a ideia de um sistema legal aponta, porém, para uma unidade mais profunda, na medida em que os diferentes processos interpretativos devam se complementar e se exigir mutuamente.

Na verdade, diz Ferraz Júnior (1976, p. 2), mesmo entre aqueles que se mostram céticos sobre a possibilidade da existência de um sistema jurídico, reconhece-se que a ordem jurídica não pode dispensar a unidade sistemática. Outrossim, conceitua sistema jurídico como o “[...] conjunto das instituições, judiciárias e administrativas, ligando o conjunto das normas à própria vida social por ele regulada, bem como do sistema da ciência do direito ou dogmática jurídica [...]”.

John Austin, referido por Joseph Raz (2018, p. 126), pensava o sistema jurídico como o conjunto de todas as leis promulgadas direta ou indiretamente por um mes-

mo “soberano”. Kelsen, ainda segundo Raz, substitui o “soberano” de Austin pela norma hipotética fundamental e deixa inalterado o resto da definição: “Todas as normas cuja validade remonta a uma única norma fundamental formam um sistema de normas, ou um ordenamento.”.

Norberto Bobbio (1995) entende por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem interna. Para se falar em ordem, afirma, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento entre si.

Bobbio (1995), apresenta ainda três acepções jurídicas para a expressão ora em análise. Na primeira afirma que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, é a acepção de sistema “dedutivo”. Numa segunda acepção, o termo sistema é usado para indicar um ordenamento da matéria realizado por meio do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais. É a acepção de sistema “indutivo”. Por fim, Bobbio, na mesma obra, leciona que a expressão sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas, ou seja, se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. É a acepção que prima pela “coerência interna das partes simples” do sistema.

Na questão de legitimidade do sistema, entende-se, com Ferraz Júnior (2016, p. 161-162), que não se deve eliminar as aporias como ponto de partida do discurso, as quais se conservam abertas a um diálogo com outras possibilidades, ou seja, deve-se confirmar o momento dialógico e a complementariedade do discurso, pois a legitimidade repousa “[...] não em premissas incontáveis e absolutas, mas na garantia da posição de outras possibilidades, em confronto com as quais o dogma se sustenta.”.

Assim sendo, compreende-se o direito como um sistema abstrato ou conceitual, aberto, simbiótico e sinérgico. É regulação jurídica de condutas, por isso conceitual. O direito é um sistema aberto, porque sofre e promove alterações a partir de interações com o ambiente social, do conjunto de valores que vige em determinada sociedade, em determinado tempo. É simbiótico, pois se relaciona com outros campos do conhecimento humano. É sinérgico, pois a soma semântica e axiológica do conjunto de normas de conduta é maior do que seus conteúdos individualmente considerados.

Deste modo, entende-se como sistema um conjunto de elementos organizados, complexos ou não, onde as partes entre si atuam em prol de objetivos comuns baseados na ideia de direitos sociais previstos constitucionalmente no conceito fundado no art. 6º da atual Constituição.

Nessa senda, Vilela Souto (2006, p. 137-153) entende que os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características em comum: (i) não integram a administração pública; (ii) são dotados de personalidade jurídica de direito privado; (iii) desenvolvem atividades privadas de interesse coletivo; (iv) o interesse coletivo justifica o fomento a essas atividades; (v) o fomento tem origem no próprio segmento econômico incentivado.

Discorda-se dessa última característica apenas parcialmente, eis que nem sempre o fomento no caso do sistema “S” tem origem exclusivamente no próprio segmento econômico incentivado, como no caso do Sebrae, em que é incentivado o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, mas as empresas de médio e grande porte devem recolher a contribuição tributária com vistas à promoção do desenvolvimento dos menos favorecidos. Em outras palavras, o incentivo é do segmento econômico de micro e pequenas empresas, mas são os médios e grandes que fomentam como muito maior intensidade em razão da capacidade contributiva destes (art. 145, §1º, da CF), da necessidade de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II, da CF) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF).

Decerto, conforme já demonstrado, não basta a um conjunto de elementos possuir características em comum para que se deduza a existência de um sistema. É preciso coerência interna e, também, pelo menos uma finalidade para aquela ordenação.

Da análise do conjunto normativo existente no Direito brasileiro e das práticas da administração pública em todos os níveis de governo, conclui-se que os serviços sociais autônomos constituem sim um sistema posto que reúne várias características que justificam este entendimento: (i) estão todos fundamentados no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988; (ii) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos; (iii) realizam atividade privada de interesse público e coletivo; (iv) todos possuem autonomia administrativa, sendo que seus órgãos de direção contam com a participação da sociedade e do estado; (v) apesar de autônomos, são inter-relacionados já que participam dos conselhos de administração, de uns e outros, e há previsões estatutárias de dispensa de licitação para entidades da mesma natureza; (vi) não compõem a administração pública e são entes de atuação conjunta com a sociedade; (vii) apesar de não compor a administração pública, submetem-se a um regime jurídico de direito privado derogado parcialmente por normas de direito público; (viii) podem ser contratadas pela administração pública com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, inciso XIII, da lei de licitações; e, ix) todos são instituídos por lei, que os cria ou autoriza sua criação.

Com efeito, desde a autorização para a instituição dos primeiros serviços sociais autônomos, verifica-se que a preocupação central do legislador foi a busca de garantir o acesso, ainda que para grupos específicos de beneficiários, dos direitos sociais atualmente previstos no artigo 6º, da Constituição Federal.

Todos os serviços sociais autônomos estabelecidos na ordem jurídica brasileira são instrumentos privados para a realização de atividades de interesse público e coletivo, tendo em vista a efetivação dos direitos sociais. Vide, neste sentido, o artigo 1º, *caput* e parágrafo primeiro, do Decreto-lei nº 9.403/1946:

Art. 1º Fica atribuído à Confederação Nacional da Indústria encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI), com a finalidade de estudar planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no país, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

§ 1º Na execução dessas finalidades, o Serviço Social da Indústria 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 de vida, as pesquisas sociais - econômicas e atividades educativas e culturais, visando a valorização do homem e os incentivos à atividade, produtora.

Outrossim, mais recente, vide o artigo 1º, da Lei Federal 8.246/1991, que autorizou a instituição o serviço social autônomo da Associação das Pioneiras Sociais (APS):

Art. 1. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de 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.

Por certo, invariavelmente, as sucessivas leis que autorizaram, instituíram ou criaram os serviços sociais autônomos, vêm veiculando disposições concretizadoras dos direitos sociais assistenciais, ligadas ao desenvolvimento de categorias profissionais ou econômicas específicas, ou, ainda, de políticas públicas fundamentais ligadas à geração de emprego e a promoção da saúde.

Todos os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado. Não estão previstos expressamente no artigo 44 do Código Civil, porém, todos contam com previsão legal. O Sesi, por exemplo, tem sua natureza jurídica de direito privado prevista no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 9.403/1946; a Aps, no artigo 1º, da Lei nº 8.246/1991; e a Apex, no artigo 1º, da Lei nº 10.668/2003.

A realização de atividade privada de interesse público e coletivo, em conformidade com o disposto no artigo 6º, da Constituição Federal, permeia desde o início a criação do sistema “S” e, conforme amplamente reconhecido pela doutrina, os serviços sociais autônomos são instrumentos de efetivação dos direitos sociais (educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade e à infância e à assistência).

Ainda que os serviços sociais autônomos fossem, num primeiro momento, concebidos para benefício de categorias específicas, percebe-se que no evoluir do instituto foram-se agregando novas finalidades, em especial as de execução de políticas públicas, como a saúde (Aps, por exemplo) ou o desenvolvimento de políticas industriais (Abdi, *v.g.*) destinadas sobretudo à geração de empregos.

A autonomia administrativa é da essência dos serviços sociais existentes na ordem jurídica brasileira. Por serem pessoas jurídicas de direito privado, a autogestão de seus serviços, bem como seu autogoverno, propiciam independência para formulação de suas políticas de atuação bem como para a execução, ao nível operacional, de suas atividades, obedecendo-se, conforme o caso, as diretrizes estabelecidas nas suas leis de autorização, ou criação, bem como o quanto determinado nos contratos de gestão.

Esta autonomia seria prejudicada caso fossem, como não são, considerados integrantes da administração pública. Restariam subordinados ao Chefe do Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 84, inciso II) ou, ainda, aos desígnios das confederações patronais nos casos dos primeiros serviços sociais autônomos, o que violaria os objetivos de suas previsões legais. São pessoas autônomas, por óbvio, também por possuírem personalidade jurídica própria, de direito privado, podendo ostentar posições ativas e passivas em relações jurídicas de direito material ou processual.

Em outras palavras, e obedecendo as disposições legais e regulamentares específicas, possuem patrimônio próprio e quadro de pessoal (regido pela CLT), organizam seus serviços e executam suas atividades em conformidade com as diretrizes dos seus próprios órgãos de direção. Ainda que seu regime jurídico de direito privado seja parcialmente derogado por normas publicísticas, sua administração é regida pelos princípios da administração privada.

Outrossim, seus órgãos de direção contam com a participação da sociedade e do estado, de forma paritária, o que garante a fiscalização do uso dos recursos e a obediência das entidades aos fins para os quais foram instituídas. Vide, por exemplo, a composição do Conselho de Administração do Sesi Nacional, conforme Decreto nº 57.375/65, cujo artigo 22, *caput* e alíneas “a” a “h”, que tem a seguinte redação:

Art. 22. O Conselho Nacional, com jurisdição em todo o território brasileiro, exercendo em nível de planejamento, fixação de diretrizes, coordenação e controle das atividades do Sesi, a função norma-

tiva superior, ao lado do poder de inspecionar, fiscalizar e intervir, em caráter de correição, em qualquer setor institucional da entidade, no centro e nas regiões, se compõe dos seguintes membros:

a) de um presidente, nomeado pelo Presidente da República, nos termos do Decreto-lei nº 9.665, de 28 de agosto de 1946;

b) do presidente da Confederação Nacional da Indústria;

c) dos presidentes dos conselhos regionais, representando as categorias econômicas da indústria;

d) de um delegado das categorias econômicas dos transportes, outro das categorias econômicas das comunicações e outro das categorias econômicas da pesca, designados, cada qual pela respectiva associação sindical de maior hierarquia, base territorial e antiguidade oficialmente reconhecida;

e) de um representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, designado pelo titular da pasta;

f) de um representante das autarquias arrecadoras, designado pelo Conselho Superior da Previdência Social;

g) (...). (Revogado pelo Decreto nº 66.139, de 1970)

h) de seis representantes dos trabalhadores da indústria e respectivos suplentes, indicados pelas confederações de trabalhadores da indústria e centrais sindicais, que contarem com pelo menos vinte por cento de trabalhadores sindicalizados em relação ao número total de trabalhadores da indústria em âmbito nacional. (Incluído pelo Decreto nº 5.726, de 2006)

Por outro lado, o artigo 17, *caput* e alíneas “a” a “g”, do Decreto nº 494/62, estabelece a composição do Conselho Nacional do Senai, prestigiando, do mesmo modo, a paridade entre sociedade e Estado na direção do referido serviço social autônomo:

Art. 17. O Conselho Nacional terá a seguinte composição:

a) presidente da Confederação Nacional da Indústria que será seu presidente nato;

b) dos presidentes dos Conselhos regionais, na qualidade de presidentes das federações industriais, representando as categorias econômicas da indústria;

c) um representante das categorias econômicas do transporte, das comunicações e da pesca, designado pelo órgão sindical de grau superior de maior hierarquia e antiguidade, no âmbito nacional;

d) diretor do Departamento Nacional do SENAI;

- e) diretor da Diretoria de Ensino Industrial do Ministério da Educação e Cultura;
- f) um representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, designado por seu titular.
- g) seis representantes dos trabalhadores da indústria, e respectivos suplentes, indicados pelas confederações de trabalhadores da indústria e centrais sindicais, que contarem com pelos menos vinte por cento de trabalhadores sindicalizados em relação ao número total de trabalhadores da indústria em âmbito nacional.

Dentre os serviços sociais mais recentes, é interessante a disposição relativa ao Sebrae, cujo artigo 7.º do Decreto 99.570/90 dispõe:

Art. 3º O Sebrae terá um Conselho Deliberativo composto por treze membros, um Conselho Fiscal composto por cinco membros e uma Diretoria Executiva, cujas competências e atribuições serão estabelecidas nos seus estatutos e regimento interno.

§ 1º O Conselho Deliberativo será composto de representantes:

- a) da Associação Brasileira dos Centros de Apoio às Pequenas e Médias Empresas (Abace);
- b) da Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Industriais (Anpei);
- c) da Associação Nacional das Entidades Promotoras de Empreendimentos de Tecnologias Avançadas (Anprotec);
- d) da Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB);
- e) da Confederação Nacional da Agricultura (CNA);
- f) da Confederação Nacional do Comércio (CNC);
- g) da Confederação Nacional da Indústria (CNI);
- h) da Secretaria Nacional da Economia do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento;
- i) da Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento (ABDE);
- j) do Banco do Brasil S.A.;
- l) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);
- m) da Caixa Econômica Federal (CEF); e

n) da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep).

Como se vê, o Conselho Deliberativo do Sebrae, que possui no total 13 conselheiros, conta com mais membros indicados pela sociedade (7) que os indicados pela administração (6), o que certamente demonstra o caráter democrático e participativo da referida entidade, coerente com a natureza híbrida do instituto.

Por outro lado, apesar de autônomos, os serviços sociais são inter-relacionados já que participam dos conselhos de administração, de uns e outros, a depender do interesse público a ser alcançado, denotando, assim, não apenas a proximidade jurídica, mas, também, a *praxis* na condução das atividades que demanda, em muitas oportunidades, condução sinérgica e articulada no exercício dos papéis de cada qual. Como exemplo, veja-se o artigo 5º, inciso II, “b” e “d” do Decreto Nº 5.232/2005 que estabelece a participação do Sebrae e da Apex-Brasil no Conselho Deliberativo da Abdi:

Art. 5º O Conselho Deliberativo será composto por um representante de cada um dos órgãos e entidades públicas e privadas a seguir relacionados, com seus respectivos suplentes, todos designados para um período de dois anos, sem remuneração, permitida uma recondução, sendo vedada a indicação do mesmo representante para mais de um dos órgãos de que trata o art. 3º :

I - representantes do Poder Executivo:

a) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

b) Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto nº 8.146, de 2013)

c) Ministério da Ciência e Tecnologia;

d) Ministério da Fazenda;

e) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

f) Ministério da Integração Nacional;

g) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; e

h) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA;

II - representantes de entidades privadas:

a) Confederação Nacional da Indústria - CNI;

b) Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX-BRASIL;

c) Confederação Nacional do Comércio - CNC;

- d) Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE;
- e) Central Única dos Trabalhadores - CUT;
- f) Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial - IEDI; e
- g) Associação Nacional de Entidades Promotoras de Empreendimentos Inovadores - ANPROTEC.

Do mesmo modo, o Sebrae participa do Conselho Deliberativo da Apex Brasil, conforme artigo 4º, parágrafo primeiro, incisos VII e IX, do Decreto nº 4.584/2003.

Por outro lado, e ainda demonstrando a existência de inter-relação das entidades ora em estudo, o Decreto nº 8.688/2006 dispõe sobre a cooperação para implementação e execução de programas e ações de interesse público entre a administração pública federal e nada menos que dez serviços sociais autônomos: Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senar, Senat, Sest, SESCOOP, Sebrae e Abdi.

Nos termos do artigo 3º, do decreto em referência, a cooperação entre a administração pública e os serviços sociais autônomos poderá ser implementada mediante i) execução, direta ou indireta, total ou parcial, pelo serviço social autônomo cooperante, de programa ou ação de interesse recíproco; ou ii) aporte de recursos do serviço social autônomo cooperante para custeio de programas e ações de interesse recíproco, nos termos definidos no instrumento firmado.

Portanto, há inter-relação entre os serviços sociais autônomos no Brasil, independentemente de serem “tradicionais” ou “não tradicionais”, seja de que tipo forem, já que a legislação contempla participação de uns e outros entes nos conselhos deliberativos, bem a cooperação entre as entidades com vistas a alcançar os interesses públicos. Sinal mais distintivo da existência de um sistema não poderia existir.

Não fosse por tudo o que se expôs, neste ponto, acrescente-se que ainda há previsões estatutárias, nos serviços sociais autônomos, de dispensa de licitação para entidades da mesma natureza. Vide, por exemplo, o artigo 9º, inciso IX, do Regulamento e Licitações do Sebrae:

Art. 9. A licitação poderá ser dispensada:

[...]

IX – na contratação, com Serviços Sociais Autônomos e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública.

[...]

A mesma previsão conta no Regulamento de Licitações do Sesi, cuja redação do artigo 9º, inciso IX, é a seguinte:

Art. 9. A licitação poderá ser dispensada:

[...]

IX – na contratação, com serviços sociais autônomos e entidades integrantes da Administração Pública, quando o objeto do contrato for compatível com as atividades finalísticas do contratado;

[...]

E da mesma forma, ainda a título de exemplo, cita-se o artigo 9º, inciso IX, do Regulamento de Licitações da Abdi, que possui a mesma redação acima, o que demonstra, também sob este *prima*, a natureza sistêmica dos serviços sociais autônomos vez que buscam compatibilizar e uniformizar a atuação das suas entidades.

Ainda, verifica-se como característica comum dos serviços sociais autônomos a constatação multi referenciada de não comporem a administração pública, sendo entes de atuação conjunta com a sociedade e uma forma de participação dos particulares na gestão do interesse público.

Por fim, não fossem as previsões nos regulamentos de licitações e contratos administrativos, conforme supra referido, recorde-se que os serviços sociais autônomos podem ser contratados pela administração pública com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, inciso XIII, da Lei de Licitações, e não apenas nas contratações entre si.

Segundo Alexandre Sampaio (2012, p. 360), é lícita a contratação direta de entidades do sistema “S” na hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 24, inc. XIII, da Lei n. 8.666/93 sempre que, além de a entidade contratada ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, restar devidamente demonstrada a correlação lógica entre essas atividades previstas na Lei, a missão institucional da contratada e, especialmente, o objeto do contrato a ser celebrado, bem como a adequação do preço contratado aos valores de mercado e for estabelecida a necessidade de a contratada executar por meio de sua estrutura, sem a atuação de terceiros, o objeto do ajuste.

Em desfecho, observa-se de tudo quanto o foi escrito linhas acima que os serviços sociais autônomos estão previstos expressamente em lei. Obedecem, então, a um princípio de reserva legal já que seu regime jurídico de direito privado não prescinde de normas de direito público, que lhe estabelece, pelo menos, seu regime de direito privado, os campos de atuação, os beneficiários e as atividades de interesse público que serão desenvolvidas. Por aí se vê que não cabem na descrição de associações e fundações contidas no Código Civil, assim como não são componentes da administração pública.

Apenas esta característica, ou seja, a da necessidade de lei para sua criação e/ou instituição seria suficiente para demonstrar sua peculiar natureza na ordem jurídica brasileira e justificar o entendimento da existência de um Sistema “S”, ainda que alguns revelem desconforto de que alguns não tenham sido nominados com a inicial dos serviços clássicos.

A isto tudo que se expôs, recorde-se que apesar de não comporem a administração pública, os serviços sociais submetem-se a um regime jurídico de direito privado derogado parcialmente por normas de direito público e, portanto, este regime derogado é especial em relação a todas as entidades puras de direito público e privado, demonstrando-se, deste modo, que irmanadas nesta característica especial as entidades do sistema “S” compõe sim uma categoria diferenciada no Direito brasileiro, devendo, deste modo, ser consideradas de modo que se possa atribuir a elas um tratamento adequado do ponto de vista jurídico.

4. Proposta de conceito constitucional dos serviços sociais autônomos

Os serviços sociais autônomos são constituídos de alguns elementos básicos: (a) criação mediante a edição de lei ou ato normativo equivalente; (b) natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado que se distancia dos modelos estabelecidos pelo Código Civil; (c) se insere em um regime jurídico de direito privado nas relações entre eles e os particulares e no regime de direito público na relação de controle finalístico que o Estado exerce, na observância dos princípios da Administração Pública no dispêndio de recursos e nas contratações de pessoal e nas regras de orçamento; (d) seus recursos decorrem de contribuições de natureza tributária ou de repasses do poder público mediante a celebração de contratos de gestão; (e) desempenham serviços sociais, elencados no art. 6º da Constituição Federal, que não são exclusivos do Estado; (f) sujeitam-se ao controle externo (Ministério, TCU e demais órgãos) e ao controle interno (órgãos internos da própria entidade); (g) possibilidade de concessão de isenção (Senai e Senac).

Entretanto, para a apresentação de um conceito dos serviços sociais autônomos a partir da Constituição é necessário ponderar alguns valores constitucionais que devem ser levados em consideração na criação dessas entidades, alguns elementos constitucionais diretamente relacionados aos serviços prestados pelas entidades do Sistema S e algumas normas constitucionais que se impõem ao regime jurídico das mesmas.

O cenário de surgimento destas entidades, em meio à ineficiência estatal na formação de trabalhadores qualificados e a carência de políticas públicas que fomentassem efetivamente o lazer, a cultura e a saúde destes trabalhadores e suas famílias, fez com que o Estado buscasse, através dos empresários da iniciativa privada, a promoção da assistência social.

Dito isso, o primeiro ponto a se concretizar para a conceituação, sob a ótica constitucional, dos serviços sociais autônomos é a constatação de que estes serviços foram constituídos a partir da designação pelo Estado à iniciativa privada, em cooperação, da proteção e fomento dos direitos sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal, restando assim evidente a sua função chapadamente social.

Os direitos sociais, objeto da atividade do Sistema “S” compartilham entre si três elementos em comum que os agrupam, e que devem ser observados na conceituação dos serviços sociais autônomos.

O primeiro elemento a definir os direitos sociais é a subjetividade. Estes são classificados como subjetivos por exigirem um dever jurídico do Estado, no sentido de concretizá-los, outorgando aos indivíduos a possibilidade de exigir estes direitos do Estado. A prestação dos direitos sociais pode se dar através da realização pelo próprio Estado de serviço em prol da sociedade, de cunho prestacional, ou ainda pela promoção de ações que incentivem, norteiem e limitem a fruição do direito assegurado pelo texto constitucional, de cunho normatizador.

O fato é que o Poder Público, devido às suas limitações fiscais e orçamentárias, não possui a viabilidade de prestação direta dos direitos sociais a todos os indivíduos, configurando assim, como característica inserta ao caráter subjetivo destes direitos, a ação estatal no sentido de possibilitar condições para o fomento destes direitos, o que ocorreu, por exemplo, através da criação dos serviços sociais autônomos, que possuem o objetivo basilar de concretizar os direitos sociais normatizados na Constituição Federal.

Obviamente, a prestação por pessoa jurídica de direito privado dos serviços sociais insere essas entidades em um contexto de prestação de um serviço de interesse geral não exclusivo do Estado.

O segundo elemento refere-se à atividade normativo-reguladora do Estado. O espectro dos direitos sociais exige que o Poder público atue em relação a estes de modo a resguardar sua aplicação isonômica a todos os indivíduos.

A atividade normativa, como visto, decorre da previsão constitucional dos direitos sociais, o que compreende a elucidação de termos e conceitos, e o estabelecimento de mecanismos, entes ou atividades para desenvolvê-los. Já a função reguladora, eminentemente administrativa, tem por fim disciplinar sua fruição, com vistas a garantir sua justa aplicação à toda a sociedade.

Ou seja, é preciso que a Administração Pública Federal, além de definir quais são os direitos sociais tutelados constitucionalmente, atue regulação da fruição destes, a fim de que não ocorram desigualdades ou abusos por parte de determinados indivíduos em detrimento de outros de classes menos privilegiadas.

O terceiro elemento em comum aos direitos sociais é o caráter assecuratório destes. Isso significa que a existência de um direito social pressupõe a criação, pelo Estado, de instrumentos no ordenamento jurídico que lhes tragam efetividade.

Outro ponto relevante a ser observado para a construção do conceito os serviços sociais autônomos é a autonomia que deve ser conferida à estas entidades, a fim de desvencilha-las da Administração Pública. O modelo de cooperação com o Estado aplicado ao Sistema “S” atrai uma menor sujeição da entidade e de seus dirigentes e empregados às prerrogativas que são conferidas ao Estado, a fim de configurar uma relação de colaboração por meio do qual o setor público e setor privado busquem, em conjunto, efetivar os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Em resumo, se não houver representação paritária da iniciativa privada e do Estado na constituição destas entidades que prestam serviços sociais, de modo a permitir que o setor privado tenha efetivo poder decisório e de voto dentro do ente, não se pode classificá-las como autônomas. Logo, se a ‘palavra final’ na tomada de decisões pela diretoria dos serviços sociais autônomos competir sempre à administração pública, faltar-lhes-á característica essencial à configuração de sua natureza jurídica essencial de pessoa jurídica de direito privado: a independência.

Frise-se ainda que não basta a composição do órgão diretivo da entidade ser paritária entre Poder Público e iniciativa privada. É necessária também que esta última seja composta por representantes do setor social ao qual se vincula a entidade, sob pena de desvincula-la de sua atividade-fim prevista em lei.

Essa composição paritária, que impede a determinação da vontade do Estado nas decisões do serviço social autônomo não decorre tão somente da natureza de pessoa jurídica de direito privado da entidade ou da necessária prevalência dos interesses dos beneficiários dos serviços sociais prestados. É uma imposição constitucional.

O princípio democrático permeia a Constituição como um elemento fundante da República Federativa do Brasil, uma vez que o Estado brasileiro se constitui em Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a vontade estabelecida nos processos decisórios da República deve ser a vontade do povo, pois, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição, “todo o poder emana do povo”.

A participação democrática é assegurada em diversos outros dispositivos constitucionais diretamente relacionados à atividade prestada pelas entidades do Sistema “S”. O art. 10 da Constituição, por exemplo, assegura “a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

Outros dispositivos da Constituição, diretamente relacionados à prestação de serviços sociais, também determinam a implementação de mecanismos representativos

no processo decisório público. O art. 198, ao disciplinar as ações e serviços públicos de saúde, estabelece como diretriz “a participação da comunidade” (art. 198, III). A seguridade social tem sua administração constituída em caráter democrático e descentralizado (art. 194, VII). A educação se submete a gestão democrática do ensino público (art. 206, VI). A assistência social, por fim, tem como diretriz em sua organização a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações (art. 204, II).

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na ADI nº 6121, declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.759/2019, editado com o propósito de extinguir conselhos de participação popular no âmbito da Administração Pública Federal.

No acórdão proferido nesse julgado, o Ministro Marco Aurélio na ADI 6121 MC teve considerações acerca da necessidade de se preservar instrumentos de participação direta dos interessados nos processos decisórios, uma vez que a Constituição resguarda não somente a democracia representativa, mas também a democracia exercida diretamente pelos cidadãos interessados, *in verbis*:

Democracia não é apenas o regime político mais adequado entre tantos outros – ou, parafraseando Winston Churchill, o pior à exceção de todos os demais; antes, deve ser compreendida como o conjunto de instituições voltado a assegurar, na medida do possível, a igual participação política dos membros da comunidade. Sob essa óptica, qualquer processo pretensamente democrático deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a participar do processo de tomada das decisões com as quais preside a vida comunitária: cuida-se de condição da própria existência da democracia.

(...)

Daí resumir a participação política dos cidadãos ao ato de votar é passo insuficiente ao fortalecimento da vitalidade prática da democracia, cujo adequado funcionamento pressupõe o controle, crítico e fiscalizatório, das decisões públicas pelos membros da sociedade. Povo que não a exerce não se autogoverna.

(...)

A conclusão é linear: a igual oportunidade de participação política revela-se condição conceitual e empírica da democracia sob a óptica tanto representativa quanto deliberativa. Como ideal a ser sempre buscado, consubstancia-se princípio de governo a homenagear a capacidade e a autonomia do cidadão em decidir ou julgar o que lhe parece melhor para a definição dos rumos da comunidade na qual inserido – requisito de legitimidade de qualquer sistema político fundado na liberdade.

Considerada a democracia participativa, observa Paulo Sérgio Novais de Macedo, “cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas de indivíduo participante, fiscalizador e controlador da atividade estatal” (Democracia participativa na Constituição Brasileira. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: nº 178, abril/junho de 2008, p. 187).”

Destaca-se, ainda, que a participação dos sujeitos diretamente interessados nas decisões de que participam o Estado é também um instrumento de controle, tanto prévio, no momento de direcionar as finalidades a serem atendidas com a aplicação dos recursos públicos – como ocorre nos conselhos que compõem os serviços sociais autônomos – como posterior, no exercício do controle dos gastos públicos, conforme assegurado pelo art. 74, § 2º, da Constituição.

Assim, não há como conceituar os serviços sociais autônomos a partir da Constituição sem levar em conta o princípio democrático, que impõe a garantia de composição paritária, garantindo a presença dos destinatários dos serviços prestados pelo ente e afastando a presença exclusiva do Estado nos órgãos de gestão e de deliberação das entidades.

Sem a observância desse elemento, o serviço social não será “autônomo” e não executará o seu objeto social de forma adequada. A efetiva autonomia destes entes dependerá da correlação de forças entre as classes sociais pela hegemonia da sociedade civil e do Estado em seus respectivos órgãos diretivos, fazendo com que a ‘vontade’ da Administração Pública Federal nem sempre prevaleça em suas tomadas de decisão.

Afinal, se considerarmos dentro das características das entidades do Sistema “S” a possibilidade de prevalência da decisão do Estado nas suas deliberações, isso resultaria em uma ficção da capacidade do setor social ao qual aquela entidade se vincula de discutir os problemas da sociedade e de promover soluções. Configuraria o ente um mero ator direcionado unicamente pelo Poder Público.

Outra característica a ser ressaltada para conceituação dos serviços sociais autônomos, é que, apesar da natureza de direito privado e da autonomia administrativa que lhes é reservada, estas entidades possuem, por lei, a delimitação de sua atuação, de obtenção de recursos e da destinação destes e, por isso, submetem-se à fiscalização do Estado.

As fontes de custeio disponíveis às entidades do Sistema “S” para atingir seus objetivos sociais são previstas em suas respectivas leis de criação, bem como a destinação obrigatória de seus recursos. Assim, do recebimento de recursos públicos intrínseco aos serviços sociais autônomos, tem-se o surgimento da obrigação de prestar contas, mediante controle externo exercido pelo TCU no âmbito federal e pelos demais tribunais de contas no âmbito estadual e municipal.

Assim, a autonomia administrativa assegurada às entidades do Sistema “S” não afasta o controle finalístico estatal a ser exercido em relação a todas elas.

Nesse contexto, o conceito constitucional dos serviços sociais autônomos que se propõe é: pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa, destinada exclusivamente à promoção dos direitos sociais inscritos no artigo 6º da Constituição Federal, criada por lei que preveja delimitação de sua atuação e de obtenção de recursos, detentora de participação equitativa dos setores sociais em seus órgãos de direção, com poder de auto-regulamentação e auto-gestão de recursos, porém submetida para controle finalístico à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

5. Conclusões

Diante do exposto, compreende-se que os serviços sociais autônomos têm profundo fundamento constitucional e podem ser conceituados e ter o seu regime jurídico delineado a partir de parâmetros da Constituição.

Desde a constatação de que essas entidades desempenham atividades reconhecidas como direitos sociais no art. 6º da Constituição, passando pela distinção entre o Sistema “S” e a Administração Pública até a delimitação do regime jurídico dessas entidades, tudo se revela a partir de dispositivos e princípios constitucionais.

Quanto ao objeto desenvolvido pelos serviços sociais autônomos, desde a criação das primeiras entidades do Sistema “S” se viu a necessidade de o Estado fomentar ações de educação, saúde, lazer e treinamento profissionalizante dos trabalhadores, o que redundou na criação de pessoas jurídicas de direito privado que atuassem com maior eficiência na prestação de serviços de interesse geral não exclusivos do Estado.

No atual quadro constitucional, a presença privada na prestação desses serviços é admitida e incentivada, uma vez que a Constituição é permeada de dispositivos induzem a participação privada na prestação de serviços de interesse geral (v.g. art. 194, parágrafo único, VII, da CF, art. 196, *caput*, da CF, art. 205, *caput*, da CF).

O fomento à participação privada na prestação desses serviços ocorre pois, de um lado, os direitos sociais são direitos subjetivos a serem gozados por todos e o Estado tem a obrigação de prestá-los e de regulá-los, de outro, esse mesmo Estado possui cada vez menos recursos e estrutura administrativa para se desincumbir desse dever constitucional.

Ao fim e ao cabo, diante da contínua tentativa de governos mais recentes de se reduzir o Estado – reforma administrativa da década de 1990 e ideais liberais do atual governo – o Sistema “S” se apresenta como um propulsor da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, fundamentos da República expressos no art. 1º da Constituição.

Essa atuação se destaca e ganha ainda mais importância na medida em que ela é feita para atender, principalmente, a trabalhadores, prestadores de serviços, empresários, comerciários e industriais, em setores estratégicos da economia, o que contribui, também, para a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, Constituição), a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da Constituição).

A análise dos serviços sociais autônomos sob o enfoque constitucional também contribui para delinear o regime jurídico desse setor. Por um lado, a Constituição prevê as entidades que compõem a administração direta e indireta (arts. 22, XXVII, 37, XI, XVII e XIX, 38, dentre outros) e não insere o Sistema “S” nesse rol, por outro, é necessário dar flexibilidade ao regime jurídico dos prestadores privados de serviços sociais, para que haja dinamismo e eficiência.

A partir da criação da entidade mediante a edição de uma lei ou ato normativo equivalente, a sua natureza jurídica de direito privado lhe distância das regras de direito público, mas a sua fonte de custeio – contribuições e recursos públicos decorrentes da celebração de contrato de gestão – impõe a observância de normas de direito público.

Assim, nas relações privadas, os negócios jurídicos e os atos praticados pelos serviços sociais autônomos seguem o regime de direito privado. Entretanto, nas relações que envolvem dispêndio dos recursos públicos, as entidades se submetem aos princípios da Administração Pública, às normas de orçamento público e às regras de controle.

Por fim, um último elemento constitucional que se insere na conformação jurídica das entidades do Sistema “S” é o princípio democrático. Para que essas entidades cumpram o seu propósito de promover serviços sociais não exclusivos do Estado com eficiência, indispensável a garantia da autonomia do Sistema “S”, porquanto somente com uma gestão equidistante do Estado com a participação dos setores beneficiários dos serviços é que se verifica quais são as demandas realmente necessárias e se controla, em tempo real, a utilização dos recursos.

A gestão democrática dos serviços sociais é estabelecida em diversos dispositivos constitucionais (art. 198, III, art. 194, VII, art. 206, VI, art. 204, II, da CF) e foi parâmetro para que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.759/2019. Nesse contexto, o conceito constitucional dos serviços sociais autônomos que se propõe é o de pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa, destinada exclusivamente à promoção dos direitos sociais inscritos no artigo 6º da Constituição Federal, criada por lei que preveja delimitação de sua atuação e de obtenção de recursos, detentora de participação equitativa dos setores sociais em seus órgãos de direção, com poder de auto-regulamentação e auto-gestão de recursos, porém submetida para controle finalístico à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

6. Referências bibliográficas

- ALCÂNTARA, Christian Mendez. Serviços sociais autônomos e a Administração pública brasileira. A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 175-199, jul./set. 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARBIERI, Carla Bertucci. Regime jurídico aplicável aos serviços sociais autônomos: impactos sobre a atividade de controle exercida pelo Tribunal de Contas da União. Brasília, 2013. 20f. – Artigo (Especialização) Instituto Brasiliense de Direito Público.
- BICALHO, Carina Rodrigues. Aplicação *sui generis* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: aspectos materiais e processuais. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.39, n.69, p.37-55, jan./jun.2004.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico/Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed., 1995.
- BORGES, Alice Gonzales. Serviços sociais autônomos. Revista eletrônica de direito do estado. n. 26. abril/maio/junho de 2011. Salvador.
- CARNEIRO NETO, Durval. Conselhos de Fiscalização profissional: uma trajetória em busca de sua identidade jurídica. Revista eletrônica sobre a reforma do estado n. 25 – mar/abr/maio 2011. Salvador.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Autarquias - natureza jurídica do Serviço Social do Comércio. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 19, p. 375-384, jan. 1950. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11429>>. Acesso em: 09 abr 2020.
- CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito administrativo/Dirley da Cunha Júnior – 17 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta – 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- FRANÇA, Rubens Limogi. Da Jurisprudência como Direito Positivo. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, volume 66, 1971.
- FURTADO, Lucas Rocha. Direito administrativo. 5. edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GOMES, Orlando. Pessoas jurídicas de direito público e de direito privado - autarquias - S.E.N.A.C. e S.E.S.C. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 19, p. 384-391, jan. 1950. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11430>>. Acesso em: 09 Abr. 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Trad. de Manuela Pinto dos Santos & Alexandre Fradique Morão. 2a. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.
- MACHADO NETO, Alfredo José. *Et al.* Teoria geral dos sistemas/Alfredo José Machado Neto *et al*; organizadores Dante Pinheiro Martinelli *et al.* São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Serviços Sociais Autônomos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 135-174, mai. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10647>>. Acesso em: 03 jan 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo/Celso Antônio Bandeira de Mello. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. parte introdutória, parte geral e parte especial / Diogo de Figueiredo Moreira Neto. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46938/46293>. Acesso em 01 jan. 2020.

- RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília de Almeida; revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A contratação de entidades do Sistema "S" com base no art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93 - Exame de legalidade. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 218, p. 360-363, abr. 2012.
- SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; ALMEIDA, Valdomiro José de. Propostas de taxonomias para órgãos e entidades da administração pública federal e outros entes de cooperação e colaboração. 2º ed. Brasília: IABS, 2012.
- SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do estado. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 225: 273-297, jul/set 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Outras entidades públicas e os serviços sociais autônomos*, in Revista de Direito do Estado, n. 1, jan-mar 2006: 137-153.
- TACITO, Caio. Serviço social autônomo - Remuneração - Competência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 223, p. 314-318, jan. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48473>>. Acesso em: 09 abr 2020.



SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: ORGANIZAÇÃO INTERNA, PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E CLÁUSULAS PÉTREAS

Autonomous social services: internal organization, prohibition of social backward and stone clauses

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 15/2020 | p. 147 - 167 | Out - Dez / 2020
DTR\2020\14262

Edvaldo Nilo de Almeida

Doutorando em Direito Tributário no Programa de Pós-Doutoramento da UERJ e no Programa em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos associado à Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Procurador do Distrito Federal e advogado. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8438-0482>]. edvaldonalmeida@yahoo.com.br

Área do Direito: Constitucional; Administrativo; Direitos Humanos

Resumo: O texto tem como objetivo investigar os serviços sociais autônomos e a sua organização interna, bem como a realização de uma interpretação que efetive progressivamente os direitos fundamentais sociais pelos serviços sociais autônomos, sob pena de ferir de morte o princípio constitucional do não retrocesso social e os direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro elencados como cláusulas pétreas no texto constitucional. A metodologia consiste na análise da doutrina jurídica e jurisprudencial relacionadas ao tema, utilizando-se os métodos bibliográfico e documental, com ênfase nas fontes de estudo do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Direito. Nessa senda, o problema a ser respondido é se o Estado, ao longo dos anos, sobretudo o Poder Executivo, pode juridicamente mitigar a existência e a densificação dos direitos fundamentais sociais concretizados pelos serviços sociais autônomos. Conclui-se pela impossibilidade de tentativas inconstitucionais de redução das receitas dos serviços sociais autônomos e, também, que existem limitações constitucionais para a extinção dessas entidades.

Palavras-chave: Serviço Social Autônomo – Organização – Proibição do retrocesso social – Cláusulas pétreas

Abstract: The text aims to investigate the autonomous social services and their internal organization, as well as the realization of an interpretation that progressively enforces the fundamental social rights by the autonomous social services, under penalty of injuring the constitutional principle of social non-retrogression and the individual rights and guarantees of the Brazilian citizen listed as stone clauses in the constitutional text. The methodology consists of the analysis of legal and jurisprudential doctrine related to the theme, using bibliographic and documentary methods, with emphasis on the sources of study of Constitutional Law and General Theory of Law. Along this path, the problem to be answered is whether the State, over the years, especially the Executive Branch, can legally mitigate the existence and densification of fundamental social rights realized by autonomous social services. It is concluded that unconstitutional attempts to reduce the revenues from autonomous social services are impossible, and also that there are constitutional limitations for the extinction of these entities.

Keywords: Autonomous Social Service – Organization – Prohibition of social setback – Stone clauses

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Sumário:

Introdução - 1.Organização jurídica interna dos serviços sociais autônomos -
2.Organização e direção superior a cargo da sociedade civil, do Poder Executivo e do



sistema sindical - 3.O princípio da proibição do retrocesso social - 4.Possibilidade de eventual extinção do serviço social autônomo e cláusulas pétreas? - Conclusão -
Referências

Introdução

Os serviços sociais autônomos surgem na década de 1940, em face da ineficiência do Estado na formação de profissionais qualificados e da carência de políticas de lazer, cultura e saúde para os trabalhadores e seus familiares. Decerto, o Poder Público, diante das dificuldades em cumprir e expandir esses papéis tão indispensáveis, transfere a responsabilidade para os empresários que passam a ser responsáveis não só pela qualificação técnica-profissionalizante dos trabalhadores como por serviços relevantes de assistência social.

Desse modo, diante da clara dificuldade estatal em prover serviços de assistência social e educação profissionalizante para inclusão no mercado de trabalho e a atualização constante de técnicas de capacitação, foram criados os serviços sociais autônomos, com objetivos estabelecidos em lei e, por meio de contribuição tributária incidente sobre a própria folha de pagamento das próprias empresas, que tinham enorme necessidade de mão de obra saudável e qualificada e, a partir de então, passariam a organizar, a manter e a gerir o seu próprio serviço social e de aprendizagem em favor de seus trabalhadores.

De fato, os serviços sociais autônomos têm já na sua gênese a concreção de aspectos da seguridade social na sua concepção constitucional mais atual de promoção de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde e à assistência social do trabalhador (art. 194, caput, CF (LGL\1988\3)) e, assim, de formar e desenvolver políticas de promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III, da CF (LGL\1988\3)) por meio de desenvolvimento do ensino profissional e geração de empregos.

Por via de consequência, também, os serviços sociais autônomos têm na sua história a concretização direta de três dos quatro objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, buscando-se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III).

Por certo, é objeto comum dos serviços sociais autônomos a ampliação da oferta de serviços sociais à população, seja na área da educação, seja na concretização do direito social ao trabalho, seja na atenção à saúde, na assistência social ou em diversos outros aspectos relacionados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e ao pluralismo político (art. 1º, II, III, IV e V, CF (LGL\1988\3)).

Nesse íterim, os serviços sociais autônomos vêm contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e para o exercício da cidadania da população, com a finalidade de promover a execução de políticas de interesse coletivo e utilidade pública voltadas para a saúde no seu sentido mais amplo e adequado, ou seja, de atendimento às necessidades de alimentação, de habitação, de lazer, de cultura, de transporte, de emprego, de educação, de renda do trabalhador, de previdência, de proteção do meio ambiente urbano e rural, de liberdade, de acesso e posse de terra e de acesso a serviços de saúde. Registra-se que constitucionalmente e legalmente a noção de saúde deve ser compreendida não só como a falta de doença, mas sim como bem-estar individual e social do indivíduo.

Por outro lado, diante da notória deficiência do próprio Estado de cuidar dos direitos sociais, a cada dia o Sistema S ganha em relevância para a sociedade brasileira e, hoje, no âmbito Federal, por exemplo, compõem essa forma de organização o Sesi, o Sesc, o Senai, o Senac, o Sebrae, o Senar, o Sest, o Senat, o SESCOOP, o Centro de Reabilitação Sarah Kubitschek, a Apex-Brasil, a Abdi, a Anater, a Adaps e a Embratur.

Desse modo, o presente artigo tem como foco a interpretação do Direito voltada à



concretização dos direitos fundamentais sociais expressos ou implícitos no Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como dissertar de forma crítica de como o Estado, ao longo dos anos, especialmente o Poder Executivo, tenta mitigar a existência jurídica e a densificação desses direitos pelos serviços sociais autônomos. Em outras palavras, tem-se como objetivo demonstrar que o texto constitucional impõe ao Poder Público o dever de respeito e a proteção jurídica positiva dos direitos sociais previstos na Constituição, com a realização de uma interpretação que efetive progressivamente os direitos fundamentais sociais pelos serviços sociais autônomos, sob pena de ferir de morte o princípio constitucional do não retrocesso social e os direitos e garantias individuais do cidadão elencados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF (LGL\1988\3)).

A respeito da metodologia para pesquisa, utiliza-se a pesquisa bibliográfica ou teórica por se tratar de objeto teórico, com apoio no método dedutivo, o qual partirá de uma hipótese para se chegar à conclusão que poderá refutar ou corroborar o ponto de partida, do geral ao particular. Por sua vez, a pesquisa documental dará suporte científico ao estudo por tratar-se de objeto empírico, a qual tomará como base documentos jornalísticos, políticos, profissionais e jurídicos. Utilizar-se-á também, desse modo, o método indutivo, que parte da análise dos documentos indicados (particular) para se chegar à conclusão que pretende ser geral.

Outrossim, tendo em vista o sumário do trabalho, a tese divide-se em introdução, três itens e dois subitens e as conclusões. Em fase inicial, faz-se análise atenta da organização jurídica interna dos serviços sociais autônomos. No segundo item, buscar-se-á analisar, especificamente, o problema da organização e direção superior do serviço social autônomo a cargo da sociedade civil, do Poder Executivo e do sistema sindical, demonstrando-se, nesse ponto, as graves inconstitucionalidades nos nascimentos da Adaps e da Embratur. O terceiro item será dedicado a explorar o princípio da proibição do retrocesso social e as tentativas inconstitucionais de redução das receitas dos serviços sociais autônomos e, por fim, no quarto item, a observância das cláusulas pétreas e a possibilidade ou não de eventual extinção dos serviços sociais autônomos.

1. Organização jurídica interna dos serviços sociais autônomos

Ao se analisar as entidades integrantes do serviço social autônomo sob o prisma de sua organização jurídica interna e, igualmente, por não possuírem nem sócios e nem associados na sua composição, verifica-se a existência de uma singularidade na forma de como se constituem e são organizadas quando comparadas com as demais pessoas jurídicas de direito privado.

A Constituição Federal prevê a liberdade de associação como um direito fundamental, positivado no art. 5º, inc. XVII. Sobreleva-se do texto normativo que a associação referida na norma possui interpretação abrangente, devendo ser entendida como a possibilidade de participar de pessoas jurídicas de forma ampla, tais como as sociedades empresárias, as associações, os partidos políticos, as organizações religiosas e as fundações.

Destaca-se que a forma de participação dos indivíduos no alcance dos objetivos sociais de cada uma delas é fator distintivo dessas pessoas jurídicas para as entidades do serviço autônomo, em particular no que diz respeito à figura do sócio ou do associado. O sócio é aquele que integra a empresa, mediante contribuição de capital ou de serviços, objetivando contribuir para o atingimento do objetivo social da sociedade e participando no resultado que esta venha a alcançar. Em virtude desse vínculo relacional, a participação em sociedades é um negócio jurídico que pode demandar do sócio a capacidade de assumir obrigações tanto na fundação da sociedade, quanto na hipótese de seu posterior ingresso.

Os sócios se incumbem perante si e perante terceiros de honrar as obrigações existentes



na legislação e no contrato social podendo, inclusive, responder subsidiariamente pelas obrigações da sociedade na hipótese de sociedade de pessoas ou de previsão do contrato social.

Uma vez constituída a sociedade, tem-se a figura do sócio como mero elemento constituidor da sociedade, assumindo uma posição singular de detentor de direito de crédito eventual contra a sociedade na hipótese de esta obter lucro ou de garantidor de eventuais prejuízos, caso existentes. Em seu relacionamento interno com a sociedade, o sócio se compromete a oferecer determinada quantia ou bem avaliável em pecúnia. Ante esse comprometimento, o sócio passa ser devedor dessa importância perante a sociedade, nos termos do art. 1.004 do Código Civil (LGL\2002\400).

Caso não cumpra o acordado, pode ser acionado pela sociedade para recebimento desses valores, respondendo, em todo caso, por eventuais danos causados por sua mora. Os demais sócios podem, ainda, preferir sua indenização, exclusão ou redução da quota ao montante já realizado, com a consequente realização da redução do capital social da sociedade, caso necessário. De igual modo, o sócio se posiciona perante terceiros como garantidor dos compromissos da sociedade de pessoas ou contratuais, em razão de posição de devedor subsidiário das obrigações da sociedade. Ademais, encontra-se obrigado a não empregar os fundos sociais em atividades alheias ao interesse da sociedade, conforme dispõe o art. 1.006 do Código Civil (LGL\2002\400).

Fora as obrigações descritas, o contrato social pode criar obrigações que não contradigam os termos da lei. De outro lado, os sócios são detentores de direitos perante as sociedades. O primeiro deles é o de participar nos lucros auferidos pela sociedade. Sendo os lucros obtidos em razão do desempenho da sociedade empresária, torna-se evidente que esses, em essência, pertencem à sociedade. No entanto, não haveria congruência lógica em demandar do sócio o emprego de seu capital sem que houvesse retorno do emprego de seu patrimônio na atividade empresária, razão pela qual se entende que o sócio contribui para o capital social da empresa na expectativa de participar dos lucros obtidos pela sociedade.

Afora esse direito, o sócio também possui outros como o de participar da administração da sociedade, fiscalizar seus negócios, ter acesso aos livros, obter informações sobre o estado financeiro da empresa, entre outros previstos no contrato social. Nesse contexto, por expressa previsão do art. 972 do CC (LGL\2002\400), a capacidade civil e a inexistência de vedação legal são os requisitos para que uma pessoa possa exercer a condição de sócio, admitindo-se a existência de sócio incapaz apenas na hipótese em que o sócio tiver sua incapacidade declarada após ter dado início a empresa, quando a tiver recebido de seus pais ou por herança.

Acordando sua associação para ingresso em sociedade, ou sua constituição, o indivíduo assume responsabilidades, como a de integralizar o capital social, devolução de lucros e resultados em razão de posterior verificação de sua distribuição em prejuízo do capital social, além de sua responsabilização pela utilização do nome social em atividades estranhas ao nome. Dessa forma, tem-se que a capacidade civil é critério indispensável para a condição de sócio.

De outro lado, no tocante aos associados, o objetivo é, sempre, o exercício de atividade finalística não econômica. Quanto à impossibilidade de exercício de atividade comercial, Silva (2019. p. 187) sustenta que a associação pode exercer atividade mercantil, desde que o resultado da sua atividade seja empregado na execução das próprias atividades da associação, sendo vedada a sua distribuição aos associados. O associado pode ser possuidor de quota ou detentor de fração do patrimônio da associação, mas a condição de associado é pessoal e apenas por ser transmitida se o estatuto permitir a transferência de forma expressa.

Diferentemente do que ocorre nas sociedades, os associados não possuem direitos e obrigações recíprocos. Como regra geral, devem os associados possuir direitos iguais,



embora a lei permita que existam categorias com vantagens especiais. O vínculo da associação é com a pessoa que lhe é associada, sendo essa condição intransferível, salvo expressa autorização do estatuto. Ao associado incumbe, por exemplo, a obrigação de custear as atividades da associação mediante contribuição. Outra característica da associação é a do respeito ao princípio democrático na tomada de decisões, que deriva do poder da Assembleia Geral para alterar o estatuto e decidir os rumos da associação e destituir os membros de seus órgãos diretivos.

Além disso, a exclusão do associado apenas pode acontecer se houver justa causa e se for precedida de procedimento no qual lhe seja garantido o direito de defesa e de recurso. Para exercer os direitos que lhe confere o estatuto social, o associado necessita deter capacidade civil, de forma a se comprometer com os objetivos da sociedade e exercer os direitos que são concedidos pelo estatuto.

No tocante às entidades do serviço social autônomo, por sua vez, a situação de seus beneficiários apresenta estrutura jurídica diversa das anteriormente expostas. Inicialmente, destaca-se que os beneficiários não contribuem com o capital social da entidade, a qual é sustentada, principalmente, por verbas arrecadadas pelo Poder Público. Assim, os beneficiários não podem ser chamados a responder em hipótese de a entidade apresentar prejuízo fiscal, tampouco recebendo qualquer valor em caso de haver sobras orçamentárias da entidade.

Ademais, os beneficiários não podem influir diretamente nos diversos ramos do serviço social autônomo, não lhes sendo facultado alterar seu regulamento, tampouco votar em matérias de seu interesse, salvo se participarem dos órgãos de direção. Na hipótese de ser a entidade dissolvida, o excesso de seu patrimônio, após a satisfação de suas obrigações, não reverte em favor dos beneficiários – o que poderia ocorrer no caso da sociedade ou da associação – devendo o patrimônio ter a destinação que lhe foi atribuído pela norma instituidora.

De outro fronte, os serviços prestados se encontram disponíveis aos beneficiários sem a necessidade de qualquer manifestação destes. A vinculação se dá, por exemplo, por se inserir o beneficiário dentro de uma determinada categoria econômica ou profissional e independentemente de anuência expressa do indivíduo para sua disponibilização. Além disso, tem-se que os órgãos diretivos das entidades são constituídos por pessoas que não contribuíram com o capital social da entidade – como ocorre nas sociedades – ou adquiriram a condição de participar da sociedade mediante associação – o que acontece nas associações.

Assim, os dirigentes das entidades do serviço social autônomo ostentam essa condição, em razão de cumprirem com as regras de indicação das normas instituidoras e não por eventual contribuição para a entidade. Como exemplo, temos que o presidente do Conselho Nacional do Sesi é indicado diretamente pelo Presidente da República¹, ao passo que os beneficiários do Sesi são o trabalhador da indústria e sua família².

Desse modo, como podem vir a responder pelos atos praticados durante o período em que estiveram à frente da entidade, bem como pela necessidade de serem sujeitos de direitos e obrigações, os dirigentes das entidades necessitam de capacidade civil, enquanto os beneficiários dos serviços das entidades não necessitam, bastando, por exemplo, que um de seus pais ostente tal condição para ser beneficiário. Tem-se, pois, que a condição de beneficiário das entidades do serviço social autônomo independe da capacidade civil.

Assim sendo, seja sob a ótica societária, seja pela da capacidade civil, tem-se que a figura do beneficiário das entidades do serviço social autônomo não equivale a do sócio ou associado, o mesmo ocorrendo para figura de seus dirigentes, cuja indicação segue critérios estabelecidos em lei ou decreto regulamentar com fundamento constitucional no art. 84, inciso IV, da CF (LGL\1988\3), e não em contrato social ou estatuto de associados. Certamente essa diferenciação é bastante salutar para se diferenciar os



sócios ou associados das espécies de participação experimentada pelos integrantes e beneficiários do serviço social autônomo.

Desse modo, seria salutar a alteração legislativa do art. 44 do Código Civil (LGL\2002\400) para o acréscimo dos serviços sociais autônomos no inciso VII, pois, são qualificadas com características próprias e apartadas e, a despeito de serem pessoas jurídicas de direito privado, não são associações como sustentam alguns autores³ ou sociedades e, muito menos, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada.

2. Organização e direção superior a cargo da sociedade civil, do Poder Executivo e do sistema sindical

A verificação dos requisitos e das formas de direção das entidades integrantes do serviço social autônomo é uma tarefa que demanda uma análise da própria legislação que criou essas entidades sob a perspectiva da autonomia, bem como da interpretação efetuada pelo STF em caso envolvendo a troca da presidência de uma das entidades do serviço social autônomo.

Inicia-se a avaliação, portanto, pelo primeiro serviço social autônomo criado, o Senai, por meio do Decreto-Lei 4.048/1942 (LGL\1942\9), complementado pelo Decreto-Lei 4.936/1942 (LGL\1942\8) e regulado pelo Decreto 494/1962. O Senai é composto, em nível nacional, pelo Conselho Nacional e Departamento Nacional e em nível regional pelos Conselhos Regionais e Departamentos Regionais.

O Conselho Nacional é composto por representante da Confederação Nacional das Indústrias (presidente da CNI e presidentes dos Conselhos Regionais), um representante sindical do setor do transporte, comunicação e pesca, o diretor do Departamento Nacional, o diretor da Diretoria de Ensino Industrial do Ministério da Educação e Cultura, um representante do Ministério da Economia, e seis indicados pelos trabalhadores da indústria, por meio de sindicatos.

Na esfera regional, os Conselhos Regionais são compostos pelo presidente da Federação das Indústrias local, quatro delegados das atividades industriais, um representante sindical do setor do transporte, comunicação e pesca, o diretor do Departamento Regional, um representante do Ministério da Economia, um representante do Ministério da Educação e um representante dos trabalhadores na indústria. Ao Poder Público cabe a indicação de dois integrantes para sua composição.

Com base na análise supra, tem-se que a estrutura do Senai possui relevante participação da sociedade, caracterizada por um equilíbrio de forças entre o setor produtivo, representado pela CNI, o Poder Público, por meio de seus indicados, e os sindicatos, pelos seus delegados, afirmando-se plenamente a sua autonomia. Essa modalidade de participação nos órgãos de direção com equilíbrio de participação da sociedade e do Estado é praticamente replicada no Sesi, Senac, Sesc, Senar, APS-Sarah, Sest, Senat, SESCOOP, Sebrae, Apex, ABDI e Anater, equilibrando-se as forças de decisão e o pluralismo político dentro das entidades.

Em verdade, ao se analisar a composição das entidades dos serviços sociais autônomos, constata-se que, em sua maior parte, a proporção entre participantes do Poder Público e da sociedade é mantida de forma equilibrada, com uma estrutura que privilegia a participação da sociedade na tomada de decisões. Sua estrutura porosa exposta a diversos segmentos sociais inclui a presença de empresários, trabalhadores, corpo técnico e governo, permitindo-se que seus órgãos diretivos apresentem uma visão ampla e plural, essencial para fins de fiscalização pelo controle social, permitindo-se a consideração de um amplo espectro de realidades ao se decidir pelas iniciativas a serem implementadas quando da busca da concretização de seu respectivo fim social.

2.1. Os casos patentemente inconstitucionais da Adaps e da Embratur



A pluralidade de visões aliada ao caráter democrático na origem do corpo diretivo não se encontra presente, contudo, na Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde (Adaps) e na Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo (Embratur). A primeira conta com uma pequena participação da sociedade, sendo esta capaz de indicar apenas um terço de seus membros, enquanto na última é ainda pior a situação de controle social.

Na verdade, constata-se na estrutura da Adaps e da Embratur a completa sujeição de suas decisões à posição amplamente majoritária do Poder Público, o que retira, por completo, a caracterização de autonomia e independência necessária por parte do serviço social. Portanto, na Adaps e na Embratur não se verifica a existência de diálogo e a pluralidade de fontes e de opiniões existentes nas demais entidades do serviço social autônomo. Nas entidades ora analisadas, o Poder Público possui a prerrogativa de aprovar as suas decisões, sem o eventual confronto necessário e qualificado por parte da sociedade. Decerto, enquanto nos serviços sociais autônomos o governo influencia nas decisões sobre a implementação das políticas, nos casos da Adaps e da Embratur, o governo efetivamente decide, sem a possibilidade de equilíbrio e interferência real da sociedade.

Ciente da inconstitucionalidade decorrente da ausência de representação relevante da sociedade nos órgãos diretivos da Adaps, o Congresso Nacional propôs as Emendas à MP 890/2019 (LGL\2019\6633) 3, 6, 23, 34, 35, 36, 42, 47, 48, 49, 59, 63, 64, 66, 95, 96, 99, 108, 138, 158, 160, 177, 212, 214, 232, 250, 285, 286, 307, 320, 334, 335, 339, e 356, com o ensejo de ampliar a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo, fundamentando a alteração em razão da necessidade de observância da pluralidade de visões sobre matérias envolvendo a atenção primária da saúde. Antes das referidas alterações o Conselho Deliberativo era composto de sete membros, sendo seis indicados pelo Ministério da Saúde e um da sociedade.

Aprovadas algumas pequenas alterações ao texto original, a composição passou a ser de doze membros, sendo 6 do Ministério da Saúde, 1 do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 1 do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, 1 representante da Associação Médica Brasileira, 1 representante do Conselho Federal de Medicina, 1 representante da Federação Nacional dos Médicos e 1 representante do Conselho Nacional de Saúde, o que ainda situa a entidade fora do ideal constitucional, porquanto o principal órgão da Adaps ainda é amplamente dirigido pelo Estado e sem a observância da necessidade de composição equânime entre Estado e sociedade. Por outro lado, o Conselho deliberativo da Embratur é composto por 11 membros, sendo 7 indicações estatais e por 4 representantes de entidades privadas de turismo, sendo presidido pelo Ministro de Estado do Turismo. Essa composição, de forma até mais evidente do que na Adaps, revela o dirigismo estatal das atividades, acrescentando-se o fato de que até mesmo a representação privada existente sofre forte influência e vinculação ao poder estatal, uma vez que a necessidade dos representantes da sociedade serem do Conselho Nacional do Turismo afigura-se como limitação completamente desarrazoada, porquanto o referido órgão é composto majoritariamente de integrantes estatais e os representantes da sociedade são indicados pelo Presidente da República.

Não se verifica, portanto, a existência de independência da Adaps e da Embratur em relação à administração pública, razão pela qual essas entidades não possuem a autonomia necessária para que possam funcionar sob a forma de serviço social autônomo, sendo inconstitucional a utilização dessa forma de estruturação jurídica, tratando-se, ao que tudo indica, de mero instrumento de criação de entidades privadas, inteiramente submissas ao Estado, como forma de inconstitucionalmente se contornar as demandas burocráticas estatais.

Dada a grave situação de ausência de isonomia entre a participação estatal e a da sociedade, a regra legal segundo a qual os representantes dos ministérios e das entidades do Conselho Deliberativo da Embratur devem ser escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo revela flagrante inconstitucionalidade na formação desse serviço social



autônomo, pois os representantes da iniciativa privada ligados ao turismo deveriam possuir o direito de escolher seus representantes, em consonância com o princípio democrático, revelando que, na realidade, o órgão deliberativo máximo da Embratur é, na realidade, estatal e não parte de permanente cooperação entre Estado e sociedade. Assim sendo, não se revela aderente ao regramento constitucional vigente a criação de entidades do serviço social autônomo desprovidas do necessário contrapeso da sociedade em relação ao Poder Público. Se um dos motivos levados em consideração para a instituição de entidades de serviço social autônomo foi a incapacidade do Poder Público de garantir a concretização de direitos sociais, necessitando atuar em cooperação com a iniciativa privada para fomentar e proteger esses direitos, nenhum sentido faz, portanto, permitir que o Estado crie uma entidade privada inteiramente sob o seu domínio.

A criação de uma entidade sob essas condições, não revela o melhor sistema de enfrentamento das idiosincrasias da administração pública e se aproxima de forma perigosa de uma tentativa de burlar o sistema constitucional de controle dos atos administrativos previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, entre os quais se inserem a obrigatoriedade de realização de concurso público para admissão de pessoal e a realização de licitações para contratação de obras, serviços, compras e alienações. Ademais, o desvirtuamento da figura das entidades do serviço social autônomo como instrumento para escapar das limitações impostas ao Poder Público pela Constituição é medida que representa, por si só, um atentado ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Decerto, a norma instituidora que cria entidade do serviço social autônomo sem a observância da paridade de poderes entre o Estado e a sociedade acaba por desvirtuar inconstitucionalmente o instituto, prejudicando a sociedade como um todo – já que essa deixa de ser beneficiária de uma entidade capaz de assumir uma postura independente na busca de seu fim social – e em seu lugar vê surgir uma entidade sujeita aos notórios problemas da administração estatal, sem os instrumentos de controle social necessários para assegurar a correta e adequada destinação dos recursos públicos recebidos. Se o objetivo do Poder Público foi criar uma entidade privada, que esteja inteiramente sob seu controle, para a concretização de uma atividade social, deveria ter se utilizado da figura da fundação, não podendo, em qualquer caso, criar entidade de serviço social que não possui autonomia para decidir as políticas das quais se encontra encarregada de concretizar. A criação dessas entidades viola, assim, o disposto no art. 37 da CF (LGL\1988\3), porquanto, na prática, cria pessoa jurídica integrante da administração pública federal que não se sujeita aos controles de despesas, ingresso, financiamento e orçamento exigidos das entidades que integram o Poder Público.

Essa concepção das entidades do serviço social autônomo como entidades abertas ao debate e como um espaço de concepções plurais é decorrente da própria natureza dos direitos sociais, os quais correspondem a um processo de evolução história de consolidação de lutas em busca da plena dignidade da pessoa humana. Por incorporarem esse histórico de lutas e conquistas da humanidade ao longo da evolução histórica, entende-se que seus valores se incorporam à própria cidadania e por tal medida não podem ser suprimidos. Nesse sentido, forçoso se reconhecer a chapada inconstitucionalidade da criação da Adaps e da Embratur como entidades de serviço social autônomo, eis que no sistema constitucional radica a compreensão de que o serviço social autônomo funciona adequadamente com uma cultura institucional de assumir as suas próprias decisões e não com a interferência de forma absoluta por parte do poder estatal, enfraquecendo-se, por conseguinte, a legitimidade do seu papel frente aos seus principais destinatários que são os próprios cidadãos.

3.O princípio da proibição do retrocesso social

A existência de entidades do serviço social autônomo, com personalidade jurídica de direito privado, que cumpram os requisitos de criação por lei, destinando-se à concretização de um fim social e prestando serviços de interesse de toda a sociedade,



significa a disponibilização de um instrumento de garantia institucional da sociedade, porque implica na criação de uma estrutura organizativa e procedimental que busca a universalização dos direitos sociais.

Justamente em virtude da necessidade de proteção dos direitos sociais é que exsurge, por exemplo, a questão da proibição constitucional do retrocesso social, de modo a restringir a atuação legislativa que possuam como resultante a redução da proteção social concedida aos cidadãos. Isso, porque os direitos sociais, uma vez obtidos, transformam-se em garantia institucional e direito subjetivo, atuando a vedação ao retrocesso social como uma barreira limitadora da "[...] reversão dos direitos já conquistados, com fundamento no princípio da confiança e da segurança dos cidadãos, em respeito à dignidade da pessoa humana [...]"⁴. Um direito social, uma vez reconhecido pelo legislador, não pode ser arbitrariamente extinto.

Esse princípio não se encontra positivado expressamente no texto constitucional, decorrendo da interpretação dos direitos concedidos pela Constituição Federal aliada aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Em virtude de tal fato, necessário se faz reconhecer que a vedação ao retrocesso social é um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, embora seus corolários possam ser identificados no texto positivado na Constituição.

Como se sabe, a alteração do texto constitucional demanda quórum especial de três quintos dos parlamentares de cada uma das casas legislativas, em votações realizadas em dois turnos em cada uma das casas. Apesar dessa forma qualificada de alteração do texto normativo, a própria Constituição Federal tratou de elencar hipóteses de normas, entre as quais as que visem a evitar abolir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV). Dessa forma, o papel da Constituição não é apenas o de fixar normas que apontem para o futuro, mas o de tornar inalienáveis os direitos conquistados em decorrência das lutas do passado. Destarte, embora hodiernamente destinada ao legislador, a impossibilidade de abolição das normas constitucionais, afigura-se oponível erga omnes, especialmente contra o Poder Executivo, legitimando-se o controle dos atos da Administração Pública tomando-se como parâmetro o princípio de proibição do retrocesso social.

Em suma, a vedação do retrocesso social é o princípio sobre o qual se erguem os fundamentos para a impugnação de medidas que visem suprimir ou restringir direitos sociais tendo como resultado a sua violação. Para que não se viole o princípio da proibição do retrocesso social, é fundamental que se preserve o núcleo duro desses direitos, em especial naquilo que for necessário para uma vida de acordo com a preservação da dignidade da pessoa humana.

3.1. ADIns 6373 e 6378, MP 932/20 e as tentativas inconstitucionais de redução das suas receitas

Os serviços sociais autônomos foram criados na década de 1940 no Brasil por meio de legislação específica que conferiu, a cada um dos entes, a missão constitucional de prestar serviços sociais em favor de determinado setor, de determinados trabalhadores ou, ainda, da sociedade em geral, especialmente na promoção e indução ao emprego.

Decerto, o sistema sempre esteve desde a sua origem em permanente luta com o Poder Executivo e o Poder Legislativo quanto ao seu modelo de financiamento e a cada novo governo ou legislatura o calor do debate se acirra ainda mais ao ponto de um Ministro de Estado afirmar que irá "meter a faca no Sistema S. Se o interlocutor é inteligente, preparado e quer construir, como o Eduardo Eugênio corta 30%. Se não, corta 50%"⁵.

Desse modo, invariavelmente, as sucessivas leis que autorizaram, instituíram ou criaram os serviços sociais autônomos, vêm veiculando disposições concretizadoras dos direitos sociais assistenciais, ligadas ao desenvolvimento de categorias profissionais ou econômicas específicas, ou, ainda, de políticas públicas fundamentais ligadas à geração



de emprego e à promoção da saúde. Assim, todos os serviços sociais autônomos estabelecidos na ordem jurídica brasileira buscam garantir o acesso dos direitos sociais atualmente previstos no artigo 6º, da . Dessa maneira, o art. 6º da estabelece como direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Já o art. 203, III, da dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos a promoção da integração ao mercado de trabalho.

Nesse rumo, a Lei 8.742/93 (LGL\1993\71), que dispõe sobre a assistência social no Brasil, prevê que os objetivos são a proteção social, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, a vigilância socioassistencial e a defesa dos direitos sociais dos brasileiros. Assim, os serviços sociais autônomos, na qualidade de entidades de assistência social criadas por lei, fazem jus ao recebimento das contribuições que lhes são destinadas para concretizar os direitos sociais especificados na Constituição e na legislação de sua criação.

A prestação desses serviços não decorre da lei ou do decreto que instituiu cada ente, mas sim da consecução dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF (LGL\1988\3)), especialmente o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II, da CF (LGL\1988\3)) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF (LGL\1988\3)). Ademais, a atividade das entidades do Sistema S estão diretamente afetas à implementação dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição (à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade e à infância e à assistência) e da assistência social, prevista no art. 203 da Constituição.

Assim, a MP 932/20 (LGL\2020\3554) discutida nas ADIns 6373⁶ e 6378⁷, ao reduzir em 50% as alíquotas das contribuições sociais destinadas as entidades do Sistema S acaba por violar frontalmente os arts. 3º, 6º e 203 da Constituição, porquanto prejudica desproporcionalmente atividades sociais que visam exatamente o “suposto” objeto da norma provisória que é a promoção do emprego. Essa desoneração da folha de pagamento apenas para os serviços sociais autônomos é medida inócua já que, ela mesma, prejudica abusivamente os serviços que têm por norte garantir a manutenção da produção e do emprego na sociedade brasileira e, que devido ao desaquecimento da economia, já estão trabalhando com cerca de 30% da sua arrecadação ordinária e, ainda, não há pertinência temática, inviabilizando a continuidade da prestação de serviços sociais de excelência que contribuem para o desenvolvimento econômico do país.

É certo que essas alterações, em regra momentâneas, de acordo com a conveniência e a oportunidade de determinados dirigentes políticos ou ocupantes temporários de cargos de confiança, estão de encontro a entidades historicamente sólidas que prestam um bom serviço à sociedade brasileira, além de contrariar normas de conduta e normas organizacionais que são longevas e consolidadas contra o enfrentamento de diversas crises fiscais ao longo dos tempos. Não se pode esquecer que os serviços sociais autônomos surgem no Brasil exatamente em razão da ineficiência estatal na formação de profissionais qualificados e a carência de políticas de educação, cultura e saúde para os trabalhadores e seus familiares. Decerto, o Poder Público, diante das dificuldades em cumprir e expandir esses papéis tão indispensáveis, transfere a responsabilidade para os empresários que passam a ser responsáveis não só pela qualificação técnica-profissionalizante dos trabalhadores como por serviços relevantes de assistência social.

Desse modo, diante da problemática estatal em prover serviços de assistência social e educação profissionalizante para inclusão no mercado de trabalho e a atualização constante de técnicas de capacitação, foram criados os serviços sociais autônomos, com objetivos estabelecidos em lei e, por meio de contribuição tributária incidente



própria folha de pagamento das empresas, que tinham enorme necessidade de mão de obra saudável e qualificada e, a partir de então, passariam a organizar, a manter e a gerir o seu próprio serviço social e de aprendizagem em favor de seus trabalhadores.

De fato, os serviços sociais autônomos têm a concreção de aspectos da seguridade social na sua concepção constitucional mais atual de promoção de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde e à assistência social do trabalhador (art. 194, caput, da CF (LGL\1988\3)) e, assim, de formar e desenvolver políticas de promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, inciso III, da CF (LGL\1988\3)) por meio de desenvolvimento do ensino profissional e geração de empregos. Além disso, o próprio Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) já demonstrou por meio de pesquisas técnicas que a desoneração da folha no Brasil não gera efeitos positivos na demanda por trabalho⁸ e, mais, no caso estudado, já faz com que as próprias entidades do S que são as instituições que mais empregam proporcionalmente no Brasil (recursos recebidos x número de funcionários) pelo seu amplo espectro e fundamento social também tenham que demitir centenas de funcionários.

Mas não é só. Da leitura da norma constitucional do art. 149 da CF (LGL\1988\3), elenca-se três modalidades de contribuições: as sociais, as de intervenção no domínio econômico e as de interesse de categorias profissionais ou econômicas. Referidas contribuições possuem natureza jurídica tributária autônomas, diferente de impostos, taxas, contribuições de melhoria ou empréstimo compulsório. Outra característica singular dessas contribuições é a destinação da sua arrecadação, pois, nem sempre, é destinada ao Estado, mas, também, a pessoas jurídicas que não integram, diretamente, a estrutura administrativa estatal como as autarquias e as entidades privadas que colaboram com o Poder Público.

A natureza das contribuições tributárias que financiam o sistema S, o qual existe como instrumento para a concretização de direitos sociais, exige um cuidado maior ao se lidar com os recursos recebidos pelas entidades do serviço social autônomo. Por certo, o caráter finalístico é elemento que diferencia as contribuições sociais de outras espécies tributárias e, ao mesmo tempo, determina a destinação a ser dada ao produto das arrecadações. Se o art. 149 da CF (LGL\1988\3) prevê a possibilidade de a União instituir contribuições para a garantia de direitos sociais, por exemplo, a instituição desse tributo tem que ser destinada ao seu desiderato, em regra, sob pena de se retirar a lógica normativa do texto constitucional. Esse argumento da finalidade das contribuições sociais encontra validade jurídica na estrutura desses tributos dentro da CF (LGL\1988\3), porquanto o art. 149 vinculou expressamente a instituição de contribuições para as áreas para as quais foram criadas, mediante a utilização da expressão “como instrumento de atuação nas respectivas áreas”, ou seja, como meio de atuação nas áreas sociais, de intervenção de domínio econômico e de categorias profissionais ou econômicas.

Por certo, o artigo 149 da CF (LGL\1988\3) prevê a competência tributária privativa da União Federal para “instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas”. Acerca das contribuições de seguridade social, o artigo 195 dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das contribuições sociais a que alude o dispositivo. Por sua vez, o artigo 240 da Carta Magna esclarece que as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, não se incluem naquelas listadas no citado artigo 195. Assim, a alteração da destinação das contribuições do sistema S representa uma violação à finalidade das contribuições sociais, prevista nos arts. 149 e 240 da Constituição.

Por fim e não menos importante, o aumento exacerbado de 100% da taxa de retribuição da Receita Federal do Brasil para arrecadação das contribuições do S configura nítido



confisco, pois representa uma interdição desproporcional ou injusta apropriação estatal, comprometendo-se de forma abusiva ainda mais as atividades sociais das entidades, ou seja, configura-se confisco o injustificado aumento em dobro da retribuição a ser paga à RFB pelos mesmos serviços administrativos prestados há anos às entidades sociais.

Nesse sentido, é incontestável que os serviços sociais autônomos visam criar mercado de trabalho e melhorar a quantidade e a qualidade dos empregos, com a inclusão das pessoas mais afastadas do mercado de trabalho, bem como de reduzir a pobreza, com eficazes medidas de interconexão de políticas de emprego, sociais e de pobreza.

Portanto, entende-se que chegou a hora do Excelso Supremo Tribunal Federal de uma vez por todas barrar as intempéries momentâneas do governo de ocasião e medidas legislativas como a MP 932/20 (LGL\2020\3554) ou outras tentativas inconstitucionais de redução de receitas dos serviços sociais autônomos, pois, além dos óbices constitucionais materiais, traduzidos na violação aos arts. 3º, 6º, 149, 150, IV, 194, 195, 203, III, e 240 da Constituição Cidadã, não contribuem em nada para inclusão no mercado de trabalho e será um incontestado recado para o futuro no sentido de que leis de claro retrocesso social não passam pelo crivo da razoabilidade que também condiciona os atos estatais.

4. Possibilidade de eventual extinção do serviço social autônomo e cláusulas pétreas?

Com a garantia da imutabilidade dos direitos e garantias concedidos aos cidadãos e verificado que as entidades do serviço social autônomo são veículos por meio dos quais a parceria entre Estado e iniciativa privada busca concretizar esses direitos, necessário se faz analisar a possibilidade de eventual extinção de entidade do serviço social autônomo.

Em estudo elaborado pela Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados, Gisele Santoro Trigueiro⁹, observou-se que a extinção de uma entidade do sistema "S" configura violação, a um só tempo, aos seguintes direitos individuais previstos na Constituição: direito à propriedade (art. 5º, XXII) e devido processo legal (art. 5º, LIV). Isso porque, as entidades do serviço social autônomo têm natureza jurídica de direito privado e, desse modo, não poderia o Estado extingui-las, sob pena de interferência indevida do Poder Público na propriedade privada.

Outro óbice material à edição de emenda constitucional para extinguir entidade do sistema "S" seria o do art. 8º da Constituição, que protege o direito à livre associação profissional ou sindical. Entende-se que os direitos e garantias individuais não são apenas aqueles insertos exclusivamente no art. 5º da Constituição. Há direitos individuais em toda a Constituição Federal e a proteção conferida pela cláusula pétrea também abarca os direitos sociais. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2016) disserta, in verbis:

"Antes de adentrarmos com maior ênfase o problema dos direitos sociais, é necessário registrar, ao menos de acordo com a evolução doutrinária e jurisprudencial dominante no Brasil, que em princípio não apenas os direitos fundamentais expressamente elencados no Título II da CF (LGL\1988\3), mas também direitos dispersos pelo texto constitucional encontram-se blindados em face do poder de reforma constitucional, como dá conta o paradigmático julgamento proferido pelo STF quando da impugnação da constitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 3/1993 (LGL\1993\20), ocasião na qual, além do reconhecimento de que as limitações ao poder de tributar estabelecidas no artigo 150, III, CF (LGL\1988\3), correspondem, no plano subjetivo, a direitos e garantias fundamentais do contribuinte, também foi reconhecido que tais direitos e garantias não poderiam ser pura e simplesmente abolidas ou desconsideradas pelo poder reformador."

Sobre essa questão, o STF já reconheceu a existência de direitos fundamentais fora do art. 5º quando decidiu que as limitações ao poder de tributar como limite material à possibilidade de emenda à Constituição¹⁰. Há, ainda, limitação constitucional material ao poder de reformar a Constituição quanto ao princípio fundamental inserido no art. 1º,



inciso IV, da Constituição, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Esse dispositivo é complementado pelos arts. 170 e 193 da Constituição, que protegem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, e a ordem social, que tem por base o primado do trabalho.

Dessarte, as entidades integrantes do serviço social autônomo possuem, como razão de existir, a execução de ações voltadas a concretizações de direitos sociais que são inalienáveis, em especial os fundados no art. 6º da Constituição. Portanto, a existência dessas entidades se encontra diretamente vinculada a esses direitos fundamentais sociais. Não há como se almejar a dignidade da pessoa humana sem a valorização do trabalho, a garantia da saúde, a assistência aos desamparados, a educação e o lazer.

Nesse sentido, eventual extinção de entidades do serviço social autônomo implicaria em violação aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, revelando, por sua vez, evidente retrocesso social, porque os valores defendidos estão diretamente relacionados aos princípios sensíveis da Carta e aos fundamentos da República.

Em face de tais elementos, é evidente a constatação de que a extinção das entidades do serviço social autônomo trata-se de medida vedada pela Constituição Federal, porquanto implicaria em retrocesso para toda a sociedade, dada a capilaridade e a finalidade social de seus serviços, com a consequente cessação desses serviços sem grave prejuízo sobre a concretização dos direitos sociais.

Torna-se forçoso reconhecer que a proteção às entidades que se prestam à concretização de direitos sociais visa a evitar o constitucionalismo abusivo, o legalismo autocrático, a democracia iliberal e o retrocesso institucional. Em detalhada decisão monocrática proferida quando do deferimento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental 622/DF¹¹, o Min. Roberto Barroso definiu que nos tempos modernos as maiores ameaças à democracia não vêm de grupos que adquirem o poder por meio de golpes de Estado, mas sim por meio de alterações normativas pontuais.

Referidas alterações vão sendo introduzidas de forma aparentemente formal, e, quando analisadas isoladamente, podem deixar dúvidas quanto a sua inconstitucionalidade. No entanto, quando analisadas em conjunto, implicam progressiva redução de direitos e significam verdadeiro ataque ao regime democrático, mediante exclusão do espaço público de todos os dissidentes e agentes que possam limitar ou dividir com o líder autocrático o poder soberano.

No mérito da citada Ação Declaratória, analisou-se decreto do Presidente da República que exonerou membros do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), decidindo-se que as medidas promovidas pelo Executivo conferiram a ele o controle da sua composição e das suas decisões, neutralizando-o como instância crítica de controle e frustrando o texto constitucional que garantiu participação a sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes¹².

Portanto, verifica-se que o exercício do controle de atos do Poder Público pelo Poder Judiciário se afigura possível mesmo quando haja dúvidas sobre a constitucionalidade das normas impugnadas, se no choque de princípios estiver em jogo a possibilidade de nulificação de um direito social, como ocorreu no caso da participação popular no Conanda.

Ademais, imperioso ressaltar que a proteção às entidades de serviço social autônomo não é absoluta, no sentido de que o exercício de prerrogativas legais que não impliquem restrição ou supressão de direitos podem ser efetuadas, dentro dos limites da lei, sem que haja em tal ação estatal vício de inconstitucionalidade. Por exemplo, a possibilidade de alteração do Presidente de entidade de serviço social autônomo já foi devidamente analisada pelo STF, entendendo-se que a exoneração pode ser efetuada a qualquer tempo pela autoridade responsável pela nomeação¹³.



Nas hipóteses em que os integrantes dos órgãos de orientação e administração sejam demissíveis ad nutum, a figura de seu mandato assume caráter de mero instrumento de controle temporal de permanência do integrante, não servindo, contudo, como qualquer espécie de garantia da sua permanência durante o integral transcurso do interstício temporal de seu mandato, em razão da possibilidade de exoneração de ofício.

Logo, não obstante as entidades do serviço social autônomo gozem da proteção necessária para que possam concretizar sua finalidade social em cooperação com o Estado e desde que seus órgãos de direção tenham participação equânime do Estado e da sociedade, não é inconstitucional a lei que estabelece o poder do Presidente da República para exonerar o presidente do serviço social autônomo, de ofício ou por proposta do Conselho de Administração aprovada por maioria absoluta de seus membros.

Conclusão

A partir da análise constitucional e da estrutura jurídica dos serviços sociais autônomos federais existentes, constata-se que a natureza jurídica dessas entidades é de pessoa jurídica de direito privado. Entretanto, apesar de possuírem essa configuração jurídica, o sistema "S" afasta-se dos modelos de pessoa jurídica estabelecidos pelo art. 44 do Código Civil (LGL\2002\400), pois não possuem sócios ou associados e não são associações, fundações, partidos políticos, sociedades simples ou empresárias de responsabilidade limitada.

Sendo certo que é elemento constitutivo dos serviços sociais autônomos a inexistência de sócios ou associados, como ocorre, obrigatoriamente, em empresas, associações e organizações não governamentais, seria salutar a alteração legislativa do art. 44 do Código Civil (LGL\2002\400) para o acréscimo do serviço social autônomo no inciso VII como pessoa jurídica de direito privado apartada, independente e qualificada com características próprias.

Desse modo, os beneficiários dos serviços sociais autônomos não contribuem com o capital social da entidade, a qual é sustentada, principalmente, por verbas arrecadadas pelo Poder Público. Tampouco podem os beneficiários influir diretamente nos diversos ramos do serviço social autônomo, não lhes sendo facultado alterar seu regulamento, tampouco votar em matérias de seu interesse, salvo se participarem dos órgãos de direção. De outro fronte, os serviços prestados se encontram disponíveis aos beneficiários sem a necessidade de qualquer manifestação destes.

Além disso, tem-se que os órgãos diretivos das entidades são constituídos por pessoas que não contribuíram com o capital social da entidade – como ocorre nas sociedades – ou adquiriram a condição de participar da sociedade mediante associação – o que acontece nas associações. Os dirigentes das entidades do serviço social autônomo ostentam essa condição em razão de cumprirem com as regras de indicação das normas instituidoras e não por eventual contribuição para a entidade.

Com relação à composição de seus órgãos deliberativos de direção superior, a Constituição orienta uma composição paritária, sem uma exacerbada presença estatal, diante da necessidade de se conferir autonomia e dar um caráter democrático à sua gestão.

A norma instituidora que cria entidade do serviço social autônomo sem a observância da paridade de poderes entre o Estado e a sociedade acaba por desvirtuar inconstitucionalmente o instituto, prejudicando a sociedade brasileira como um todo – já que esta deixa de ser beneficiária de uma entidade capaz de assumir uma postura independente na busca de seu fim social – e em seu lugar vê surgir uma entidade sujeita aos notórios problemas da administração estatal, sem os instrumentos de controle social necessários para assegurar a correta e adequada destinação dos recursos públicos recebidos.



Justamente por essa caracterização dos serviços sociais autônomos como entidades que devem seguir o pluralismo político e ter a autonomia e a independência do Poder Público é que se criticou a utilização do sistema "S", como ocorreu recentemente com a Embratur e a Adaps, para a prática de promoção de direito social, mas com intervenção excessiva e desproporcional pelos órgãos de direção do Poder Público federal para atuar com a devida isenção e imparcialidade, e de jeito algum apropriado na sua designação de "autônomo".

Por sua vez, a necessária proteção dos direitos sociais impõe a proibição constitucional do retrocesso social, de modo a restringir a atuação legislativa que possua como resultante a redução da proteção social concedida aos cidadãos. Isso, porque os direitos sociais, uma vez obtidos, transformam-se em garantia institucional e direito subjetivo, com fundamento no princípio da confiança e da segurança dos cidadãos, em respeito à dignidade da pessoa humana. Necessário se faz reconhecer que a vedação ao retrocesso social é um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

Garantida a imutabilidade dos direitos e garantias concedidos aos cidadãos e verificado que as entidades do serviço social autônomo são veículos por meio dos quais a parceria entre Estado e iniciativa privada busca concretizar esses direitos, conclui-se pela impossibilidade de tentativas inconstitucionais de redução das suas receitas e, também, da extinção de entidade do serviço social autônomo.

A extinção de uma entidade do sistema "S" configura violação, a um só tempo, aos seguintes direitos individuais: direito à propriedade (art. 5º, XXII, da CF (LGL\1988\3)) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF (LGL\1988\3)). Outro óbice material à edição de emenda constitucional para extinguir entidade do sistema "S" é o do art. 8º da Constituição, que protege o direito à livre associação profissional ou sindical. Outras limitações constitucionais à extinção de entidade do sistema "S" são o princípio fundamental inserido no art. 1º, IV, da Constituição, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e os arts. 170, caput, e 193 da Constituição, que protegem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, e a ordem social, que tem por base o primado do trabalho.

Referências

ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados, consultoria legislativa. Gisele Santoro Trigueiro Mendes. Extinção dos serviços sociais e de aprendizagem que compõem o sistema "S" (SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE) e criação do Instituto Brasileiro do Trabalho – IBRAT. Disponível em: [\[http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1519\]](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1519). Acesso em: 01.01.2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. Exercício de atividade econômica por entidades paraestatais do sistema "S". Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. Atualização Carlos Henrique Abrão. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo. Proteção de direitos fundamentais diante das emendas constitucionais. Conjur, 6 de maio de 2016. Disponível em: [\[www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protecao-direitos-fundamentais-diante-emenda\]](http://www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protecao-direitos-fundamentais-diante-emenda). Acesso em: 01.01.2020.



SILVA, Fernando Cândido da. Registro de títulos e documentos no registro civil de pessoas jurídicas. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

1 .“Art. 22 O Conselho Nacional, com jurisdição em todo o território brasileiro, exercendo em nível de planejamento, fixação de diretrizes, coordenação e controle das atividades do Sesi, a função normativa superior, ao lado do poder de inspecionar, fiscalizar e intervir, em caráter de correção, em qualquer setor institucional da entidade, no centro e nas regiões, se compõe dos seguintes membros: [...] a) de um presidente, nomeado pelo Presidente da República, nos termos do Decreto-lei 9.665, de 28 de agosto de 1946”. (BRASIL. Decreto 57.375/1965 (LGL\1965\41). Aprova o Regulamento do serviço Social da Indústria (SESI). Brasília-DF: Planalto, 1965). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57375.htm]. Acesso em: 22.01.2020.

2 .“Art. 2º A ação do Sesi abrange: a) o trabalhador da indústria, dos transportes, das comunicações e da pesca e seus dependentes; b) Os diversos meios-ambientes que condicionam a vida do trabalhador e de sua família”. (BRASIL. Decreto 57.375/1965 (LGL\1965\41). Aprova o Regulamento do serviço Social da Indústria (SESI). Brasília-DF: Planalto, 1965). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57375.htm]. Acesso em: 22.01.2020.

3 .COELHO, Fábio Ulhôa. Exercício de atividade econômica por entidades paraestatais do sistema “S”. Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 201-207.

4 .ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 13.

5 .Disponível em:

[https://exame.abril.com.br/economia/guedes-gasto-publico-gerou-zoeira-total-e-previdencia-desigual]. Acesso em: 08.06.2020. Na mesma linha afirmou o então Secretário da Receita Federal do Brasil Marcos Cintra: “Poderá implicar redução de encargos e revisão de atividades do sistema S. Certo enxugamento e transferência para financiamento privado poderá ser saudável. Estamos fazendo as contas, mas poderia ser 30%, 50%. Vamos ver quais atividades são essenciais e possuem características de bens públicos.” Disponível em: [https://oglobo.globo.com/economia/corte-no-sistema-pode-chegar-50-diz-futuro-secretario-da-receita-federal-23311605]. Acesso em: 13.06.2020.

6 .Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5888736]. Acesso em: 13.08.2020.

7 .Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5890828]. Acesso em: 13.08.2020.

8 .Disponível em:

[www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32244&Itemid=7].



Acesso em: 13.08.2020.

9 .BRASIL. Câmara dos Deputados, consultoria legislativa. Gisele Santoro Trigueiro Mendes. Extinção dos serviços sociais e de aprendizagem que compõem o sistema “S” (SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE) e criação do Instituto Brasileiro do Trabalho – IBRAT. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1519]. Acesso em: 22.01.2020.

10 .STF, ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 15.12.1993, DJ 18.03.1994.

11 .STF, ADPF 622 MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 20.12.2019.

12 .Idem.

13 .STF, MS 34278, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.05.2017, DJe 31.05.2017.



OPINIÃO

Uma proposta de alteração do artigo 44 do Código Civil

17 de outubro de 2020, 15h20

Por Edvaldo Nilo de Almeida

Ao se analisar as entidades integrantes do serviço social autônomo sob o prisma de sua organização jurídica interna e, igualmente, por não possuírem nem sócios e nem associados na sua composição, verifica-se a existência de uma singularidade na forma de como se constituem e são organizadas quando comparadas com as demais pessoas jurídicas de Direito privado previstas no artigo 44 do Código Civil.

A Constituição Federal prevê a liberdade de associação como um direito fundamental, positivado no artigo 5º, inciso XVII. Sobreleva-se do texto normativo que a associação referida na norma possui interpretação abrangente, devendo ser entendida como a possibilidade de participar de pessoas jurídicas de forma ampla, tais como as sociedades empresárias, as associações, os partidos políticos, as organizações religiosas e as fundações. Destaca-se que a forma de participação dos indivíduos no alcance dos objetivos sociais de cada uma delas é fator distintivo dessas pessoas jurídicas para as entidades do serviço autônomo, em particular no que diz respeito à figura do sócio ou do associado. O sócio é aquele que integra a empresa, mediante contribuição de capital ou de serviços, objetivando contribuir para o atingimento do objetivo social da sociedade e participando no resultado que esta venha a alcançar. Em virtude desse vínculo relacional, a participação em sociedades é um negócio jurídico que pode demandar do sócio a capacidade de assumir obrigações tanto na fundação da sociedade, quanto na hipótese de seu posterior ingresso.



Os sócios se incumbem perante si e perante terceiros de honrar as obrigações existentes na legislação e no contrato social, podendo, inclusive, responder subsidiariamente pelas obrigações da sociedade na hipótese de sociedade de pessoas ou de previsão do contrato social. Uma vez constituída a sociedade, tem-se a figura do sócio como elemento constituidor da sociedade, assumindo uma posição singular de detentor de direito de crédito eventual contra a sociedade na hipótese de esta obter lucro ou de garantidor de eventuais prejuízos, caso existentes. Em seu relacionamento interno com a sociedade, o sócio se compromete a oferecer determinada quantia, ou bem avaliável em pecúnia. Ante este comprometimento, o sócio passa ser devedor dessa importância perante a sociedade, nos termos do artigo 1.004 do Código Civil. Caso não cumpra o acordado, pode ser acionado pela sociedade para recebimento desses valores, respondendo, em todo caso, por eventuais danos causados por sua mora. Os demais sócios podem, ainda, preferir sua indenização, exclusão ou redução da quota ao montante já realizado, com a consequente realização da redução do capital social da sociedade, caso necessário. De igual modo, o sócio se posiciona perante terceiros como garantidor dos compromissos da sociedade de pessoas ou contratuais, em razão de posição de devedor subsidiário das obrigações da sociedade. Ademais, encontra-se obrigado a não empregar os fundos sociais em atividades alheias ao interesse da sociedade, conforme dispõe o artigo 1.006 do CC.

Fora as obrigações descritas, o contrato social pode criar obrigações que não contradigam os termos da lei. De outro lado, os sócios são detentores de direitos perante às sociedades. O primeiro deles é o de participar nos lucros auferidos pela sociedade. Sendo os lucros obtidos em razão do desempenho da sociedade empresária, torna-se evidente que estes, em essência, pertencem à sociedade. No entanto, não haveria congruência lógica em demandar do sócio o emprego de seu capital sem que houvesse retorno do emprego de seu patrimônio na atividade empresária, razão pela qual se entende que o sócio contribui para o capital social da empresa na expectativa de participar dos lucros obtidos pela sociedade. Afora esse direito, o sócio também possui outros como o de participar da administração da sociedade, fiscalizar seus negócios, ter acesso aos livros, obter informações sobre o estado financeiro da empresa, entre outros previstos no contrato social. Nesse contexto, por expressa previsão do artigo 972 do CC, a capacidade civil e a inexistência de vedação legal são os requisitos para que uma pessoa possa exercer a condição de sócio, admitindo-se a existência de sócio incapaz apenas na hipótese em que o sócio tiver sua incapacidade declarada após ter dado início a empresa, quando a tiver recebido de seus pais ou por herança. Acordando sua associação para ingresso em sociedade, ou sua constituição, o indivíduo assume responsabilidades, como a de integralizar o capital social, devolução de lucros e resultados em razão de posterior verificação

de sua distribuição em prejuízo do capital social, além de sua responsabilização pela utilização do nome social em atividades estranhas ao nome. Dessa forma, tem-se que a capacidade civil é critério indispensável para a condição de sócio.

De outro lado, no tocante aos associados, o objetivo é, sempre, o exercício de atividade finalística não econômica. Quanto à impossibilidade de exercício de atividade comercial, Silva [1] sustenta que a associação pode exercer atividade mercantil, desde que o resultado da sua atividade seja empregado na execução das próprias atividades da associação, sendo vedada a sua distribuição aos associados. O associado pode ser possuidor de quota ou detentor de fração do patrimônio da associação, mas a condição de associado é pessoal e apenas por ser transmitida se o estatuto permitir a transferência de forma expressa. Diferentemente do que ocorre nas sociedades, os associados não possuem direitos e obrigações recíprocos. Como regra geral, devem os associados possuir direitos iguais, embora a lei permita que existam categorias com vantagens especiais. O vínculo da associação é com a pessoa que lhe é associada, sendo esta condição intransferível, salvo expressa autorização do estatuto. Ao associado incumbe, por exemplo, a obrigação de custear as atividades da associação mediante contribuição. Outra característica da associação é a do respeito ao princípio democrático na tomada de decisões, que deriva do poder da assembleia geral para alterar o estatuto e decidir os rumos da associação e destituir os membros de seus órgãos diretivos. Além disso, a exclusão do associado apenas pode acontecer se houver justa causa e se for precedida de procedimento no qual lhe seja garantido o direito de defesa e de recurso. Para exercer os direitos que lhe confere o estatuto social, o associado necessita deter capacidade civil, de forma a se comprometer com os objetivos da sociedade e exercer os direitos que são concedidos pelo estatuto.

No tocante às entidades do serviço social autônomo, por sua vez, a situação de seus beneficiários apresenta estrutura jurídica diversa das acima expostas. Além de ser criada por lei aprovada no Parlamento, destaca-se que os beneficiários não contribuem com o capital social da entidade, a qual é sustentada, principalmente, por verbas arrecadadas pelo poder público. Sendo assim, os beneficiários não podem ser chamados a responder em hipótese de a entidade apresentar prejuízo fiscal, tampouco recebendo qualquer valor em caso de haver sobras orçamentárias da entidade. Ademais, os beneficiários não podem influir diretamente nos diversos ramos do serviço social autônomo, não lhes sendo facultado alterar seu regulamento, tampouco votar em matérias de seu interesse, salvo se participarem dos órgãos de direção. Na hipótese de ser a entidade dissolvida, o excesso de seu patrimônio, após a satisfação de suas obrigações, não reverte em favor dos beneficiários — o que poderia ocorrer

no caso da sociedade ou da associação — devendo o patrimônio ter a destinação que lhe foi atribuído pela norma legal instituidora. De outro fronte, os serviços prestados se encontram disponíveis aos beneficiários sem a necessidade de qualquer manifestação destes. A vinculação se dá, por exemplo, por se inserir o beneficiário dentro de uma determinada categoria econômica ou profissional e independentemente de anuência expressa do indivíduo para sua disponibilização. Ademais, tem-se que os órgãos diretivos das entidades são constituídos por pessoas que não contribuíram com o capital social da entidade — como ocorre nas sociedades — ou adquiriram a condição de participar da sociedade mediante associação — o que acontece nas associações.

Senso assim, os dirigentes das entidades do serviço social autônomo ostentam essa condição, em razão de cumprirem com as regras de indicação das normas instituidoras e não por eventual contribuição para a entidade. Como exemplo, temos que o presidente do Conselho Nacional do Sesi é indicado diretamente pelo presidente da República, ao passo que os beneficiários do Sesi são o trabalhador da indústria e sua família. Desse modo, como podem vir a responder pelos atos praticados durante o período em que estiveram à frente da entidade, bem como pela necessidade de serem sujeitos de direitos e obrigações, os dirigentes das entidades necessitam de capacidade civil, enquanto os beneficiários dos serviços das entidades não necessitam, bastando, por exemplo, que um de seus pais ostente tal condição para ser beneficiário. Tem-se, pois, que a condição de beneficiário das entidades do serviço social autônomo independe da capacidade civil.

Assim sendo, seja sob a ótica societária, seja pela da capacidade civil, tem-se que a figura do beneficiário das entidades do serviço social autônomo não equivale à do sócio ou associado, o mesmo ocorrendo para figura de seus dirigentes, cuja indicação segue critérios estabelecidos em lei ou decreto regulamentar com fundamento constitucional no artigo 84, inciso IV, da CF, e não em contrato social ou estatuto de associados. Certamente essa diferenciação é fundamental também para se diferenciar os sócios ou associados das espécies de participação experimentada pelos integrantes e beneficiários do serviço social autônomo. Desse modo, seria salutar a alteração legislativa do artigo 44 do Código Civil para o acréscimo dos serviços sociais autônomos no inciso VII, pois são qualificados com características próprias e apartadas e, a despeito de serem pessoas jurídicas de Direito privado, não são associações como sustentam alguns autores ou sociedades e, muito menos, fundações, organizações religiosas, partidos políticos ou empresas individuais de responsabilidade limitada.

[1] DA SILVA, Fernando Cândido. Registro de títulos e documentos no registro civil de pessoas jurídicas. 2ª ed. Curitiba: Appris, 2019, p. 187.

Edvaldo Nilo de Almeida é procurador do Distrito Federal, advogado sócio do escritório Nilo & Almeida Advogados Associados, especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA, especialista em Direito Tributário pelo Ibet, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), doutor em Direito Público pela PUC-SP e pós-doutorando em Direito Tributário e Financeiro no Programa de Pós-Doutoramento da UERJ e no Programa em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos associado à Universidade de Coimbra.

Revista **Consultor Jurídico**, 17 de outubro de 2020, 15h20



OPINIÃO

Em defesa do Sistema S: fiscalização muito mais eficiente do que a do poder público

27 de setembro de 2020, 6h04

Por Edvaldo Nilo de Almeida

O tema objeto deste artigo são os serviços sociais autônomos e os seus órgãos de controle de recursos, tais como controle interno, controle das *Big Four* de auditoria, controle de Tribunal de Contas da União (TCU), Ministérios e Controladoria-Geral da União (CGU). Nessa senda, o problema a ser respondido é o da efetividade da fiscalização dos recursos dos serviços sociais autônomos por órgãos internos e externos, concluindo-se facilmente que se submetem a uma fiscalização muito mais rígida e eficiente do que a do poder público.

Sabe-se que os serviços sociais autônomos a partir do que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direitos sociais, conforme o artigo 6º, podem prestar serviços nas áreas da educação, da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do transporte, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.



Porém, em dezembro de 2018, o atual ministro da Economia, Paulo Guedes, mesmo conhecedor dos indispensáveis serviços sociais prestados, disse que teria que "*(...) meter a faca no Sistema S. Se o interlocutor é inteligente, preparado e quer construir, como o Eduardo Eugênio corta 30%. Se não, corta 50% (...)*" [\[1\]](#). Essas alterações, em regra, momentâneas, de acordo com a conveniência e a oportunidade de determinados dirigentes políticos ou ocupantes temporários de cargos de confiança, vão de encontro a instituições historicamente sólidas que prestam um bom serviço à sociedade brasileira, além de contrariar normas de conduta e normas organizacionais que são longevas e consolidadas contra o enfrentamento de diversas crises fiscais ao longo dos tempos. Em outras palavras, estar-se-á a falar de entidades

bem antigas, estabilizadas e que prestam serviços fundamentais com estatísticas de eficiência cobradas por rígidos órgãos de fiscalização interna e externa, por exemplo, Senai (1942), Sesi/Sesc/Senac (1946), Sebrae (1990), Senar (1991), Sest/Senat (1993), SESCOOP (1998), Apex-Brasil (janeiro de 2003) e ABDI (2004).

Assim sendo, a sujeição ao controle interno e externo é um elemento constitutivo próprio dos serviços sociais autônomos. Por receberem recursos públicos para o desenvolvimento de sua atividade, as entidades do Sistema S sujeitam-se ao controle externo exercido pelo TCU, de caráter finalístico, inclusive com a prestação de contas anualmente. Essas entidades também se submetem ao controle externo exercido pelo Ministério Público. Há, ainda, o controle externo exercido pela estrutura do Poder Executivo, em especial pelo ministério afeto à área desenvolvida pela entidade e pela CGU, ou seja, constata-se a tutela administrativa, que é o poder conferido ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado de fiscalizar as entidades, sem substituir a gestão interna nem impor decisões hierárquicas, mas, sim, com o propósito de assegurar a sua própria autonomia e, no caso dos orçamentos, o *exequatur* ou aprovação que não se pode alterar o conteúdo.

Desse modo, verifica-se que o controle finalístico exercido pelo TCU não é o único instrumento de controle a que se submetem as entidades integrantes do serviço social autônomo. Com efeito, o artigo 74 da Constituição Federal traz um regramento que prevê a participação colaborativa entre as esferas de poder, atuando de forma sistêmica, com intuito de fiscalizar a eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial e apoiar o exercício do controle externo.

Além disso, as entidades encontram-se vinculadas à necessidade de execução orçamentária de acordo com os regramentos da Lei nº 4.320/1962, devendo-se implementar instrumentos informatizados para que a execução financeira ocorra apenas após a execução orçamentária e a entidade deve se abster de efetuar despesas que comprometam orçamentos futuros. Por exemplo, o TCU aprovou importante enunciado (Acórdão 1567/2020) de consolidação da sua jurisprudência no qual estabelece que se aplicam aos serviços sociais autônomos, em complemento às Normas Brasileiras de Contabilidade expedidas pelo Conselho Federal de Contabilidade, as normas de contabilidade pública emitidas pela Secretaria do Tesouro Nacional, na condição de órgão central do sistema de contabilidade federal.

No controle interno, as entidades do Sistema S dispõem de uma complexa estrutura interna, que passa pela fiscalização exercida pelo Conselho Nacional e pela Comissão de Contas na elaboração dos orçamentos anuais e culmina nas estruturas internas de comitês de ética,

gerências de governança, *compliance* e ouvidorias. Isto é, há estruturas estabelecidas em códigos de ética e nos regulamentos, constituídas por auditorias, órgãos de governança corporativa, corregedorias, ouvidorias, conselhos fiscais e auditorias externas.

Decerto, constata-se bastante eficiência neste sistema de organização e fiscalização interna com a participação efetiva da sociedade e do Estado. Por exemplo, no Sesc-Senac/RJ, apesar de também entender pela ilegalidade da operação feita recentemente [2], verifica-se que o centro da discussão foi iniciado no âmbito interno de fiscalização das entidades quando detectadas prontamente irregularidades em contratos ainda na primeira gestão do delator com a determinação do seu afastamento pelos órgãos internos, ou seja, as brigas judiciais e a contratação dos advogados foram para manter o delator no cargo em razão de irregularidades já detectadas internamente. Portanto, todo esse controle examina a observância dos princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública e os princípios administrativos decorrentes da isonomia, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade do dispêndio dos recursos públicos, nas contratações e na seleção de pessoal.

Doutro ponto, audiências públicas no Parlamento brasileiro sobre os serviços sociais autônomos acontecem com bastante frequência. Em 28/5/2015, por exemplo, a gestão dos recursos e a transparência do Ssistema S fora questionada pelo então senador Ataídes Oliveira, afirmando-se que o Sistema S atua com [baixa transparência](#) e, embora seja mantido com recursos públicos, viola a Constituição e várias leis ao adotar vários procedimentos incompatíveis com tal condição, como a contratação de pessoal sem concursos públicos e a não submissão a instituições de controle.

Nessa mesma audiência pública, vários [senadores destacaram o papel do Sistema S](#) na formação profissional de milhões de brasileiros, atuando de forma eficiente e suprimindo deficiências do sistema educacional do país, bem como que decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal STF legitimariam os processos seletivos de pessoal adotados pelo Sistema S, com diversas declarações de congressistas de que "(...) *nada neste país é mais fiscalizado que o Sistema S*" [3].

Concorda-se com essa última afirmação, veja-se aqui o exemplo do TCU [4], registrando-se que os serviços sociais autônomos federais hoje são as entidades mais fiscalizadas em relação a qualquer outra pessoa jurídica no ordenamento jurídico nacional ou, ao menos, umas das mais fiscalizadas. Basta, no plano federal, por exemplo, uma simples pesquisa no sítio do TCU com a expressão "Serviços Sociais Autônomos" [5] e se constatará aproximadamente cinco mil acórdãos e, de fato, o tipo de pessoa jurídica mais fiscalizada no Brasil ou um dos

mais. Nesse prumo, as fiscalizações são constantes e periódicas. Há um setor de fiscalização no TCU especializado em serviço social autônomo, o que é uma peculiaridade bastante importante e desmistificadora da falta de fiscalização pelo Estado. Por exemplo, no dia 26 de julho de 2019, em um único dia, foram publicadas no Diário Oficial da União, dois *leading case* do Plenário do TCU sobre fiscalizações exercidas sobre todos os serviços sociais autônomos.

O primeiro, exclusivamente sobre educação e com o espectro bastante detalhado da educação brasileira, registrou-se uma visão das fontes de receitas destinadas ao financiamento da educação em todo o Brasil e relatório de levantamento bastante completo com o objetivo de conhecer a estrutura de financiamento da educação no Brasil e direcionar a atuação da *SecexEducação* (que também investiga o S) em critérios de materialidade, relevância e risco. Constatou-se, nesse relatório, o cumprimento integral pelos serviços sociais autônomos de toda a legislação sobre a prestação de serviço educacional gratuito e não houve nenhuma recomendação para os serviços sociais autônomos, ao contrário do que aconteceu com o Ministério da Educação e de todas as pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao órgão que, já *a priori*, o Plenário do TCU notou de pronto o descumprimento de diversas normas constitucionais e legais e fez diversas recomendações [6].

O segundo, certamente uma das mais profundas auditorias feitas em toda a história do TCU, conforme destacado pelo ministro relator Augusto Sherman Cavalcanti, com acórdão publicado de 244 páginas, tratou-se de levantamento realizado no contexto da solicitação do Congresso Nacional, abrangendo todas as entidades, com o objetivo de obter dados sobre despesas, transparência, cumprimento de acordo de gratuidade, recursos humanos, disponibilidades financeiras, investimentos decorrentes das atribuições, e outros, referentes aos exercícios de 2015 e 2016. Sem sombra de dúvidas, o desempenho dos serviços sociais autônomos no contexto de uma investigação desse porte foi bem-sucedido, com recomendações por parte do TCU de melhorias e aperfeiçoamentos tanto para o Sistema S como para a CGU e 2ª Diretoria Técnica da *SecexTrabalho*, unidade responsável pela fiscalização das entidades do Sistema S [7].

Portanto, os serviços sociais autônomos prestam serviços de relevante interesse social a partir de repasse de tributos ou de verba pública por meio de contrato de gestão, submetendo-se a rigoroso regime de direito público na relação de controle finalístico que o Estado exerce e nas regras de orçamento. Ademais, devem atuar na gestão de seus recursos e de seu patrimônio, especialmente no dispêndio de recursos e na contratação de pessoal, a partir dos princípios constitucionais da Administração Pública. Conclui-se, assim, que, apesar de serem criadas

pelo Estado, os serviços sociais autônomos têm natureza jurídica de direito privado, mas se submetem às regras orçamentárias públicas, porquanto se sustentam, majoritariamente, por meio de repasse de tributos. Em decorrência desse repasse, além do rigoroso controle interno, as entidades se submetem ao controle constante e periódico do Poder Executivo e do TCU.

[1] In: <<https://exame.abril.com.br/economia/guedes-gasto-publico-gerou-zoeira-total-e-previdencia-desigualdade/>>. Acesso em 13/12/2019.

[2] In: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-15/procuradores-dirigiram-delacao-orlando-diniz-mostram-videos>>. Acesso em 21/09/2020.

[3] In: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/28/gestao-dos-recursos-do-sistema-s-e-questionada-em-audiencia-publica>. Acesso em: 10/12/2019.

[4] Em razão dos limites de 15.000 caracteres para o espaço deste texto, recomenda-se para um estudo mais aprofundado e dezenas de exemplos a nossa tese de Doutorado defendida na PUC/SP: "Serviços Sociais Autônomos: conceito constitucional fundado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988". A tese foi adaptada e bastante ampliada para livro, sendo aprovada para publicação pela editora Forense e em breve será publicada com o título "Sistema S: fundamentos constitucionais".

[5] Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

[6] TC 027.502/2018-0. Disponível em <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540>>. Acesso em 14 e 15 de dez de 2019.

[7] Foram objetos dessa auditoria as 487 unidades nacionais e regionais do Sistema S e, considerando o planejamento e objetivo da auditoria, formulou-se as seguintes questões, a saber: "Bloco 1 - Despesas contratuais: Questão 1 - Como são os processos licitatórios realizados pelas entidades do Sistema S? Questão 2 - Os dados referentes às despesas contratuais das entidades do Sistema S são completos e fidedignos? Bloco 2 - Transparência das informações, gratuidade e investimentos em áreas não conexas com suas atribuições: Questão 3 - As entidades do Sistema S estão cumprindo as determinações e recomendações do TCU em relação à divulgação e publicação das informações (transparência)? Questão 4 - As entidades do Sesc, Senac, Senai e Sesi estão cumprindo os acordos de gratuidade

estabelecidos nos Decretos 6.632, 6.633, 6.635 e 6637/2008? Questão 5 - Quanto é o investimento das entidades no mercado financeiro e em imóveis? Bloco 3 - Despesas com recursos humanos; Questão 6 - A remuneração dos empregados e dirigentes do Sistema S é condizente com a praticada pelo mercado? Bloco 4 - Balanços patrimoniais, receitas, transferências e disponibilidades financeiras: Questão 7 - Qual é o perfil do total de ativos e resultados das entidades do Sistema S? Questão 8 - Qual o volume de recursos das entidades do Sistema S aplicados em disponibilidades financeiras? Questão 9 - Qual é a situação do volume de receitas das entidades do Sistema S? Questão 10 - Quais os montantes de recursos de transferências das entidades do Sistema S?" Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540>>. Acesso em 14 e 15 de dez de 2019.

Edvaldo Nilo de Almeida é especialista em Direito Tributário, procurador do Distrito Federal e advogado sócio do Nilo & Almeida Advogados Associados. é doutor em Direito Público, mestre em Direito Constitucional e pós-Doutorando em Direito Tributário.

Revista **Consultor Jurídico**, 27 de setembro de 2020, 6h04



OPINIÃO

Será o fim do sistema constitucional tributário como conhecemos hoje?

17 de setembro de 2020, 11h34

Por Edvaldo Nilo de Almeida

Em 26 de junho deste ano, em julgamento do RE 603.624, o voto da ministra relatora deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação e, reconhecendo a inexigibilidade das contribuições para o Sebrae, a Apex e a ABDI, desde 12/12/2001, data em que teve início a vigência da EC 33, reputar indevidos os recolhimentos assim efetivados e propõe a seguinte tese (tema 325): *"A adoção da folha de salários como base de cálculo das contribuições destinadas ao Sebrae, à Apex e à ABDI não foi recepcionada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, que instituiu, no artigo 149, III, 'a', da CF, rol taxativo de possíveis bases de cálculo da exação"*.

O objetivo deste texto é demonstrar a desarmonização, as contradições subjacentes e as consequências jurídicas e institucionais que, depois de 20 anos da vigência da EC 33, podem incidir com a adoção dessa interpretação e, também, tese de repercussão geral. Caso aprovada, revoluciona-se a interpretação do direito tributário e abala-se como nunca ocorreu antes o Sistema Constitucional Tributário, com implicações devastadoras e a não recepção pela EC 33 de dezenas de tributos, tais como contribuição ao Sebrae/ABDI/Apex, contribuição ao Incra, contribuição previdenciária patronal, contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional, Cide-tecnologia, contribuição ao Fundo Aeroviário, contribuição ao Salário-Educação, contribuição ao Sest/Senat, contribuição ao SESCOOP, contribuição ao Sesc/Senac, contribuição ao Sesi/Senai, contribuição a SENAR, RAT/SAT, AFRMM, entre outros.



Diz Fernando Facury Scaff em parecer escrito na defesa da constitucionalidade da contribuição ao Sebrae: *"Na verdade, a questão é mais ampla do que a apontada, pois, a se considerar que a EC 33 afastou a base de incidência das contribuições sociais e da Cide sobre a folha de salários, toda a sistemática atualmente existente será considerada inconstitucional, inclusive a das contribuições previdenciárias, como será demonstrado, amparado em jurisprudência assente do STF. (...) Aqui se encontra ponto mencionado acerca do alcance da decisão: não se trata de um debate apenas sobre Cide, mas sobre todas as contribuições sociais e também a sobre a Cide. Logo, toda a compreensão deste julgamento que alcançar as Cides, alcançará também as contribuições sociais, e também, pois a elas subsumidas, as contribuições previdenciárias. (...) Considere-se ainda que, a seguir a linha estabelecida pelo voto da Ministra, e considerando seu verdadeiro alcance, que engloba totalidade das contribuições sociais e as Cides, o STF estará tacitamente revogando o artigo 195, I, CF, que prevê como base de cálculo das contribuições previdenciárias a folha de salários. O alcance do julgamento, caso venha a ser adotado no sentido do voto da Ministra, ocasionará a falência regime contributivo para a previdência social pública brasileira, com repercussões fortíssimas não só nos cofres públicos, mas também na sociedade como todo".* No mesmo sentido, diz o ministro Carlos Britto, em parecer, também, na defesa da constitucionalidade da contribuição ao Sebrae, *"não pode haver fronde em ordem com raízes em desordem (Confúcio)"*, isto é, segundo ele, um caso típico em que a decisão de inconstitucionalidade acarreta o profundo e até paradoxal desequilíbrio no princípio maior da unidade material da Constituição.

Corroborando com essa compreensão, em voto recente, de 4 de setembro, tratando-se da constitucionalidade da criação do SESCOOP, a ministra relatora, na ADI 1924, afirma já anunciando a não recepção da contribuição ao SESCOOP a partir da EC 33: *"Por oportuno, consigno que o exame feito diz respeito à compatibilidade da instituição da contribuição para o SESCOOP, à luz do texto constitucional vigente ao tempo da edição da MP 1.715/1998. Questão constitucional diversa seria se essa contribuição teria sido recepcionada pela redação dada pela Emenda 33/2001 ao artigo 149 da Constituição, ao nele introduzir um §2º com um inciso III que traz um rol de possíveis bases de cálculo para as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico".*

Por sua vez, para a impossibilidade da adoção da folha de salários como base de cálculo, a distinta relatora elenca os seguintes fundamentos da interpretação do artigo 149, §2º, III, "a", da CF, a saber: I) o Tema 001 de repercussão geral; II) a lista presente no dispositivo constitucional é taxativa, com a delimitação constitucional das bases de cálculo de todas as

contribuições interventivas e sociais gerais; III) sob o ponto de vista teleológico, a interpretação restritiva do artigo 149, §2º, III, "a", da Lei Maior é compatível com o §13 do artigo 195 da CF, inserindo-se na tendência de substituir a tributação da folha de salários por aquela incidente sobre a receita ou o faturamento, contribuindo, assim, para o combate ao desemprego; e IV) a menor importância da intenção do legislador constitucional e, consequentemente, da interpretação histórica no caso.

No que diz respeito ao Tema 001 de repercussão geral, entende-se que houve, sim, a recepção após EC 33 da folha de salários como base de cálculo das contribuições sociais. A própria ministra relatora Ellen Gracie afirma: *"Ao dizer que as contribuições sociais e interventivas poderão ter alíquotas 'ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso importação, o valor aduaneiro', o Constituinte Derivado por circunscrever a tais bases a respectiva competência, sem prejuízo do já previsto no artigo 195 da Constituição"*. Em outras palavras, a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS-Cofins Importação não tem como decorrência lógica a imposição da não recepção da folha de salários como base de incidência. Enquanto no PIS-Cofins Importação a base de cálculo do tributo tem por base o valor aduaneiro, norma expressa apenas prevista no inciso III, "a", § 2º, do artigo 149 da CF, no caso da contribuição ao Sebrae deve-se interpretar sistematicamente o texto para compatibilizar com o artigo 195, I, da CF.

Decerto, o legislador constitucional optou pela uniformidade de tratamento das contribuições de natureza social e de intervenção no domínio econômico, de forma que a EC 33 não afastou a possibilidade de incidência de contribuições sobre as folhas de pagamento das empresas, de modo que todas essas contribuições receberam tratamento único e coerente. Interpretação diversa implicaria na transformação do texto constitucional em uma colcha de retalhos onde os novos remendos tornariam o tecido normativo anterior um documento legal desprovido de coesão e coerência. Registra-se que o artigo 195 é mencionado por diversas vezes em outros dispositivos constitucionais, que teriam seu sentido e alcance prejudicados no caso de provimento do presente RE 603.624. Cite-se, por exemplo o artigo 146, I, "d", artigo 114, VIII, artigo 167, XI e 240. Percebe-se, inclusive, que mesmo após a alteração promovida pela EC 33/2001 outras emendas posteriores reafirmaram a vigência do artigo 195, I, tais como as EC 42/2003, 45/2004 e 103/2019, na forma harmonicamente interpretada.

Noutro ponto, discorda-se da interpretação taxativa de bases de cálculo, uma vez que a inovação legislativa da EC 33 trata de regra que estabelece alternativas para algumas contribuições, não se caracterizando como imposição à adoção de uma base de cálculo determinada em toda e qualquer hipótese insculpida naquele dispositivo. O comando

normativo indica o verbo "poderão" e não "deverão", cujo conteúdo semântico é exemplificativo e não restritivo. A própria leitura da integralidade do texto constitucional tributário permite a compreensão de que as hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do §2º do artigo 149 tratam, em verdade, de situações alternativas. Ou seja, a lei determina não ser possível, para a mesma hipótese de incidência, haver tanto a alíquota *ad valorem* quanto a alíquota específica. Do modo como apresentado no recurso sob análise, restou destacada, tão somente, a redação conferida a uma alínea do artigo, comprometendo a perfeita compreensão de seu teor integral.

Dessa forma, em situação similar, basta a leitura coordenada e harmônica do Sistema Constitucional Tributário nos artigos 145, *caput*, 146, parágrafo único, II e IV, 146-A, 148, 149, §1º, 149, §1º-A, 149, §3º, 149-A, 150, §7º, 154, 155, §2º, III, 155, §4º, IV, "b" e "c", 155, §6º, II, 156, §1º, que estabelecem o mesmo vocábulo "poderá" ou "poderão", para saber que se trata de uma faculdade. Decerto, quando o Sistema Constitucional Tributário quis restringir, vedar ou obrigar uma conduta utilizou os vocábulos "não poderão" (artigo 145, §2º), "só poderá" (artigo 150, § 6º), "não poderão" (artigo 155, § 2º, VI) e "nenhum outro imposto poderá" (artigo 155, § 3º). Assim sendo, diante dos inúmeros dispositivos constitucionais exemplificados, fácil perceber o verdadeiro pânico ou caos tributário que acarretaria a interpretação e aplicação das faculdades constitucionais normativas tributárias se transformadas em vedações, restrições ou obrigações desconectadas da realidade institucional e da integração política e social em que o Estado constitucional brasileiro atualmente se encontra.

Diz ainda o ministro Carlos Velloso, em parecer sobre o caso, *"fosse a intenção do constituinte derivado restringir as possibilidades do legislador infraconstitucional quanto às bases de cálculo do tributo, teria se utilizado de termos taxativos"*. Ou na lição apropriada de Facury Scaff, *"pelo ponto de vista hermenêutico histórico ou teleológico, as conclusões do voto não se sustentam, pois o que é uma faculdade ('poderão') não tem como ser transformado em uma vedação, no sentido de 'só podem ser usadas estas bases de cálculo, em detrimento das já existentes'"*. Ainda o professor titular da USP ao discorrer sobre os efeitos funcionalmente injustos da tese taxativa, *"a identificação do interesse público em extinguir estes serviços autônomos e descentralizados é de competência do Poder Executivo e não do Poder Judiciário"*.

Em relação ao §13 do artigo 195 da CF, que autorizava a substituição gradual da contribuição patronal sobre as remunerações pagas a pessoas físicas pela Cofins, houve revogação expressa ainda em 2019 pela EC 103. Além disso, o próprio IPEA [\[1\]](#) já demonstrou através de diversas

pesquisas técnicas que a desoneração da folha não gera efeitos positivos na geração de emprego e, mais, no caso estudado, já faz com que as próprias entidades do Sistema S, que são as instituições que mais empregam proporcionalmente no Brasil, pelo seu amplo espectro e fundamento social, também tenham que demitir milhares de empregados.

Sobre o fundamento da pouca importância da *mens legislatoris* no caso concreto, não é uma interpretação razoável e válida, pois, resta evidente que o propósito da EC 33 não consistiu na exclusão da folha de pagamento das empresas como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico, mas, tão somente, em estabelecer uma regra para situações específicas. Em verdade, a modificação promovida pela mencionada emenda veio a possibilitar a criação de uma Cide sobre importação de combustíveis. Tanto o é que as datas de edição da EC em estudo e da lei que instituiu a Cide-combustíveis são imediatamente subsequentes, guardando intervalo de apenas oito dias entre a primeira e a segunda. Para além disso, rememore-se o teor da justificativa da proposta de emenda e demonstra o claríssimo intento único do legislador brasileiro no sentido da liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e ao gás natural e de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, de forma a garantir a neutralidade tributária.

Destarte, as entidades integrantes do serviço social autônomo como o Sebrae, a ABDI e a Apex possuem, como razão de existir, a execução de ações voltadas a concretizações de direitos sociais que são inalienáveis, em especial os fundados no artigo 6º da Constituição. Portanto, a existência dessas entidades se encontra diretamente vinculada a estes direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, também, eventual extinção de entidades do serviço social autônomo implicaria em violação aos direitos sociais previstos no artigo 6º da CF, revelando, por sua vez, evidente retrocesso social, porque os valores defendidos estão diretamente relacionados aos princípios sensíveis da Carta e aos fundamentos da República. É evidente a constatação de que a extinção das entidades do serviço social autônomo trata-se de medida vedada pela CF, porquanto implicaria em retrocesso para toda a sociedade, dada a capilaridade e a finalidade social de seus serviços, com a consequente cessação desses serviços sem grave prejuízo sobre a concretização dos direitos sociais. Torna-se forçoso reconhecer que a proteção às entidades que se prestam à concretização de direitos sociais visa a evitar o constitucionalismo abusivo, o legalismo autocrático, a democracia iliberal e o retrocesso institucional. Por sua vez, a necessária proteção dos direitos sociais impõe a proibição constitucional do retrocesso social, de modo a restringir a atuação estatal que possua como resultante a redução da proteção social concedida aos cidadãos. Isso porque os direitos sociais, uma vez obtidos, transformam-se em garantia institucional e direito subjetivo, com

fundamento no princípio da confiança e da segurança dos cidadãos, em respeito à dignidade da pessoa humana. Garantida a imutabilidade dos direitos e das garantias concedidos aos cidadãos e verificado que as entidades do serviço social autônomo são veículos por meio dos quais a parceria entre Estado e iniciativa privada busca concretizar esses direitos, conclui-se pela impossibilidade de tentativas inconstitucionais de redução das suas receitas e, também, da extinção de entidade do serviço social autônomo.

De fato, os serviços sociais autônomos têm já na sua gênese a concreção de aspectos da seguridade social na sua concepção constitucional mais atual de promoção de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde e à assistência social do trabalhador (artigo 194, *caput*) e, assim, de formar e desenvolver políticas de promoção da integração ao mercado de trabalho (artigo 203, III) por meio de desenvolvimento do ensino profissional e geração de empregos. Por via de consequência, também os serviços sociais autônomos têm na sua história a concretização direta de três dos quatro objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, buscando-se construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II) e a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III). Por certo, é objeto comum dos serviços sociais autônomos a ampliação da oferta de serviços sociais à população, seja na área da educação, seja na concretização do direito social ao trabalho, seja na atenção à saúde, na assistência social ou em diversos outros aspectos relacionados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e ao pluralismo político (artigo 1º, II, III, IV e V).

Ademais, fere o equilíbrio democrático conferido pela doutrina dos *checks and balances* que o posicionamento de uma Corte Constitucional supere a vontade popular representada pela motivação parlamentar ao aprovar a EC 33 quando o legislador constitucional não poderia prever que de tal alteração poderia decorrer a inviabilidade total das atividades de uma extraordinária entidade trintenária e de imensos serviços sociais prestados como o Sebrae, enfraquecendo o apoio às microempresas e empresas de pequeno porte justamente em um cenário de pandemia da Covid-19, crise social, econômica e humanitária, no qual estes estabelecimentos seriam ainda mais prejudicados por orientação normativa que o Pretório Excelso pretende consagrar, à revelia da vontade consignada pelo poder constituinte derivado e contrariando os demais comandos constitucionais do artigo 170, IX, e artigo 179, que expressam a necessidade de se conferir um tratamento jurídico diferenciado a favorecer as microempresas.

Destaque-se o relevante papel do empreendedorismo no crescimento econômico moderno, representando essas instituições a base da economia nacional. Além de sua importância, esse segmento específico se depara com as maiores dificuldades quando de seu estabelecimento junto ao mercado. Nesse sentido, por exemplo, é de fundamental importância o trabalho realizado pelo Sebrae no fomento e capacitação dos pequenos negócios, responsáveis por parcela considerável da produção nacional, bem como da formação de empregos no país.

Decerto, não se pode promover uma interpretação do artigo 149, §2º, III, da CF que acabe por esvaziar o artigo 195, I, da Constituição. Além disso, a eventual fixação de tema quanto a não recepção das contribuições não poderá implicar em simples nulidade da norma, afirmando-se aqui a necessidade de modulação de efeitos da decisão, em homenagem à segurança jurídica. Há de se considerar a longa permanência da presunção de legalidade do tributo, a potencial repercussão econômica e a gravíssima lesão à ordem pública que decorreriam da declaração de inconstitucionalidade de alterações promovidas há aproximadamente 20 anos pela EC 33, sendo necessário regular os efeitos das situações práticas estabelecidas, a dificuldade de eventual restituição de valores aos contribuintes beneficiados pela decisão e demais peculiaridades que impactariam diretamente a viabilidade das atividades sociais desempenhadas.

[1] In: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32244>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

Edvaldo Nilo de Almeida é procurador do Distrito Federal, sócio do escritório Nilo & Almeida Advogados Associados, doutor em Direito Público pela PUC-SP, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e pós-doutorando em Direito Tributário pela Uerj.

Revista **Consultor Jurídico**, 17 de setembro de 2020, 11h34



OPINIÃO

O conceito de entidade paraestatal

14 de agosto de 2020, 16h00

Por Edvaldo Nilo de Almeida

A palavra "paraestatal" é composta de duas partículas: "para", que tem origem grega e designa "ao lado de", e "estatal", que tem origem latina e designa Estado. A partir da etimologia da palavra, Cretella Júnior (1980, p. 140) concluiu que paraestatal *"(...) não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente (...)"* a ele.

A origem da palavra não contribui para o estabelecimento de um conceito doutrinário único de entidade paraestatal. Pelo contrário, Di Pietro (2019, p. 300) observa que *"não existe uniformidade de pensamento entre os autores na definição das entidades paraestatais"*. Carvalho Filho (2019, p. 434-434), por sua vez, apresenta seis diferentes correntes doutrinárias a respeito do conceito de entidades paraestatais.



Ruy de Souza (1952, p. 10-37), em texto de máximo relevo entre os estudiosos do Direito Administrativo, também destaca a confusão terminológica de entidade paraestatal na doutrina e registra o seguinte conceito de entidade paraestatal: *"A terminologia deverá reter o conceito de ente paraestatal no limite dos caráter quase público, exercendo serviços de interesse coletivo, reconhecidos, ou mesmo organizados pelo Estado, mas entregues a uma administração privada, sem patrimônio constituído exclusivamente pelo Estado e sem poder de coação. Não importa a fórmula de organização: sociedade de economia mista, fundação ou mera sociedade civil ou comercial. As normas a que se sujeitariam não seriam constante de regime especial peculiar ao Direito Público. Estariam nesse caso, pois, a Cia. Siderúrgica Nacional de Volta Redonda, a Cia. Vale do Rio Doce, a Legião Brasileira de Assistência, as*

fundações universitárias ou hospitalares, a sociedade de assistência à maternidade e à infância etc".

Por outro lado, Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, p. 106-107) parte da comparação entre os conceitos de entidades paraestatais e entidades autárquicas para concluir que *"a expressão paraestatal afasta mais a entidade da estrutura administrativa do estado, pressupõe menores laços de subordinação, enquanto que a outra — autarquia — indica apenas uma autonomia administrativa, mas não exclui a subordinação hierárquica e de organização".*

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 362), por sua vez, conceitua as entidades paraestatais como pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica *"com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado"* e insere as empresas estatais, as fundações públicas e os serviços sociais autônomos nesse conceito.

Di Pietro (2019, p. 307) critica o enquadramento dos serviços sociais autônomos no conceito de entidades paraestatais de Lopes Meirelles, *"em primeiro lugar, pelo sentido etimológico da expressão; em segundo lugar, porque está incluindo na mesma categoria entidades de natureza jurídica diferente, ou seja, pessoas jurídicas que fazem parte da administração pública indireta e entidades privadas que se situam fora do âmbito estatal, como é o caso dos serviços sociais autônomos"*.

Entende-se se que o parâmetro legal adequado para a conceituação de entidade paraestatal encontra-se expressamente no artigo 84, §1º, da Lei nº 8.666/93, quando a lei de licitações e contratos administrativos conceitua "servidor público" para fins de enquadramento das sanções administrativas e penais estabelecidas na norma.

Essa norma equipara a servidor público aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, *"(...) assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público"*.

De um lado, a norma afasta as entidades autárquicas do conceito de entidade paraestatal, uma vez que as autarquias, embora situadas na administração indireta, têm natureza jurídica de Direito público e mantêm praticamente todas as características da Administração direta, pois, por exemplo, gozam de benefícios processuais, pagam seus débitos judiciais por meio de

precatório, são custeadas pelo orçamento público, possuem poder de polícia, dentre outras características da Administração direta.

Por certo, o artigo 84, §1º, da Lei nº 8.666/93 também afasta acertadamente os serviços sociais autônomos do conceito de entidade paraestatal, pois essas entidades não fazem parte da Administração direta ou indireta e são pessoas jurídicas de Direito privado.

Registra-se, ainda, que tal conceito legal é abrangente apenas de pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da administração indireta, ou seja, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado e, além disso, é totalmente compatível com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.666/1993 que exclui diretamente do seu âmbito de incidência material os serviços sociais autônomos, por exemplo.

Esse conceito de entidade paraestatal, portanto, afasta-se igualmente do conceito de "terceiro setor" na medida em que o primeiro setor admite a presença de entidades que compõem a estrutura administrativa do Estado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de Direito privado) e o segundo setor abrange pessoas jurídicas com fins empresariais, ou seja, compõe o terceiro setor as pessoas jurídicas de direito criadas autonomamente e independente sem participação estatal e sem fins lucrativos.

Por sua vez, registra-se, ainda, que, nos termos do §1º do artigo 327 do Código Penal (CP), equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública.

essa maneira, por exemplo, entende-se que os servidores das entidades do "sistema S" não devem ser equiparados aos servidores públicos, pois, além de possuírem personalidade jurídica de Direito privado, conforme já decidiu em repercussão geral o STF (RE 789874, DJe-227, publicado em 19-11-2014), não são entes paraestatais e não exercem atividade típica de Estado.

Além disso, os recursos repassados pelo Estado aos serviços sociais autônomos não configuram recursos públicos, por jamais ingressarem nos cofres da União, que apenas fiscaliza, arrecada e repassa as contribuições. Ademais, o fato de o "sistema S" ser considerado de interesse social por si só não atrai a aplicação da lei penal.

Nos termos do Código Penal, a equiparação com os servidores públicos deve se dar em relação aos empregados das paraestatais. Adota-se, portanto, o artigo 84, §1º, da Lei nº

8.666/93, que é norma jurídica tipicamente administrativa.

Logo, mesmo que fomentadas pelo Estado e exercendo atividades de interesse social, as entidades do "sistema S" não são incluídas no conceito de paraestatal e, por isso, os empregados dos serviços sociais autônomos não podem ser equiparados a funcionário público, para fins penais, em razão do princípio da tipicidade e, substancialmente, porque a norma administrativa que atualmente define entes paraestatais não abrange tais serviços.

É o princípio da tipicidade que sustenta a segurança jurídica que deve respaldar a aplicação da norma penal. Nesse sentido, ampliar o espaço interpretativo da norma para incluir as entidades do "sistema S" na definição de entidades paraestatais configuraria ofensa direta e irremediável a este princípio.

Além disso, expandir o conceito também ofenderia a própria intenção legislativa, uma vez que, se a pretensão do legislador fosse estender aos serviços sociais autônomos a previsão legal de aplicação da norma penal do §1º do artigo 327 do CP, o legislador teria feito de forma expressa, como o fez em relação às fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A interpretação e ampliação da lei somente deve ser considerada nos casos em que houver indeterminação semântica dos enunciados, o que não ocorre na espécie. No caso, deve ser aplicado o princípio da tipicidade cerrada, pois os conceitos trazidos pela lei administrativista que define as hipóteses de equiparação com os servidores públicos são hígidos e expressos em lei administrativa.

Compreende-se, assim, por entidade paraestatal as fundações públicas de Direito privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, conforme preceitua expressamente o §1º do artigo 84 da Lei de Normas Gerais de Licitações Públicas.

Referências bibliográficas

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. Vol. II. 3ª edição. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro/São Paulo, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. Administração indireta brasileira. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e MOTTA, Fabrício. Tratado de Direito Administrativo. Vol. 2. Administração Pública e Servidores Públicos. 2ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2019, p. 493-494.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.

SOUZA, Ruy. Serviços do Estado e seu regime jurídico, Revista de Direito Administrativo — RDA, Rio de Janeiro, v. 285, 1952.

Edvaldo Nilo de Almeida é procurador do Distrito Federal, doutor em Direito Público pela PUC/SP e mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Revista **Consultor Jurídico**, 14 de agosto de 2020, 16h00



OPINIÃO

A (in)constitucionalidade da Medida Provisória nº 932/2020

13 de abril de 2020, 14h02

Por Edvaldo Nilo de Almeida

Os Serviços Sociais Autônomos foram criados no Brasil por meio de legislação específica que conferiu, a cada um dos entes, a missão constitucional de prestar serviços sociais (artigo 6º da Constituição) em favor de determinado setor, de determinados trabalhadores ou, ainda, da sociedade em geral, especialmente na promoção e na indução ao emprego.

Decerto, os serviços sociais autônomos a cada dia ganham em relevância para a sociedade brasileira e hoje, no âmbito federal, por exemplo, compõem essa forma de organização o Serviço Social da Indústria (Sesi), o Serviço Social do Comércio (Sesc), o Serviço Nacional de Aprendizagem da Indústria (Senai), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), o Serviço Nacional do Transporte (Sest), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat) e o Serviço Nacional de Aprendizagem das Cooperativas (Sescoop).



O Senac, por exemplo, destina-se a tornar unificados os objetivos do sistema de aprendizagem comercial, dentre os quais estão: (I) colocar em prática, em escolas ou centros sob responsabilidade da instituição, a aprendizagem comercial a que se vinculam as empresas com atividades econômicas sob a sua jurisdição; (II) nortear, quanto à implementação do sistema de aprendizagem metódica, as empresas às quais é conferida pela lei tal prerrogativa; (III) promover a organização e a manutenção de cursos práticos ou de qualificação para comerciários adultos; (IV) divulgar novos métodos e técnicas voltadas à prática do comércio,

auxiliando os empregadores no planejamento e na efetivação de programas de treinamento de pessoal inserido em distintos níveis de qualificação; (V) oferecer assistência às empresas comerciais no recrutamento, no processo seletivo e no enquadramento de seu pessoal; (VI) auxiliar na obra de difusão e aprimoramento da aprendizagem comercial de formação e do ensino superior que com ele se relacionar de maneira direta.

Ao Sebrae compete planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica. Nesse sentido, a entidade coordena e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, de acordo com as políticas nacionais de desenvolvimento.

Desse modo, invariavelmente, as sucessivas leis que autorizaram, instituíram ou criaram os serviços sociais autônomos vêm veiculando disposições concretizadoras dos direitos sociais assistenciais, ligadas ao desenvolvimento de categorias profissionais ou econômicas específicas ou, ainda, de políticas públicas fundamentais ligadas à geração de emprego e à promoção da saúde.

Assim, todos os serviços sociais autônomos estabelecidos na ordem jurídica brasileira buscam garantir o acesso aos direitos sociais atualmente previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Decerto, o artigo 6º da CF estabelece como direitos sociais "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados". Já o artigo 203, III, da CF dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo a promoção da integração ao mercado de trabalho.

Nesse rumo, a Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da assistência social no Brasil, prevê que os objetivos são a proteção social, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, a vigilância socioassistencial e a defesa dos direitos sociais dos brasileiros. Assim sendo, os serviços sociais autônomos, na qualidade de entidades de assistência social criadas por lei, fazem jus ao recebimento das contribuições que lhes são destinadas para concretizar os direitos sociais especificados na Constituição e na legislação de sua criação.

A prestação desses serviços não decorre da lei ou do decreto que instituiu cada ente, mas, sim, da consecução dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º da Constituição), especialmente o de garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II, da CF) e o de reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III, da CF). Ademais, a atividade das entidades do "sistema S" estão diretamente afetas à implementação dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição (à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência) e da assistência social, prevista no artigo 203 da Constituição.

Assim, a Medida Provisória nº 932/2020, ao reduzir em 50% as alíquotas das contribuições sociais destinadas a essas entidades, acaba por violar frontalmente os artigos 3º, 6º e 203 da Constituição, porquanto prejudica desproporcionalmente atividades sociais que visam exatamente ao "suposto" objeto da norma provisória, que é a promoção do emprego. Essa desoneração da folha de pagamento apenas para os serviços sociais autônomos é medida inócua, já que ela mesma prejudica abusivamente os serviços que têm por norte garantir a manutenção da produção e do emprego na sociedade brasileira e que, devido ao desaquecimento da economia, já estão trabalhando com cerca de 30% da sua arrecadação ordinária.

Mas não é só.

Da leitura da norma constitucional do artigo 149 da Constituição Federal elencam-se três modalidades de contribuições: as sociais, as de intervenção no domínio econômico e as de interesse de categorias profissionais ou econômicas. Referidas contribuições possuem natureza jurídica tributária autônomas, diferente de impostos, taxas, contribuições de melhoria ou empréstimo compulsório. Outra característica singular dessas contribuições é a destinação da sua arrecadação, pois nem sempre é destinada ao Estado, mas também a pessoas jurídicas que não integram, diretamente, a estrutura administrativa estatal, como as autarquias e as entidades privadas que colaboram com o Poder Público.

A natureza das contribuições tributárias que financiam o "sistema S", que existe como instrumento para a concretização de direitos sociais, exige um cuidado maior ao lidar com os recursos recebidos pelas entidades do serviço social autônomo. Por certo, o caráter finalístico é elemento que diferencia as contribuições sociais de outras espécies tributárias e, ao mesmo tempo, determina a destinação a ser dada ao produto das arrecadações.

Se o artigo 149 da Constituição Federal prevê a possibilidade de a União instituir contribuições para a garantia de direitos sociais, por exemplo, a instituição desse tributo tem de ser destinada ao seu desiderato, em regra, sob pena de se retirar a lógica normativa do texto constitucional.

Esse argumento da finalidade das contribuições sociais encontra validade jurídica na estrutura desses tributos dentro da Constituição Federal, porquanto o artigo 149 da CF vinculou expressamente a instituição de contribuições às áreas para as quais foram criadas, mediante a utilização da expressão "como instrumento de atuação nas respectivas áreas", ou seja, como meio de atuação nas áreas sociais, de intervenção de domínio econômico e de categorias profissionais ou econômicas.

Decerto, o artigo 149 da Constituição Federal prevê a competência tributária privativa da União para "instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas". Acerca das contribuições de seguridade social, o artigo 195 dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais a que alude o dispositivo.

Por sua vez, o artigo 240 da Carta Magna esclarece que as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, não se incluem naquelas listadas no citado artigo 195. Assim, a alteração da destinação das contribuições do "Sistema S" representa uma violação à finalidade das contribuições sociais, prevista nos artigos 149 e 240 da Constituição.

Por fim, o aumento exacerbado de 100% da taxa de retribuição da Receita Federal do Brasil para arrecadação das contribuições do "sistema S" configura nítido confisco, pois representa uma interdição desproporcional ou injusta apropriação estatal, comprometendo de forma abusiva ainda mais as atividades sociais das entidades. Nesse contexto, entende-se que a Medida Provisória nº 932/2020, diante dos óbices constitucionais materiais, traduzidos na violação aos artigos 3º, 6º, 149, 150, IV, 203, III, e 240 da Constituição, não passa igualmente pelo crivo da razoabilidade que condiciona a análise dos atos estatais.

Edvaldo Nilo de Almeida é procurador do Distrito Federal, Doutor em Direito Público pela PUC/SP e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

(IDP).

Revista **Consultor Jurídico**, 13 de abril de 2020, 14h02



OPINIÃO

Natureza jurídica dos royalties de petróleo e gás natural

29 de maio de 2022, 6h45

Por Edvaldo Nilo de Almeida

A expressão natureza jurídica remete à compreensão do enquadramento dos royalties de petróleo e gás no campo maior da teoria do geral do direito com vistas a identificar os elementos conceituais que o peculiarizam e permitem a aplicação de um regime jurídico próprio e adequado. Dessa forma, o enquadramento dos royalties numa determinada categoria é o primeiro passo para se entender qual o conjunto de normas que lhe são aplicadas. Em outras palavras, a compreensão do que seja a natureza jurídica permite identificar seu regime jurídico, este compreendido como o conjunto de normas que lhes sejam aplicáveis. E, a partir daí, pode-se obter sua classificação e compreensão no campo do Direito, bem como a delimitação da ordenação estatal dos comportamentos humanos mediante o direito posto.

Assim, entende-se que a natureza jurídica dos royalties de petróleo e gás, nos termos da legislação vigente, é de compensação financeira de natureza originária e não tributária, tendo como objetivo ressarcir os entes federativos por suportarem a presença das instalações de petróleo e gás em si, a produção, a exploração ou a movimentação no solo ou no subsolo de seus respectivos territórios, zonas limítrofes, zonas confrontantes, zonas secundárias e as consequências ambientais e sociais advindas dessa exploração. O recebimento da compensação é um direito constitucionalmente garantido aos entes federativos que sofrem os danos ambientais diretos ou indiretos decorrentes do desenvolvimento da produção ou movimentação do petróleo e gás natural, em razão do ônus que os mesmos têm que suportar quando da referida exploração.



De fato, o §1º do artigo 20 da Constituição, na redação atual dada pela Emenda Constitucional nº 102/2019, assegura aos entes federativos a titularidade do direito à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, garantindo a eles a participação no resultado ou a compensação financeira por essa exploração. Relevante mencionar que a Política Nacional do Petróleo foi criada pela Lei nº 2.004/53, que previu, em seu artigo 27, a obrigação da sociedade e suas subsidiárias a pagar trimestralmente a compensação financeira indenizatória aos estados, Distrito Federal e municípios, correspondente a 5% sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petrobras, sendo 70% aos estados produtores, 20% aos municípios produtores e 10% aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural. Na mesma esteira, tem-se o Decreto nº 01/91, que estabelece a compensação financeira aos Municípios onde se localizarem as instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma legal. No ponto, cabe esclarecer que a compensação financeira, indicada nos dispositivos legais supratranscritos, passou a ser chamada de royalties a partir da publicação da Lei nº 9.478/97, a qual manteve os critérios de distribuição do valor mínimo de 5%, conforme previa a Lei 7.990/89.

Sob a denominação de participações governamentais, o artigo 45 da Lei 9.478/1997 prevê quatro diferentes espécies de pagamentos que a empresa concessionária ou extratora deverá pagar: a) bônus de assinatura; b) royalties; c) participação especial e d) pagamento pela ocupação ou retenção de área. Dessa forma, royalties pode ser definido como preço público pago ao proprietário do recurso natural não renovável que for extraído, inserido ou consumido no processo produtivo ou no processo de exploração desse bem, isto é, tem vinculação com a produção ou exploração de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos. Tanto no sistema de exploração por contratos de concessão, quanto no de partilha, existem royalties a serem pagos ao entes federativos.

Importante, assim, destacar que as receitas de royalties de petróleo e gás diferem completamente das receitas tributárias. Portanto, não se aplicam as demandas compensatórias de petróleo e gás natural os dispositivos do Código Tributário Nacional, pois tais verbas compensatórias são receitas originárias ou receitas de natureza não tributária, auferidas pelo Estado em decorrência da exploração do próprio patrimônio (receitas patrimoniais). De fato e de Direito, os royalties de petróleo e gás se apresentam como receitas originárias, decorrentes da exploração mesmo que indireta ou produção das próprias riquezas do ente público federado beneficiado com a correspondente

compensação. Isto é, não são tributos e nem receitas derivadas da exploração do patrimônio particular ou, nos tributos contraprestacionais, do pagamento pelo contribuinte em contraprestação de serviços públicos prestados [1]. Logo, na condição de receitas originárias, os royalties são receitas buscadas na via privada, de modo que os contratos que envolvem a recuperação destas receitas não devem ser consideradas, *a priori*, como receitas públicas vinculadas, pois fazem parte do patrimônio disponível do ente estatal.

Por fim, relevante evidenciar o papel da ANP na concretização do direito dos entes públicos às compensações financeiras distribuídas pela União na forma de royalties. A ANP é uma agência reguladora do setor de exploração da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis no país e, como tal, possui competência regulamentar restrita aos atos de regulação técnica das atividades do setor. Decerto, a ANP não é competente para pagar as verbas de royalties, uma vez que essa incumbência recai sobre a Secretaria do Tesouro Nacional. O encargo da ANP é organizar e regulamentar a forma e a distribuição do repasse dessa verba, não agindo, portanto, como fonte pagadora. É o que está definido na Lei nº 9.478/97, que institui e delimita a atuação da agência, em seu artigo 8º. Não há, nas atribuições da ANP definidas por lei, qualquer menção ao pagamento de royalties aos entes federados, uma vez que esse encargo recai sobre a Secretaria do Tesouro Nacional, como dispõe o Decreto 2.705/98, em seu artigo 20, ao dispor que os recursos provenientes dos royalties serão distribuídos pela STN, do Ministério da Fazenda, com base nos cálculos dos valores devidos a cada beneficiário, fornecidos pela ANP, na forma legal.

A ANP, portanto, tem a atribuição, nos termos da lei, de incluir os entes federativos em cada motivo enquadramento e fornecer os cálculos dos valores devidos pela STN aos beneficiários, mas é a Secretaria da União que tem a função de distribuir essa verba. A ANP, igualmente, não auferir receita diretamente da exploração de petróleo e gás natural e os valores referentes às participações governamentais são mantidos na Conta Única do Governo Federal, como dispõe o artigo 29 do mesmo Decreto 2.705/98, de que o pagamento das participações governamentais será efetuado pelos concessionários nos prazos estipulados em Decreto, em moeda corrente ou mediante transferência bancária e as receitas correspondentes mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações. Nesse rumo, a atividade desempenhada pela ANP consiste em realizar e fornecer o cálculo do valor a ser percebido pelo ente público que, com efeito, é repassado ao credor pela Secretaria do Tesouro Nacional. Assim, por exemplo, a ANP não possui nem de longe legitimidade ativa ou capacidade ativa para requerer a restituição de valores decorrentes de decisões judiciais, uma vez que nada paga a esse título, o que só poderia ser feito, em tese, pela União.

[1] No mesmo sentido: [ADI 4.846](#), relator ministro Edson Fachin, *DJE* de 18-2-2020; [ADI 4.606](#), relator ministro Alexandre de Moraes, *DJE* de 6-5-2019; [RE 228.800](#), relator ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16-11-2001; AI 708.398 AgR, relator ministro Cármen Lúcia, *DJE* de 1º-3-2011; [MS 24.312](#), relator ministro Ellen Gracie, *DJ* de 19-12-2003.

Edvaldo Nilo de Almeida é sócio administrador do Nilo & Almeida Advogados Associados.

Revista **Consultor Jurídico**, 29 de maio de 2022, 6h45

86

MAIO/JUN 2021

Coordenadores

Direito Tributário

Hugo de Brito Machado

Humberto Ávila

Ives Gandra da Silva Martins

Finanças Públicas

Francisco Pedro Jucá

Regis Fernandes de Oliveira

Conselho Editorial

André L. Costa-Corrêa

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

Antonio Jorge Pereira Jr.

Carlos Mário da Silva Velloso

Castro Meira

Claudia Fonseca Morato Pavan

Cláudio S. Lembo

Edison Carlos Fernandes

Edvaldo Pereira de Brito

Eliana Calmon

Fátima Fernandes R. de Souza

Francisco Rezek

Gilmar Mendes

Hugo de Brito Machado Segundo

José Augusto Delgado

José Maurício Conti

Kiyoshi Harada

Marcos Sacristán Represa

Marcus Abraham

Marilene Talarico M. Rodrigues

Misabel Abreu Machado Derzi

Monica Herman Salem Caggiano

Nelson Jobim

Newton De Lucca

Pedro José Carrasco Parrilla

Regina Helena Costa

Rogério Vidal Gandra da Silva Martins

Ronaldo Chadid

Roque Antonio Carrazza

Sacha Calmon Navarro Coêlho

Sepúlveda Pertence

Thaís Folgosi Françoso

Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas

LEX MAGISTER
PRODUTOS JURÍDICOS



CEU
LAW SCHOOL

www.iics.org.br

Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas

Ano XV – Nº 86

Maio-Jun 2021

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Superior Tribunal de Justiça – nº 64/2008

Classificação Qualis/Capes: B4

Editores

Fábio Paixão

Pilar Jiménez Tello

Coordenadores

Hugo de Brito Machado – Humberto Ávila – Ives Gandra da Silva Martins

Francisco Pedro Jucá – Regis Fernandes de Oliveira

Conselho Editorial

André L. Costa-Corrêa – Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

Antonio Jorge Pereira Jr. – Carlos Mário da Silva Velloso – Castro Meira

Claudia Fonseca Morato Pavan – Cláudio S. Lembo – Edison Carlos Fernandes

Edvaldo Pereira de Brito – Eliana Calmon – Fátima Fernandes R. de Souza

Francisco Rezek – Gilmar Mendes – Hugo de Brito Machado Segundo

José Augusto Delgado – José Maurício Conti – Kiyoshi Harada

Marcos Sacristán Represa – Marcus Abraham – Marilene Talarico M. Rodrigues

Misabel Abreu Machado Derzi – Monica Herman Salem Caggiano – Nelson Jobim

Newton De Lucca – Pedro José Carrasco Parrilla – Regina Helena Costa

Rogério Vidal Gandra da Silva Martins – Ronaldo Chadid

Roque Antonio Carrazza – Sacha Calmon Navarro Coêlho

Sepúlveda Pertence – Thaís Folgosi Françoço

Autores colaboradores deste Volume

Carlos Eduardo Montes Netto – Danilo Henrique Nunes – Edvaldo Nilo de Almeida

Igor Fernando Cabral dos Santos – Ives Gandra da Silva Martins – Lise Tupiassu

Luciana Costa Fonseca – Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Roberta de Amorim Dutra – Rogério Vidal Gandra Martins

Rossana Malta de Souza Gusmão – Simone Cruz Nobre

Waldemar de Albuquerque Aranha Neto

Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas

Publicação bimestral da Editora Magister em parceria com o Centro de Extensão Universitária aos quais se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser enviados para o e-mail: revistadtr@iics.org.br, ou para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As ementas e acórdãos aqui publicados correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional e poderá ser enviada ao exterior.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas

v. 1 (mar./abr. 2007) — Porto Alegre: Magister ; São Paulo: Instituto Internacional de Ciências Sociais/Centro de Extensão Universitária, 2007.

Bimestral. Coordenação: Hugo de Brito Machado, Humberto Ávila, Ives Gandra da Silva Martins, Francisco Pedro Jucá e Regis Fernandes de Oliveira.

v. 86 (maio/jun. 2021).

ISSN 1981-2221

1. Direito Tributário. Direito Constitucional. Sistema Tributário Nacional. Imposição Tributária. Tributos. Impostos. Taxas. Contribuições. 2. Finanças Públicas. Direito Financeiro. Direito Econômico. Direito Político. Política Tributária. Direito Administrativo. Preços Públicos. Tarifas. 3. Ética Pública. Moralidade Institucional. Ética Fiscal. Moralidade Administrativa. 4. Sociologia Financeira. Psicologia Financeira.

CDU 336.2(05)
CDU 342+336.1/.5(05)
CDU 336.2:172.1(05)
CDU 316.334.2(05)

Ficha catalográfica: Leandro Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20

Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Sumário

Doutrina

1. Importação de Mercadorias por *Trading Company* por um Estado e Venda do Importado para Outro Estado nas Operações por Encomenda e por Conta e Ordem de Terceiro
Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Vidal Gandra Martins e Roberta de Amorim Dutra 5
2. A Justiça do Mercador de Veneza: entre Praticabilidade e Capacidade Contributiva na Crise Pandêmica
Simone Cruz Nobre, Lise Tupiassu e Luciana Costa Fonseca 26
3. Da Relação Jurídica e o Fato Gerador no Direito Tributário: a Subsunção do Fato à Norma nas Lides Tributárias
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Danilo Henrique Nunes e Carlos Eduardo Montes Netto 47
4. Natureza Jurídica Financeira da Distribuição dos *Royalties* de Petróleo e Gás da ANP e Liminar ou Tutela de Urgência em Processos Judiciais
Edvaldo Nilo de Almeida 78
5. Redirecionamento da Execução Fiscal: Análise da Responsabilização do Sócio-Administrador na Extinção Irregular da Empresa
Rossana Malta de Souza Gusmão 117
6. Diálogo entre os Instrumentos de Política Urbana e o ITBI: a Viabilidade de Uso Extrafiscal da Tributação sobre a Transmissão da Riqueza Imobiliária como Elemento Potencializador do Cumprimento da Função Social da Propriedade
Waldemar de Albuquerque Aranha Neto..... 144
7. A Tributação da Atividade Médica pelo ISS-Fixo: Análise da Autonomia Municipal à Luz do Federalismo Fiscal Brasileiro
Igor Fernando Cabral dos Santos 170

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Execução Fiscal. Adesão ao Programa de Parcelamento Denominado Refis. Interrupção do Prazo Prescricional que Volta a Correr com a Exclusão Formal do Contribuinte. Agravo Interno do Contribuinte a que se Nega Provisimento
Rel. Min. Manoel Erhardt 195

2. Superior Tribunal de Justiça – Município. Pedido de Obtenção de Certidão Negativa. Câmara Municipal Inadimplente. Separação dos Poderes. Autonomia Financeira. Princípio da Intranscendência de Sanções. Repercussão Geral. Tema nº 743. RE 770.149/PE. Juízo de Retratação. Art. 1.040, II, do CPC/2015 <i>Rel. Min. Francisco Falcão</i>	200
3. Superior Tribunal de Justiça – IRPJ e CSLL. Rendimento de Aplicações Financeiras. Incidência. Precedentes <i>Rel. Min. Og Fernandes</i>	203

Natureza Jurídica Financeira da Distribuição dos *Royalties* de Petróleo e Gás da ANP e Liminar ou Tutela de Urgência em Processos Judiciais

EDVALDO NILO DE ALMEIDA

Pós-Doutorando em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha; Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH) associado à Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Público pela PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP); Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Procurador do Distrito Federal.

RESUMO: O texto tem como objetivo natureza jurídica da distribuição dos *royalties* de petróleo e gás da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis e a questão da liminar ou tutela de urgência em processos judiciais. A metodologia consiste na análise da doutrina jurídica e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Contas relacionadas ao tema, utilizando-se os métodos bibliográfico e documental, com ênfase nas fontes de estudo do Direito Financeiro e da Teoria Geral do Direito. Nessa senda, o problema a ser respondido é o regime jurídico-financeiro dos *royalties* de petróleo e gás distribuídos pela agência reguladora, de modo a identificar as características jurídicas dessa matéria. Conclui-se que o incremento de *royalties* em decorrência de decisão judicial liminar ou provisória assume o caráter de definitividade, pois, além de ser receita classificada como originária, gera um efetivo ingresso de receitas nos cofres públicos ao ser distribuído pela agência, traduzindo-se em inequívoco benefício para o ente público.

PALAVRAS-CHAVE: *Royalties*. Petróleo e Gás. Decisões Judiciais. ANP.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da Natureza Jurídica da Distribuição dos *Royalties*. 2 Características Elementares e Legais do Fundo Especial Gerido pela ANP. 3 Da Delimitação da Discussão a Respeito do Direito ao Recebimento de Honorários Advocatícios a Partir de Decisão Judicial Liminar e a Necessidade de se Conferir Segurança Jurídica a esta Situação. 4 Ilegitimidade Passiva da ANP para Cobrar

Eventual Restituição de *Royalties* em Decorrência de Decisão Judicial. 5 Do Direito Fundamental ao Cumprimento Equânime pela ANP e Envidamento de Todos os Esforços Legais dos Municípios e dos Tribunais de Contas no Sentido de Recuperação de Receitas Originárias. 6 Da Distinção Fundamental entre as Categorias de Tutela de Urgência: Análise da Questão no Tema Repetitivo nº 692 do STJ. 7 Da Distinção Fundamental entre Verbas Tributárias e as Verbas dos *Royalties* Distribuídas pela ANP. 8 Da Distinção Fundamental entre Verbas do Fundef/Fundeb e os *Royalties* da ANP. 9 Das Receitas Originárias: como se Dá a Busca Dessas Receitas no Judiciário e a Celebração dos Contratos de Prestação de Serviços Jurídicos. 10 Da Necessidade de se Assegurar o Adimplemento da Verba de Caráter Alimentar Diante da Necessidade Diária dos Municípios de Promover Gastos. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Trata-se de texto analisando a regularidade jurídica e financeira do pagamento de honorários advocatícios a partir do incremento de arrecadação dos Municípios pelo repasse financeiro de *royalties* de petróleo e gás, em decorrência de decisão liminar ou de tutela de urgência.

Conforme se pretende demonstrar, as decisões dos Tribunais de Contas que acolhem a possibilidade do pagamento de honorários advocatícios a partir do efetivo incremento das receitas do ente público, seja em decorrência de liminar ou de tutela de urgência, revelam-se mais acertadas diante das peculiaridades dos efeitos dessas decisões.

Assim sendo, verificar-se-á que a participação nos *royalties* de petróleo e gás pelos entes públicos beneficiados acertadamente não se relaciona à destinação específica de uma arrecadação atrelada a objetivos legalmente definidos ou vinculados, possuindo um caráter indenizatório, de compensação de caráter definitivo, em face da exploração desse bem corpóreo ser de uma safra só de recursos esgotáveis ou não renováveis e a participação financeira ser geradora de direito adquirido mês a mês.

Dessa maneira, a pesquisa tem como objetivo identificar os fatores jurídicos e financeiros destacados na interpretação do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas a respeito da distribuição dos *royalties* de petróleo e gás da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a questão da liminar ou tutela de urgência em processos judiciais. Diante disso, a pesquisa tentará responder qual é o regime jurídico-financeiro dos *royalties* de petróleo e gás distribuídos pela ANP, de modo a identificar as características jurídicas peculiares dessa matéria.

A respeito da metodologia para pesquisa e escrita, utilizam-se os métodos bibliográfico, documental e jurisprudencial, com ênfase na análise da doutrina jurídica e jurisprudencial do STF, do STJ e dos Tribunais de Contas

relacionadas ao tema, especificadamente nas fontes de estudo do Direito Financeiro e da Teoria Geral do Direito. Faz-se a leitura e o estudo detido atento de inúmeros textos legais, livros, arquivos de sistemas eletrônicos via internet, jurisprudência, assim como pareceres e artigos da doutrina mais autorizada.

De mais a mais, tendo em vista o sumário do trabalho, a tese divide-se em introdução, dez itens e as considerações finais. Em fase inicial, faz-se a análise da natureza jurídica da distribuição dos *royalties*, das características elementares Fundo Especial gerido pela ANP, do direito ao recebimento de honorários advocatícios a partir de decisão liminar e a ilegitimidade passiva da ANP para cobrar eventual restituição de *royalties* pagos em decorrência de decisão judicial. Do sexto ao nono item, buscar-se-á trabalhar com o direito fundamental ao cumprimento equânime pela ANP e das distinções fundamentais entre as categorias de tutela de urgência, entre verbas tributárias, verbas dos *royalties* distribuídas pela ANP e verbas do Fundef/Fundeb. Já os dois últimos itens foram dedicados à busca das receitas originárias no Judiciário, à celebração dos contratos de prestação de serviços jurídicos e à necessidade de se assegurar o adimplemento da verba de caráter alimentar diante da necessidade diária dos municípios de promover gastos diante de uma responsabilidade fiscal constitucionalmente eficiente.

Conclui-se, ao fim, que o incremento de *royalties* em decorrência de decisão judicial liminar ou provisória assume o caráter de definitividade, pois, além de ser receita classificada como originária, gera um efetivo ingresso de receitas nos cofres públicos ao ser distribuído mensalmente pela ANP, traduzindo-se em inequívoco benefício econômico-financeiro para o ente público.

1 Da Natureza Jurídica da Distribuição dos *Royalties*

A natureza jurídica dos *royalties*, nos termos da legislação vigente, é de compensação financeira, tendo caráter indenizatório pelo fato de o Estado ou o Município ter que suportar a exploração em si ou a movimentação do petróleo e gás natural no solo ou no subsolo de seu território e as consequências ambientais e sociais advindas dessa exploração. O recebimento de tal compensação é um direito constitucionalmente garantido aos Estados e Municípios que sofrem os danos ambientais decorrentes do desenvolvimento da produção do petróleo ou gás natural, em razão do ônus que os eles têm que suportar quando da referida exploração.

Assim, o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, na redação atual dada pela Emenda Constitucional nº 102/2019, assegura aos entes federativos a titularidade do direito à participação no resultado da exploração de petróleo

ou gás natural, garantindo a eles a participação no resultado ou a compensação financeira por essa exploração.

Relevante mencionar que a Política Nacional do Petróleo foi criada pela Lei nº 2.004/53, que previu, em seu art. 27, a obrigação da sociedade e suas subsidiárias a pagar trimestralmente a compensação financeira indenizatória aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petrobras, sendo 70% (setenta por cento) aos Estados produtores, 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores e 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

Na mesma esteira daquele dispositivo legal, tem-se o Decreto nº 01/91, que estabelece a compensação financeira aos Municípios onde se localizarem as instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma legal. No ponto, cabe esclarecer que a “compensação financeira”, indicada nos dispositivos legais supratranscritos, passou a ser chamada de *royalties*, a partir da publicação da Lei nº 9.478/97, a qual manteve os critérios de distribuição do valor mínimo de 5%, conforme previa a Lei nº 7.990/89, a saber:

“Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

Art. 48. A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.”

Sob a denominação de participações governamentais, o art. 45 da Lei nº 9.478/97 prevê quatro diferentes espécies de pagamentos que a empresa concessionária ou extratora deverá pagar: a) bônus de assinatura; b) *royalties*; c) participação especial; e d) pagamento pela ocupação ou retenção de área. Dessa forma, *royalty* pode ser definido como preço público pago ao proprietário do

recurso natural não renovável que for extraído, inserido ou consumido por processo produtivo. Tem vinculação com a produção de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos e é assim definido no art. 2º da Lei nº 12.351/2010: “compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção”. Tanto no sistema de exploração por contratos de concessão quanto no de partilha existem *royalties* a serem pagos à União, estruturados da forma que se segue: (a) produzir petróleo ou gás natural para fins comerciais; (b) aspecto pessoal: 1. sujeito ativo: União (ANP); 2. Sujeito passivo: aquela pessoa, física ou jurídica, que produzir petróleo ou gás natural para fins comerciais; (c) aspecto quantitativo: (i) alíquota: ia. no sistema de concessão variável, limitada ao piso de 5% e ao teto de 10%, a qual será determinada no contrato de concessão em função de variáveis como riscos geológicos e as expectativas de produção, dentre outros fatores pertinentes a cada área explorada; iib. no sistema de partilha: 15% (art. 42, § 1º, da Lei nº 12.351/2010); (ii) base de cálculo: o valor da produção de petróleo e gás natural, sendo possível o estabelecimento desses critérios por decreto presidencial, em função dos preços de mercado do petróleo, gás natural ou condensado, das especificações do produto e da localização do campo.

Destaca-se, igualmente, que o art. 7º-A do Decreto nº 2.075/98 estabeleceu a figura do preço de referência a ser aplicado, mensalmente, ao petróleo produzido em cada campo durante o respectivo mês, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, estabelecido pela ANP.

Feitas tais considerações, relevante evidenciar o papel da ANP na concretização do direito dos entes públicos às compensações financeiras distribuídas pela União na forma de *royalties*. A ANP é uma agência reguladora do setor de exploração da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis no país e, como tal, possui competência regulamentar restrita aos atos de regulação técnica das atividades do setor.

Decerto, a ANP não é competente para pagar as verbas de *royalties*, uma vez que essa incumbência recai sobre a Secretaria do Tesouro Nacional. O encargo da ANP é organizar e regulamentar a forma e a distribuição do repasse dessa verba, não agindo, portanto, como fonte pagadora. É o que está definido na Lei nº 9.478/97, que institui e delimita a atuação da agência, em seu art. 8º. Não há, nas atribuições da ANP definidas por lei, qualquer menção ao pagamento de *royalties* aos entes federados, uma vez que esse encargo recai sobre a Secretaria do Tesouro Nacional, conforme o Decreto nº 2.705/98, em seu art. 20, ao dispor que os recursos provenientes dos *royalties* serão distribuídos pela

STN, do Ministério da Fazenda, com base nos cálculos dos valores devidos a cada beneficiário, fornecidos pela ANP, na forma legal.

A ANP, portanto, tem a atribuição, nos termos da lei, de incluir os entes federativos em cada motivo enquadramento e fornecer os cálculos dos valores devidos pela STN aos beneficiários, mas é a Secretaria da União que tem a função de distribuir essa verba. A ANP, igualmente, não auferir receita diretamente da exploração de petróleo e gás natural e os valores referentes às participações governamentais são mantidos na Conta Única do Governo Federal, como dispõe o art. 29 do mesmo Decreto nº 2.705/98, de que o pagamento das participações governamentais será efetuado pelos concessionários nos prazos estipulados em Decreto, em moeda corrente ou mediante transferência bancária e as receitas correspondentes mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.

Decerto, a atividade desempenhada pela ANP consiste em realizar e fornecer o cálculo do valor a ser percebido pelo ente público que, com efeito, é repassado ao credor pela Secretaria do Tesouro Nacional. Assim, a ANP não possui legitimidade ativa ou capacidade ativa para requerer a restituição de valores decorrentes de decisões judiciais, uma vez que nada paga a esse título, o que só poderia ser feito pela União Federal.

2 Características Elementares e Legais do Fundo Especial Gerido pela ANP

Sob a perspectiva histórica, relevante anotar que a partir da abertura do mercado a agentes privados, foi promulgada a Lei nº 9.478/97, que regulamentou tal abertura e, não por acaso, é conhecida como a Lei do Petróleo. Desse modo, o pagamento de compensação financeira, em regra, é vinculado diretamente aos efeitos sociais e ambientais do processo de exploração do recurso natural da União, tratado como indenização, embora, a partir da Lei nº 7.453/85, entes federados que não se enquadravam nos conceitos de atingidos ou afetados, passaram a receber 1% (um por cento), dividido entre todos eles. A Lei do Petróleo promoveu alterações no setor de óleo e gás do Brasil, inclusive a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), inaugurando a fase de regulação do setor. Em se tratando do ponto que se discute, a Lei do Petróleo estabeleceu, em seu art. 47 e § 1º, o percentual padrão de 10% (dez por cento) para os *royalties*, podendo ser reduzidos até o limite de 5%, a depender de critérios a serem analisados pela ANP.

Com o advento da Lei nº 12.734/2012, a forma de partilha dos recursos foi bastante modificada, de modo a beneficiar um pouco mais os Estados e

Municípios não ajustados às condições territoriais decorrentes da exploração direta de petróleo e gás, mas vinculados ao rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM). Desse modo, os *royalties* são pagos mensalmente pelas empresas à STN, que é encarregada de repassar aos Estados, Municípios, Comando da Marinha, Ministério da Ciência e Tecnologia e ao Fundo Especial, que é administrado pelo Ministério da Fazenda e distribuído a todos os Estados e Municípios de acordo com o FPE e FPM.

De acordo com federalismo fiscal cooperativo, não apenas ocorre a partilha de receita tributária, mas também a partilha de receitas patrimoniais entre os entes federados, seja por meio da repartição de fontes de receita, seja pela repartição do produto da arrecadação, podendo ser utilizado o sistema de fundos financeiros especiais para sua implementação. Nesse rumo, os *royalties* arrecadados pela União devem ser obrigatoriamente repassados aos entes legitimamente estabelecidos para receber os recursos indenizatórios por força de mandamento constitucional (CF, art. 20, § 1º). Nesse sentido, cabe ao Tesouro Nacional, em cumprimento aos dispositivos constitucionais, efetuar as transferências desses recursos aos entes federados, nos prazos legalmente estabelecidos.

Tendo sido atribuída pela Constituição essa fonte de receita patrimonial (*royalties*) exclusivamente à União, fica afastada a competência dos demais entes federativos para arrecadar esses valores. Aos Estados, Distrito Federal e Municípios apenas compete o direito à divisão do produto da arrecadação, na forma que vier a ser estabelecida por lei federal¹. Portanto, o conceito de distribuição do produto da arrecadação é pertinente ao sistema de repartição de receita, do federalismo fiscal cooperativo, de rateio de valores entre entes federados. A distribuição do produto da arrecadação obedece a um critério espacial, geográfico; a vinculação de receita obedece a um critério relacional, que congrega a receita ao estabelecimento de uma finalidade. Afetação é o estabelecimento dessa finalidade, que ocorre por meio da vinculação a uma despesa, órgão ou fundo.

A distribuição das verbas relativas aos *royalties* ocorre por meio do Fundo Especial mencionado no art. 48 da Lei nº 9.478/97. A disposição legal esclarece, ainda, que “o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição”. Assim sendo, de acor-

1 SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014. p. 253.

do com Fernandes de Oliveira², o sistema de fundos de participação distribui o produto da arrecadação de forma interfederativa e o sistema de fundos de destinação cria vinculação da receita, afetando-a a um fundo. Sob este escólio, é possível afirmar que o Fundo Especial em estudo se trata de um fundo de distribuição, que promove a repartição dos *royalties* entre diversos entes federativos, conforme critérios estabelecidos em lei e determinação da ANP. Na análise da distribuição dos *royalties*, é necessário cruzar diferentes situações, a saber: (i) contratos firmados sob o regime de concessão e firmados sob o regime de partilha de produção; (ii) exploração em áreas terrestres e exploração marítima; (iii) e, nos contratos de concessão, deve-se distinguir entre a parcela obrigatória de 5% e parcela variável entre 5% e 10%. Numa tentativa de sistematização didática dessas diversas hipóteses, é possível demonstrar as normas supratranscritas conforme as seguintes tabelas³:

Royalties terrestres (em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais)

	<i>Partilha</i>	<i>Concessão de 5% (obrigatório)</i>	<i>Concessão entre 5% e 10%</i>
Estados produtores	20%	70%	52,50%
Municípios produtores	10%	20%	15%
Municípios afetados	5%	10%	7,5%
Rateio pelo sistema FPE adaptado	25%	–	–
Rateio pelo sistema FPM adaptado	25%	–	–
Fundo Social da União	15%	–	25%

Royalties marítimos (da plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva)

	<i>Partilha</i>	<i>Concessão de 5% (obrigatório)</i>	<i>Concessão entre 5% e 10%</i>
Estados produtores	22%	20%	20%
Municípios produtores	5%	17% (em 2019 = 4%)	17% (em 2019 = 4%)
Municípios afetados	2%	3%	3%
Rateio pelo sistema FPE adaptado	24,5%	20% (em 2019 = 27%)	20% (em 2019 = 27%)
Rateio pelo sistema FPM adaptado	24,5%	20% (em 2019 = 27%)	20% (em 2019 = 27%)
Fundo Social da União	22%	20%	20%

Analisando os quadros acima, nota-se que dentre as principais transferências da União para os Estados, o DF e os Municípios, previstas na Cons-

2 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 312 e ss.

3 SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 279.

tuição, destacam-se as modalidades do FPE e FPM. Parte da destinação de recursos de *royalties* ao Fundo Especial se dá a partir dos mesmos critérios de distribuição do FPE e FPM.

O FPE é um sistema de transferências obrigatórias de receitas oriundas de dois impostos arrecadados pela União, o Imposto sobre a Renda – IR e o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Do total arrecadado, 21,5% é partilhado com os Estados, na forma estabelecida na LC nº 62/89 com as alterações estabelecidas na LC nº 143/2013, que estabelece que as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste devem receber pelo menos 85% do total, sendo rateados entre os Estados, sendo que esse item tem um peso de 95% no conjunto. Assim, é um fundo que tem por base a realização de transferências obrigatórias para os Estados, com base em critérios regionalizados, sem levar em conta a capacidade arrecadatória de cada Unidade ou transferências interfederativas. Destarte, é possível concluir que a destinação das verbas dos *royalties* ao Fundo Especial constitui uma das modalidades de transferência de recursos financeiros da União para os Estados e Municípios, nas mesmas bases previstas no art. 159 da CF, de modo que os *royalties* podem ser um forte indutor de desenvolvimento, tratado como mais uma receita pública além das tributárias, podendo ser utilizada para custeio da máquina estatal, com base no princípio da liberdade do legislador orçamentário.

No que tange aos possíveis questionamentos quanto à natureza jurídica desse Fundo especial, relevante destacar o escólio doutrinário de José Maurício Conti⁴:

“O caso da transferência de recursos por meio dos Fundos de Participação previstos na Constituição brasileira é o típico caso de transferência intergovernamental automática e obrigatório ‘por fórmula’. O sistema de transferência intergovernamental adotado pela Constituição brasileira que faz uso dos Fundos de Participação nada mais é do que uma fórmula de redistribuição de recursos entre as diversas esferas de governo. Os Fundos de Participação foram criados apenas e tão somente como uma etapa intermediária – e necessária – entre as regras de recebimento dos recursos e as regras de distribuição dos mesmos recursos. São, pois, partes integrantes da fórmula de redistribuição de recursos acolhida pelo Texto Constitucional que permitem a operacionalização dessa sistemática.

Não há porque atribuir personalidade jurídica – ou capacidade postulacional, ou processual – a parte de uma fórmula matemática de transferência intergovernamental despida de qualquer grau de autonomia. A figura dos Fundos de Participação não tem, na verdade, qualquer tipo de personalidade

4 CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 79.

jurídica, ou capacidade postulacional, ou qualquer outra denominação que se dê figuras intermediárias entre uma entidade com personalidade jurídica e um bem completamente despersonalizado.”

Visto isso, entende-se que a natureza jurídica do Fundo Especial é mais de objeto de direito e menos de sujeito de direito, considerada a relação jurídico-financeira, pois não possui capacidade de realizar qualquer ato jurídico, não havendo autonomia na gestão dos recursos que o integram. Como dito, é a Secretaria do Tesouro Nacional que efetivamente promove o repasse dos valores informados pela ANP a cada Município e Estado que têm direito à participação nas receitas tributárias definidas pela CF, assim, não há relação de crédito e débito da ANP em relação aos valores devidos a título de *royalties*, e não sendo a autarquia credora, não tem legitimidade para pretender repeti-los.

À ANP, como agência reguladora, compete reconhecer e incluir o ente público na relação daqueles com direito à percepção das compensações, informando à STN os valores calculados de município a município, segundo os critérios definidos em lei para fins de percepção. Diferentemente das ações judiciais em que se pleiteia a recuperação de receitas certas e determináveis, como aquelas em que é possível discriminar previamente os valores a serem restituídos, as receitas referentes aos *royalties* repassados pela ANP podem variar de acordo com diversos fatores, como localização geográfica, entes públicos inseridos na base de cálculo da divisão do fundo, volume de produção de petróleo e gás natural do mês de apuração e preço de referência dos hidrocarbonetos no mês de referência. Assim, os entes destinatários da divisão do Fundo Especial se submetem, mês a mês, a uma natural variação de suas cotas, diante das intercorrências que influenciam na repartição do montante global dos *royalties*. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do agravo regimental nos embargos de declaração, no agravo de instrumento, apreciado pelo STJ:

“O Município de Balneário Barra do Sul e o Município de Itapoá, unidades da Federação, integrantes do Estado de Santa Catarina, ajuizaram a presente ação ordinária em face da Agência Nacional do Petróleo – ANP, Autarquia Federal responsável pela distribuição dos *royalties* de petróleo gerados pelo desembarque de óleo bruto e gás natural na monobóia da Petrobrás S/A, situada na plataforma continental em São Francisco do Sul/SC, tendo em vista a revisão feita pela ANP, no final do ano de 2002, nos critérios de distribuição dos *royalties* da mencionada monobóia, ao editar o ato administrativo (Portaria ANP nº 29/02) que retirou uma parte substancial dos *royalties* mensais que recebiam os Municípios autores, em favor dos três outros municípios que vieram a integrar a lide depois do ajuizamento desta ação, quais sejam: Garuva, Joinville e Araquari.

Objetivam, em síntese, os Municípios de Balneário Barra do Sul e Itapoá reverter o ato administrativo que modificou o critério de repasse dos *royalties*, restabelecendo a situação anterior, bem como requerem a condenação da ANP na correspondente indenização pelas retenções e pelos repasses das verbas que lhes seriam devidas, mas que foram creditadas em favor dos Municípios de Garuva, Joinville e Araquari.

Colhe-se dos autos que os *royalties* eram, antes da revisão feita pela ANP, repassados nos percentuais de 40% ao Município produtor – São Francisco do Sul, 30% ao Município de Itapoá e 30% ao Município de Balneário Barra do Sul, estes dois últimos considerados únicos integrantes da Zona de Influência da aludida monobóia de desembarque de petróleo e gás natural operada pela Petrobrás S/A, instalada em mar aberto há aproximadamente 10 km da linha de costa da Ilha de São Francisco do Sul.

Com a mudança na distribuição dos *royalties*, a partir da nova interpretação dada à Portaria ANP nº 29, de 22 de janeiro de 2002 pela Agência Nacional do Petróleo, ampliaram-se os municípios componentes da referida Zona de Influência, passando a integrá-la, além dos Municípios de Itapoá e de Balneário Barra do Sul, os Municípios de Garuva, Araquari e Joinville.

Com efeito, a distribuição dos *royalties* passou a ser feita no percentual de 12% para cada um dos cinco Municípios, ficando inalterada a situação do Município da monobóia, *i.e.*, São Francisco do Sul, cujo percentual de 40% manteve-se incólume.

Entretanto, o repasse, com o redimensionamento aqui discutido, somente foi realizado a partir da competência de outubro de 2002, com efeitos financeiros retroativos a janeiro 2002, quando, inclusive, iniciou-se a dedução do que os Municípios de Itapoá e de Balneário Barra do Sul haviam recebido em desacordo com a norma regulamentar, desde janeiro de 2002, fato que determinou a supressão do percentual de 50% (12%) do que deveriam receber mês a mês, até a efetiva restituição aos três outros Municípios, tudo de acordo com a determinação regulamentar questionada.

Os autores sustentaram, então, que perderam duas vezes: uma, diante da nova divisão dos *royalties* com os novos participantes que passaram a integrar a zona de influência; e, duas, porque desse novo e menor percentual, estaria havendo retenção de 50%, a título de desconto, para ressarcir aqueles três Municípios.

Neste contexto, até a competência de setembro de 2002, os Municípios de Itapoá e de Balneário Barra do Sul recebiam 30% dos *royalties* pagos à zona de influência da citada monobóia, em sua configuração original, e, a partir de outubro de 2002, repentinamente, o percentual ficou reduzido para 6%, percentual este que perduraria até que consumada a restituição integral do que seria devido, quando, então, os Municípios de Itapoá e de

Balneário Barra do Sul seriam creditados, mês a mês, de 12% da produção.” (AgRg nos Edcl nos Edcl no Agravo de Instrumento 1.215.890/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 23.02.11)

Destaca-se que a nova fórmula de rateio dos *royalties* marítimos do petróleo inserida pela Lei nº 12.734/2012, cuja aplicação encontra-se suspensa em parte por liminar do STF, após conturbado processo legislativo, provocou o ingresso de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelos Estados produtores ou confrontantes que tiveram reduzida sua receita pública transferida, a saber: (i) ADIn 4.916, proposta pelo Estado do Espírito Santo em 15.03.2013; (ii) ADIn 4.917, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro em 14.03.2013; (iii) ADIn 4.018, proposta pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, assinada em 15.03.2013, mas que requereu distribuição por dependência às ADIns 4.916 e 4.017; e (iv) ADIn 4.020, proposta pelo Estado de São Paulo em 15.03.2013.

A ação que recebeu o primeiro despacho foi a ADIn 4.917 do Rio de Janeiro, à qual as demais foram apensadas, tendo sido distribuídas por prevenção à Ministra Cármen Lúcia, que concedeu monocraticamente a medida cautelar requerida em 18.03.2013, para “suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; §2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal nº 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012”. Atualmente, a liminar vigora por oito anos e as normas indicadas encontram-se com seus efeitos suspensos.

No que tange à aplicação dessa espécie de receitas públicas, ressalta-se que os *royalties* se enquadram na modalidade de transferências legais, uma vez que a aplicação dos recursos repassados não está vinculada a um fim específico. Nesse sentido, o ordenamento jurídico veda a aplicação das receitas recebidas a título de compensação financeira advindas do Fundo Especial de *Royalties*/Petróleo apenas no pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal, excetuando-se o adimplemento dos débitos com a União Federal e ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como sua aplicação para capitalização de fundos de previdência, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.990/89.

Em síntese, conclui-se que, assim como ocorrem as transferências constitucionais de parcela das receitas tributárias entre os entes públicos por meio das participações em fundos, os *royalties* também são distribuídos pela União por meio de repasses efetuados a partir do Fundo Especial, de acordo com determinados critérios de rateio estabelecidos pela ANP e atendendo ao princípio da descentralização no federalismo cooperativo fiscal brasileiro.

3 Da Delimitação da Discussão a Respeito do Direito ao Recebimento de Honorários Advocatícios a Partir de Decisão Judicial Liminar e a Necessidade de se Conferir Segurança Jurídica a esta Situação

A ANP apura a renda vinculada à produção de hidrocarbonetos (petróleo e gás) que se renova a cada período. A partir da verificação da cota-parte e dos percentuais devidos a cada ente público (Estados e Municípios) por meio de ato administrativo e a partir das decisões judiciais vigentes nas demandas de incremento de compensações financeiras a título de *royalties*, a agência reguladora realiza o motivo enquadramento de acordo com a análise fática da situação existente no dia da efetivação do repasse mensal aos entes públicos.

A verificação de quadro fático é o pressuposto para a elaboração dos cálculos com base na legislação pertinente e a consequente destinação do repasse devido pela STN. Nesse contexto, o repasse dessa verba aos entes públicos revela que o numerário é recebido como receita originária, porquanto, como visto acima, os *royalties* decorrentes das atividades econômicas da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis são uma compensação financeira ao patrimônio público dos Estados e Municípios utilizado na exploração e produção do petróleo, do gás natural.

Portanto, ao receber um incremento de *royalties* em decorrência de decisão judicial liminar ou tutela de urgência, esta não assume o caráter precário, uma vez que a fotografia tirada pela ANP, no momento de indicar para a STN qual é a fatia destinada a cada ente público, assume um caráter definitivo que gera um *efetivo ingresso de receitas nos cofres públicos*, traduzindo-se em inequívoco benefício para o ente público que deve cumprir com as suas obrigações legais.

Assim, caminham na esteira da melhor análise jurídica as decisões dos Tribunais de Contas que possibilitam o pagamento de honorários advocatícios contratuais aos escritórios que patrocinam as demandas quando a obrigação de fazer do motivo enquadramento efetivo dado pela ANP dos *royalties* é incrementada a partir de decisão judicial. A partir das decisões judiciais nas demandas que pleiteiam o aumento dos *royalties*, o ente público, de fato, percebe o ingresso de novas receitas em sua esfera patrimonial. Assim, a contratação dos serviços advocatícios especializados reverte em efetivo proveito de receita originária para o ente beneficiado.

A segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ela constitui um elemento fundamental para a democracia, pois estabiliza expectativas dos indivíduos frente ao Estado, trazendo a paz de

espírito e a paz social, a partir da previsibilidade das condutas, da estabilidade das relações jurídicas e da garantia do cumprimento das normas.

Do princípio da segurança jurídica decorrem direitos fundamentais para os indivíduos, deveres de atuação e de abstenção para o Poder Público e inúmeras regras específicas, materializadas na própria Constituição (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada) ou na legislação infraconstitucional (decadência, prescrição). Tais regras se aplicam às relações entre particulares, entre particulares e a Administração ou às relações que as próprias entidades estatais estabelecem entre si. De acordo com Roberto Barroso⁵, a ideia de segurança jurídica envolve três dimensões ou planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo.

“Do ponto de vista institucional, segurança jurídica se refere à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a supremacia da Constituição e das leis, e sujeitando-se a elas. Do ponto de vista objetivo, ela se refere (i) à anterioridade das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, (ii) à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e (iii) à não retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. Por fim, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança, que impõe à administração o dever de agir com coerência, lealdade e boa-fé objetiva. Uma das facetas mais importantes da proteção da confiança é a tutela das expectativas legítimas. Ainda quando não se possa caracterizar cabalmente a existência de um direito adquirido, deve-se assegurar a preservação de situações vigentes há muito tempo ou, no mínimo, uma transição razoável.”

Portanto, a distribuição dos *royalties* a partir da distribuição implementada pela ANP em cada ciclo mensal está albergada pelo manto da segurança jurídica, porquanto não se pode conceber que todos os municípios que tenham tido uma relativa diminuição de sua parcela em determinado mês, em razão de decisão favorável a determinado ente público, ingressem com ações contra o ente beneficiado para rever a diferença dos meses anteriores. Por outro lado, o município que entende ter sido prejudicado com uma fatia menor do fundo, não pode ingressar com uma ação contra todos os municípios que tiveram uma parcela um pouco maior, sob pena de se instaurar um caos e uma situação de extrema insegurança permanente na distribuição dos *royalties*.

5 BARROSO, Luís Roberto. Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidades das alterações na distribuição de royalties do petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, ed. Especial, *Royalties do Petróleo*, 2013, p. 210.

Esse eventual quadro de insegurança não interessaria a ninguém, nem à ANP, nem à STN, nem tampouco aos Estados e Municípios beneficiários dos *royalties*. Assim, a efetivação de uma decisão judicial se reflete em benefício efetivo ao erário do respectivo ente federativo, decorrente dos serviços jurídicos prestados pela banca de advogados contratada pelo município os quais merecem ser remunerados pelo exitoso trabalho que redundou no incremento de receitas.

4 Ilegitimidade Passiva da ANP para Cobrar Eventual Restituição de *Royalties* em Decorrência de Decisão Judicial

O Município não deve ser cobrado para devolver os recursos recebidos na vigência de decisão judicial, em hipótese de eventual decisão definitiva contrária, pois, além de a ANP não poder cobrar de volta tais valores por não serem de sua titularidade, são recebidos na qualidade de receita pública originária, a partir dos seus próprios recursos patrimoniais (natureza compensatória dos *royalties*) e que não é entendido como tributo (receita pública derivada).

Assim, a percepção dos *royalties* por meio de decisão judicial liminar ou tutela de urgência assume caráter de definitividade, uma vez que a ANP não pode requerer a restituição de valores que nunca pagou. Inclusive, em vários processos judiciais, a própria ANP defende tese de que não é pagadora de *royalties*, de modo que não faz jus à repetição do valor pago na vigência de decisão judicial. Veja-se um exemplo de ação judicial em que é consignado o posicionamento adotado pela agência reguladora, *in verbis*:

“Cuida-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo Município de Pacatuba/SE em face da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis – ANP, objetivando a condenação da ré a fim de seja obrigada a incluir os equipamentos que realizam a coleta e transferência de petróleo e gás natural produzidos no Campo de Salgo na lista de instalações de embarque e desembarque de origem marítima, promovendo, por conseguinte, os respectivos repasses mensais de *royalties*, de modo a contemplar além da produção terrestre também a produção ocorrida na plataforma continental nos cálculos do valor a que teria direito. Busca, ademais, que seja a ANP condenada a realizar os cálculos e posterior repasse/pagamento dos *royalties* devidos desde o início da produção no Campo de Salgo, respeitada a prescrição quinquenal. (...) Em contestação, a ANP suscita, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não é responsável pelo pagamento de *royalties*, limitando-se sua atribuição ao cálculo, dos valores a serem pagos pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN.” (Justiça Federal em Sergipe, Subseção Judiciária de Propriá/SE, 9ª Vara Federal – Juiz Federal Titular, Processo 0800588-18.2014.4.05.8500)

Também nos autos do Processo 0800588-18.2014.4.05.8500 (Município de Pacatuba x ANP), quando a ANP apresentou contestação, alegou sua ilegitimidade para pagar/reaver os *royalties*, sendo do Tesouro Nacional tal competência, consoante se observa abaixo:

“O Decreto é claro acerca das competências desta Agência, e como se observa, o papel da ANP é de simples cálculo dos *royalties*, não sendo cabível a condenação desta Agência Reguladora ao pagamento de *royalties*, muito menos retroativos. Condenação neste sentido viola a natureza dos *royalties*, imputando a esta Agência, incumbida apenas dos cálculos dos *royalties*, o pagamento destes valores. Importante destacar que a ANP não é sequer beneficiária destes recursos, que são repassados aos Estados e Municípios, segundo os critérios legais. Além da impossibilidade normativa de condenação deste ente regulador ao pagamento de *royalties* retroativos, há também a impossibilidade material, pois tais valores são transferidos a cada mês aos beneficiários. Não há, dessa forma, montante de recursos sobre o qual deva recair a condenação dos retroativos, pois os *royalties* relativos ao período já foram completamente transferidos aos entes beneficiários. Pelo exposto, qualquer demanda contra a ANP apenas pode validamente questionar os critérios adotados por esta Agência no cálculo dos valores de *royalties* e na definição dos beneficiários, mas jamais buscando sua condenação ao pagamento de *royalties*, muito menos retroativamente. Sendo assim, fica clara a ilegitimidade passiva da ANP para responder às demandas formuladas, razão pela qual requer a extinção do processo sem resolução do mérito, ou a intimação da parte autora para emendar sua inicial e corrigir os pedidos formulados.”

Decerto, não é possível, juridicamente, que a ANP requeira a restituição de valores que nunca pagou, porque, como defende a própria ANP, esta agência não detém legitimidade ativa para efetivar tais repasses financeiros.

5 Do Direito Fundamental ao Cumprimento Equânime pela ANP e Envidamento de Todos os Esforços Legais dos Municípios e dos Tribunais de Contas no Sentido de Recuperação de Receitas Originárias

A eventual interpretação dos tribunais de contas de que não é possível a contratação de advogado privado com *expertise* para buscar a adequação no pagamento dos *royalties* acaba por inviabilizar a defesa do erário municipal em juízo e a busca por receitas originárias.

Essa, entretanto, não é a missão constitucional dos tribunais de contas estabelecida no art. 70 da Constituição. Pelo contrário, a fiscalização exercida

por esses tribunais deve ser promovida sob o aspecto patrimonial (art. 70, *caput*, da CF), de modo que o patrimônio do ente público seja resguardado e, no caso do recebimento de compensação financeira, receba a justa distribuição dos *royalties*. O art. 18, *caput*, da Constituição Federal de 1988 conferiu aos municípios brasileiros posição única no mundo e também na tradição histórica brasileira de entidades federadas autônomas. Por essa disposição, é possível considerar que há um princípio de igualdade entre os entes federativos do Estado brasileiro, de modo que esses entes devem estar autorizados a envidar em todos os esforços cabíveis e legais para recuperação de receitas originárias, de acordo com a disposição do art. 20, § 1º, da CF/88.

O município, na condição de ente público dotado de autonomia, deve se esforçar para receber receitas originárias – o que implica na contratação de serviços especializados para tanto – e, nesse viés, imperioso que o controle externo exercido pelos tribunais de contas se faça levando-se em consideração o nobre objetivo da Comuna de buscar o incremento dessas receitas originárias, pois se trata de novas formas de arrecadação, de correntes de exploração de patrimônio próprio.

Essa atuação dos municípios é salutar e encontra amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição, pois, ao fim e ao cabo, buscam os entes obter um tratamento isonômico aos demais municípios que se encontram na mesma situação na cadeia de produção de gás natural ou de petróleo, mas são tratados de forma distinta pela ANP.

Diante da falta de conhecimento técnico e de perícia especializada das procuradorias municipais e da reconhecida notoriedade e características particulares que envolve o tema da recuperação de *royalties*, a contratação de escritórios de advocacia especializados na prestação desses serviços importa na racionalização da destinação de recursos públicos, verdadeiro investimento nos interesses locais, bem como o atendimento ao princípio administrativo da eficiência. Nota-se que da efetiva prestação dos serviços contratados resulta o incremento de vultosas receitas ao ente contratante, na casa de milhões de reais que se incorporam ao patrimônio público.

Por essa perspectiva, nota-se que a contratação lícita de serviços advocatícios especializados representa mesmo um direito fundamental do Município ao acesso à justiça, aqui entendido como a garantia dos municípios de se apresentarem perante o Poder Judiciário representados por causídicos de excelência, especialistas na matéria objeto de discussão, com o propósito de obterem uma decisão célere que represente um efetivo incremento de receitas originárias ao patrimônio municipal.

Não se pode impor ao Município que se valha de assessores jurídicos, advogados ou procuradores locais que, além de atarefados com as matérias do dia a dia da Comuna, não estejam familiarizados como específico tema da distribuição dos *royalties* de petróleo e gás natural.

Tal fato, por si, justifica a necessidade excepcional de contratação para atuação especializada no tema de importante repercussão no interesse público primário dos cidadãos, sujeitos que sofrem reiteradamente os efeitos nocivos da atividade exploradora e merecem gozar da compensação constitucional prevista abstratamente em lei e efetivada a partir da decisão política do ente público em buscar a concreção do direito na realidade fática, por meio de respaldo judicial.

Destarte, o acesso à justiça nos casos relacionados à recuperação de receitas de *royalties* por parte de diversos Municípios ultrapassa o simples peticionamento ao Poder Judiciário. Para que esse acesso seja eficiente, deve-se garantir ao Município a possibilidade de contratar, nos parâmetros do mercado, um serviço jurídico que forneça um amparo técnico adequado capaz de conduzir a uma justiça social concreta.

Nota-se que o efetivo incremento das receitas dos *royalties* apenas se tornará possível a partir da efetividade e adequação da atuação jurídico-processual voltada a reduzir as dificuldades no acesso à justiça, tais como custos, demora, elaboração de teses específicas que demandam conhecimentos especializados e a tutela adequada de direitos relativos a petróleo e gás natural.

Nesse cenário, tendo em vista que em uma ação proposta contra a ANP esta não tem legitimidade para requerer eventual devolução dos repasses a maior efetuados no curso do processo em decorrência de decisão judicial, nada mais justo que os serviços prestados sejam devidamente remunerados, como efeito da decisão de antecipação de tutela concedida.

De acordo como entendimento doutrinário consagrado de Teori Zavascki: “antecipar a tutela é satisfazer de imediato, na realidade fática, o pleito do requerente”⁶. Antecipa-se, pois, a eficácia social da sentença e seus efeitos executivos.

In casu, um dos efeitos executivos a serem considerados é a remuneração – de caráter alimentar – dos serviços prestados pelos profissionais que viabilizaram o efetivo incremento das receitas aqui consideradas, pois, sem o trabalho dos causídicos, não haveria incremento arrecadatário.

6 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 82-84.

Relevante destacar, ainda, que a atribuição dos tribunais de contas quanto à fiscalização e aplicação de quaisquer recursos repassados pela União de forma alguma poderá implicar na interrupção de pagamentos decorrentes de decisão judicial (MS 25.009/DF e MS 25.460/DF, Pleno do STF) porquanto não são investidos de função jurisdicional.

Por derradeiro, considerando-se que as verbas honorárias detêm caráter alimentar (Súmula Vinculante nº 47), estas representam mesmo um direito fundamental dos causídicos que efetivamente trabalharam nas demandas de recuperação de *royalties*, relacionadas à dignidade humana e dignidade da profissão.

Na lição de Cassio Scarpinella Bueno, a sobrevivência é um dos direitos fundamentais da pessoa humana e para isso ela precisa de condições materiais básicas para prover o seu próprio sustento. O meio adequado e normal de alcançar esse objetivo é o trabalho. Dentro desse contexto, por sermos honorários à forma, por excelência, de remuneração pelo trabalho desenvolvido pelo advogado, um trabalho humano que merece a tutela do ordenamento jurídico, correta sua qualificação como verba de natureza alimentar, eis que também vitais ao desenvolvimento e à manutenção (*necessarium vitae*) do profissional, do qual o advogado provê o seu sustento⁷.

6 Da Distinção Fundamental entre as Categorias de Tutela de Urgência: Análise da Questão no Tema Repetitivo nº 692 do STJ

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu proposta de revisão do Tema Repetitivo nº 692 quanto à obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) em virtude de decisão judicial liminar ou tutela de urgência, que venha a ser posteriormente revogada.

O relator da proposta de revisão, Ministro Og Fernandes, declarou que é possível que a tese seja reafirmada, restringida no seu âmbito de alcance ou mesmo cancelada, “mas tudo isso com a consideração necessária de todas as situações trazidas, sejam no âmbito dos processos nos quais proposta a questão de ordem, sejam em referência ao próprio entendimento do STF na matéria”⁸. Segundo o Ministro, é possível que a tese repetitiva, fixada pela seção

7 BUENO, Cassio Scarpinella. *A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais*. Trabalho elaborado a pedido da Associação dos Advogados de São Paulo para instruir o PSV (Proposta de Súmula Vinculante) em trâmite perante o STF. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

8 Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-23_10-41_Primeira-Secao-discutira-revisao-de-tese-sobre-devolucao-de-beneficios-previdenciarios-indevidamente-recebidos.aspx. Acesso em: 23 jul. 2020.

em 2014, não tenha discutido plenamente todas as peculiaridades relativas ao tema, a exemplo dos casos em que a concessão de urgência é realizada na sentença, sem recurso, nas hipóteses de tutelas de urgência concedidas em agravo de instrumento na segunda instância, ou quando a tutela é concedida em primeiro e segundo graus, e a revogação ocorre em virtude de mudança superveniente da jurisprudência.

A tese repetitiva alusiva ao Tema nº 692 será revisitada para que se promova um debate mais ampliado e consequencialista das diversas categorias de decisão, quais sejam: (i) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; (ii) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; (iii) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/73, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; (iv) tutela de urgência concedida *initio litis* e não recorrida; (v) tutela de urgência concedida *initio litis*, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; (vi) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; (vii) tutela de urgência concedida em primeiro e segundo graus, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então existente; (viii) tutela de urgência concedida e cassada, a seguir, seja em juízo de reconsideração pelo próprio juízo de primeiro grau, ou pela segunda instância em agravo de instrumento ou mediante pedido de suspensão; (ix) tutela de urgência cassada, mesmo nas situações retratadas anteriormente, mas com fundamento expresse na decisão de que houve má-fé da parte ou afronta clara a texto de lei, como no caso das vedações expressas de concessão de medida liminar ou tutela antecipada.

A Proposta de Revisão de Entendimento afetou a matéria ao rito dos repetitivos e terá por incumbência revisar a tese firmada pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.401.560/MT, acórdão publicado no DJe de 13.10.2015, fixada nos seguintes termos: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”. Nessa oportunidade, o voto vencido do Ministro-Relator Sérgio Kukina no REsp 1.401.560/MT destacou que a questão já havia sido examinada pela Corte em várias outras oportunidades, prevalecendo, há algum tempo, o entendimento no sentido de que não seria obrigatória a devolução pelo litigante beneficiário de valores pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em decorrência de posterior cassação da antecipação de tutela, uma vez que o titular do direito tenha recebido os valores com boa-fé, consistente na presunção da definitividade do pagamento, assim como pela irrepetibilidade da prestação alimentar. Destaque-se trecho do voto, por sua clareza solar e pertinência ao tema ora debatido, *in verbis*:

“Assim, ao se deparar com uma decisão concessiva da antecipação da tutela, o beneficiário deposita a sua firme confiança na legitimidade da prestação, porquanto amparada em decisão judicial favorável ao seu pleito (boa-fé subjetiva), e, ainda que não desconheça a precariedade do *decisum*, detém a justa expectativa de que se o magistrado, conhecedor do direito, identificou a presença dos requisitos necessários ao deferimento da antecipação, a cassação dessa decisão traria como consequência a tão só suspensão/cancelamento da respectiva parcela paga a título de benefício (boa-fé objetiva), mas não a obrigatoriedade de devolução de valores anteriormente (indevidamente) recebidos (...)

Portanto, a justa expectativa não surge da ausência de conhecimento da norma processual, mas, sim, por crer o beneficiário que o magistrado, ao deferir a antecipação da tutela, não lhe estaria sujeitando à devolução de valores, porquanto a norma previdenciária não contempla especificamente tal exigência, primando, antes, pela observância dos seus fins sociais.”

Dito isso, portanto, deve ser afastado o dogma de que toda tutela antecipada redunde na repetição de valores se revertida em sentença, pois o STJ está promovendo ampla discussão sobre o efeito dessas tutelas, distinguindo-as em diversas categorias, de modo a se conferir maior segurança jurídica à questão.

7 Da Distinção Fundamental entre Verbas Tributárias e as Verbas dos *Royalties* Distribuídas pela ANP

O propósito subjacente ao art. 20, § 1º, da Constituição, como todo modelo de pagamento de *royalties*, em regra, está associado a compensar Estados e Municípios pelos impactos ambientais e socioeconômicos causados ou potencializados pela atividade petrolífera. Destaca-se, assim, o aumento da demanda por serviços públicos e atividades governamentais, como distribuição de água, energia elétrica e gás natural, segurança pública, transportes, habitação, urbanismo, defesa civil, proteção ao meio ambiente, dentre outros.

Da mesma forma, são evidentes os elevados impactos e riscos ambientais impostos aos Estados confrontantes às áreas de produção – sua existência e gravidade foram tristemente demonstradas por acidente de grandes proporções, ocorridos no Golfo do México, na Baía de Guanabara e em diversos outros locais do mundo. Para que se tenha uma dimensão do problema, por exemplo, estima-se que um vazamento similar ao que ocorrido no Golfo do México afetaria toda a costa do Rio de Janeiro em apenas dois dias, gerando prejuízos materiais e imateriais incalculáveis. Também esse aspecto finalístico já foi objeto de consideração expressa do STF, *in verbis*:

“A compensação se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera. Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem-número de problemas para os entes públicos, especialmente ambientais (...), sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos. Além disso, a concessão da lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes. Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo.” (STF, RE 228.800/DF, DJ 16.11.01, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

“Naquele precedente [MS 24.312/DF] também foi expressamente consignado nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (inicialmente, inclusive invocando o decidido pela 1ª Turma no RE 228.800) e Nelson Jobim (posteriormente), cujos fundamentos foram incorporados pela relatora e pela integralidade do Plenário, que a causa à compensação não é a propriedade do bem, pertencente exclusivamente à União, mas, sim, a sua exploração e o dano por ela causado.” (STF, AI 453.025 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.06.06)

Nessa mesma linha, confirmam-se as manifestações de Afonso da Silva e Lobo Torres, respectivamente:

“Não se dão a participação e compensação conjuntamente; a compensação só cabe se não for possível a participação; a participação no resultado da exploração mineral tem já por si sentido compensador; é prevista exatamente porque a exploração no território traz ônus, encargos, exigências de serviços por parte da entidade beneficiada; (...) o direito nasce (é causado) pela exploração dos minerais, indicados no dispositivo, no território da entidade (...); mas o texto em comentário estende o direito à exploração também na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.”⁹

“Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural, etc. (...). Ou podem receber compensações financeiras, que têm a natureza de preços públicos pela utilização de recursos naturais situados em seus territórios, justificando-se como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infraestrutura de bens e serviços e assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo do Brasil, e com os seus municípios da

9 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 263.

região de Campos, obrigados a investir recursos substanciais em políticas públicas de apoio à exploração de plataforma marítima.”¹⁰

De acordo com o Parecer nº 06/08 – GUB – Gustavo Bininbojm¹¹, o mandamento constitucional se funda em dois objetivos fundamentais: “primeiro, assegurar expressamente a participação ou a compensação financeira a Estados, Municípios e DF, que tenham em seus territórios a exploração das referidas atividades econômicas, a Constituição criou receitas originárias de tais entes federativos, apontando no sentido de algum nível de equidade na partilha dos recursos dos montantes obtidos como resultado da exploração”. Assegurar recursos significa, por evidente, atribuir um quinhão compatível com a ideia de “participação” em resultados ou “compensação financeira”. Em segundo lugar, a *ratio* do dispositivo é bem conhecida: a de funcionar como uma dupla compensação para os entes menores, na repartição das receitas financeiras do país. Deveras, buscou-se compensar os Estados e Municípios que tivessem atividades em seus respectivos territórios: (i) pela maior pressão por serviços públicos resultante do afluxo de pessoas e multiplicação de atividades econômicas, em áreas como educação, saúde, meio ambiente, entre outros e (ii) pela não incidência do ICMS, prevista no art. 155, X, *b*, sobre operações destinadas a outros Estados. Esta segunda finalidade compensatória foi explicitada pelo Ministro Nelson Jobim – que atuou como deputado constituinte – no julgamento do MS 24.312/DF, realizado em 19.02.03.

Feitas tais considerações, necessário reconhecer que as demandas que versam sobre recuperação de *royalties* se diferem completamente das demandas que buscam a recuperação de receitas tributárias.

O art. 170-A do Código Tributário Nacional veda a compensação, mediante o aproveitamento antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, apenas de verbas de natureza tributária. Ocorre que, nas ações que pleiteiam *royalties*, não há pedido provisório nem sequer pedido de “suspensão da exigibilidade”, tal como acontece em diversas demandas de restituição de tributos recolhidos a maior (crédito retroativo). Tampouco se aplicam a essas demandas compensatórias dos entes produtores de petróleo os dispositivos do Código Tributário Nacional, pois tais verbas indenizatórias não são tributos. Estes são receitas derivadas da exploração do patrimônio particular ou, nos tributos contraprestacionais, do pagamento pelo contribuinte em contraprestação de serviços públicos prestados.

10 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 191.

11 BINENBOJM, Gustavo. Parecer nº 06/2008. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial, *Royalties do Petróleo*, 2013, p. 163.

Originárias, por sua vez, são as receitas de natureza não tributária, auferidas pelo Estado em decorrência da exploração do próprio patrimônio (receitas patrimoniais). Assim, os *royalties* se apresentam como receitas originárias, decorrentes da exploração das próprias riquezas do ente público beneficiado com a correspondente compensação. É o que se extrai igualmente do seguinte julgado do STF, *in verbis*:

“Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). 3. É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI, da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais. 4. Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões preponderantes. 5. Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, inciso XI, e 198, inciso III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991.” (MS 24.312/DF, Relª Minª Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 19.12.03)

Desse modo, a partir da decisão liminar ou tutela de urgência nas demandas que pleiteiam os *royalties*, o ente público de fato percebe o ingresso de novas receitas em sua esfera patrimonial. Assim, a contratação dos serviços advocatícios especializados reverte em efetivo proveito para o ente beneficiado pelo cumprimento da obrigação de fazer pela ANP, não havendo de se cogitar, por mais essa razão, de necessidade de confirmação de decisão liminar para que os ingressos patrimoniais se aperfeiçoem. Feitas tais considerações, imperioso analisar detidamente os posicionamentos das diversas decisões que admitem o pagamento dos honorários aos causídicos após a concessão de liminar nas demandas que visam à recuperação de receitas de petróleo e efetivo ingresso dos *royalties* na esfera patrimonial do ente público que faz jus a tais compensações, a saber:

“Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

Termo de ocorrência lavrado contra o chefe do Poder Executivo do Município de Ibirataia. Processo TCM nº 13263e19

Relator: Cons. Mário Negromonte.

Em relação ao pagamento de honorários com base em decisões que conferem a antecipação da tutela, há que se destacar 03 (três) pontos que levaram esta Relatoria ao juízo de convencimento pela regularidade da contratação.

A primeira questão se refere ao próprio mérito das decisões liminares concedidas nas ações que visam à recuperação de receitas relativas a *royalties*, uma vez que não há somente o reconhecimento de um direito que poderá ser consagrado com o trânsito em julgado da demanda, o que tornaria o pagamento de honorários uma medida temerária, ante a antecipação de honorários que poderiam vir a ser devidos. Ao contrário, nas ações desta natureza, existe o efetivo ingresso de receitas nos cofres públicos municipais mediante a antecipação dos efeitos da tutela, se traduzindo em inequívoco benefício para o Município.

(...)

O terceiro item se refere à permissão para pagamento de honorários advocatícios mediante efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por determinação judicial, ainda que através de tutela provisória, contida no art. 4º, § 1º, da Instrução TCM nº 001/2018, que se amolda ao caso em tela.

Portanto, a antecipação de tutela se traduz num proveito para o Município, que pode se valer das receitas recuperadas a título de *Royalties*, ao invés de aguardar o trânsito em julgado para liquidação de sentença e pagamento por meio de precatório.

Assim, muito embora o art. 3º, II, da mencionada Instrução tenha previsto que a contratação não poderá estabelecer remuneração percentual sobre as receitas correntes ou futuras, verifica-se que não se pode utilizar indistintamente todas as disposições deste normativo ao caso concreto, pela simples razão de que a Instrução desta Corte de Contas foi elaborada com vistas à aplicação em casos de recuperação de créditos tributários ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil, que, por sua natureza, se subsumem aos comandos do art. 167, IV, da Constituição Federal.

Contudo, diferentemente dos tributos, ‘o *royalty* é uma compensação financeira devida à União pelas empresas que produzem petróleo e gás natural no território brasileiro’, se caracterizando uma receita patrimonial, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 228.800, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

Conforme destacado pela defesa, não existe impedimento na Lei nº 7.990/89 para que os pagamentos dos honorários advocatícios sejam feitos com o recurso de *royalties*, afastando, claramente, o comando do art. 3º, II, da Instrução TCM nº 01/2018, uma vez que trata, especificamente, dos créditos de natureza tributária ou previdenciária.”

De forma diversa do que ocorre nas demandas que pleiteiam a devolução das contribuições previdenciárias, não há que se aguardar o trânsito em julgado para liquidação de sentença e pagamento por meio de precatório, uma vez que as compensações financeiras recuperadas a título de *royalties* ingressam imediatamente e mensalmente no patrimônio jurídico do ente público. Desse modo, o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas acertadamente regulamentou a questão para admitir o pagamento de honorários em decorrência de liminar em demandas relativas a *royalties*, *in verbis*:

“RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2020

DÁ NOVA REDAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 003/2016.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE ALAGOAS, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 95 e o inciso II do art. 97 da Constituição Estadual, como também o inciso XI, do art. 1º e art. 3º, da Lei Estadual nº 5.604 de 20 de Janeiro de 1994 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas);

Art. 1º A Instrução Normativa nº 003/2016 passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

Art. 6º -A Em caráter excepcional e extraordinário, e com a devida motivação, admite-se a contratação de advogados com notória especialização, por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/93, para a realização de serviços de advocacia com a finalidade de obtenção ou recuperação de créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP – Agência Nacional de Petróleo, desde que seja comprovada a inexistência de advogado ou procurador jurídico qualificado para o caso concreto, nos quadros do poder Executivo Estadual e Municipal.

I – O Poder Público respectivo, Estadual ou Municipal, deve justificar, detalhadamente, os motivos da contratação e a impossibilidade de realização do serviço por órgão próprio de representação jurídica ou contábil.

II – No caso da contratação prevista no *caput* deste artigo, os honorários contratuais devem estar claramente estabelecidos no instrumento contratual, com valores fixados em Real, observados os princípios da razoabilidade e economicidade;

III – Admite-se, ainda, a contratação de honorários por êxito, desde que observados os seguintes requisitos:

a) Os honorários contratados não poderão ultrapassar 20% (vinte por cento) do que o ente público auferir com a homologação administrativa, em sentença judicial transitada em julgado ou com os efeitos financeiros da antecipação de tutela nas ações para a obtenção judicial dos créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP.

b) O pagamento dos honorários deve ser realizado na proporção em que os efeitos financeiros favoráveis da decisão passem efetivamente a integrar o erário do contratante;”

Destaca-se, ademais, a Resolução nº 323 do TCE de Sergipe, que autoriza expressamente o pagamento dos honorários advocatícios a partir do efetivo incremento de receitas, condicionado à obtenção de decisão liminar, nas ações judiciais que pleiteiam os *royalties* devidos em face da ANP:

“Tribunal de Contas do Estado do Sergipe

RESOLUÇÃO Nº 323, DE 13 DE JUNHO DE 2019

Modifica a Resolução nº 288, de 13 de novembro de 2014, que dispõe sobre os contratos firmados entre a Administração Pública, Estadual e Municipal, e os profissionais da advocacia, da contabilidade e consultoria tributária para a realização de serviços com a finalidade de recuperação de créditos tributários, acrescentando a possibilidade de contratação para a obtenção judicial dos créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP.

(...)

Art. 2º O art. 3º da Resolução nº 288/2014 passa vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º (...)

§ 2º Quando a questão relativa a recuperação de créditos tributários estiver judicializada, qualquer pagamento somente poderá ser feito com o trânsito em julgado da decisão que der ganho de causa ao ente público contratante. (nova redação)

(...)

§ 4º O Poder Público Estadual e Municipal poderá efetuar o pagamento antes do trânsito em julgado nas ações para a obtenção judicial dos créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP, condicionando o dispêndio da verba honorária à concessão da antecipação da tutela, na proporção em que os efeitos financeiros favoráveis da decisão liminar passem efetivamente a integrar o erário do contratante.” (acrescentado)

Há, ainda, excelentes e corretas decisões nesse sentido no Tribunal de Contas da Bahia:

“Valença – TCM BA

Esta Relatoria entende ser possível a realização dos pagamentos em situações onde já há uma razoável segurança de acolhimento da tese defendida na demanda judicial, e não somente após o trânsito em julgado, a exemplo de processos judiciais em que já tenha havido julgamento de mérito em duas instâncias (sentença e acórdão), sendo diminutas as probabilidades de

alteração em outras instâncias. De fato, os recursos aos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), não têm como objetivo julgar o mérito individual de cada caso, mas, sim, a conformação à Constituição ou ao ordenamento infraconstitucional.” (Termo de ocorrência: Processo TCM 14934e19, Origem: 3ª IRCE – Inspetoria Regional de Controle Externo, responsável: Sr. Ricardo Silva Moura, Prefeito de Valença, assunto: inobservância aos requisitos legais para contratação por inexigibilidade. Exercícios: 2017/2019, Rel. Cons. José Alfredo Rocha Dias)

“Ouriçangas – TCM BA

Somente em sede recursal, por meio do manejo de Agravo de Instrumento pelo Município de Ouriçangas, é que houve acolhimento do pleito da Comuna de antecipação dos efeitos da tutela, oportunidade na qual o Desembargador Federal autorizou provisoriamente o pagamento dos *royalties*, conforme dispositivos transcritos acima. Registre-se que ainda não houve manifestação de mérito da ação de origem na primeira instância, como também não houve julgamento final do TRF da 1ª Região no recurso interposto contra a mencionada decisão interlocutória.” (Termo de ocorrência: Processo TCM 10792e19, origem: 8ª IRCE – Inspetoria Regional de Controle Externo, responsável: Sr. Antônio Dias Marques, Prefeito de Ouriçangas, assunto: inobservância aos requisitos legais para contratação por inexigibilidade. Exercícios: 2018/2019, Rel. Cons. José Alfredo Rocha Dias)

“Vera Cruz – TCM BA

Sem dúvidas, os honorários advocatícios são devidos àqueles escritórios e profissionais que trabalharam na recuperação dos *royalties* devidos aos Municípios e Estados, pois requerem habilidade técnica excepcional para satisfazer a necessidade estatal diferenciada e incomum. Nesse sentido, o excerto da decisão do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia reconhece a especialidade dos serviços advocatícios prestados no intuito de alcançar tal finalidade de ingresso de receitas. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Assunto: Prestação de serviços de advocacia. Honorários fixados previamente em contrato, com base em valores estimados. Inocorrência de contrato de risco. Contratação direta mediante inexigibilidade de licitação. Possibilidade. Formalidades legais satisfeitas. Procedência parcial. Aplicação de sanção pecuniária. ‘(...) quanto ao escritório de advocacia William Ariel Arcanjo Lins Advocacia Ltda., os serviços contratados de ‘Execução de serviços advocatícios no sentido de acompanhar medidas administrativas e judiciais para recuperação de *royalties* devidos pela ANP’ requerem habilidade técnica excepcional para satisfazer a necessidade estatal diferenciada e incomum, requerendo *expertise* dos profissionais tendo em vista a peculiaridade do objeto.” (Termo

de ocorrência, Processo TCM 27107-16, origem: 1ª IRCE, responsáveis: Antônio Magno de Souza Filho e William Ariel Arcanjo Lins Advocacia. Exercício financeiro: 2016. Cons. Rel. Francisco de Souza Andrade Netto)

Assim, conclui-se que os profissionais que foram contratados e ingressaram tecnicamente com as ações judiciais em defesa do erário municipal prestaram os serviços jurídicos e devem ser remunerados, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que não é admitido no ordenamento jurídico.

8 Da Distinção Fundamental entre Verbas do Fundef/Fundeb e os *Royalties* da ANP

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) era composto por verbas do Fundo de Participação do Estado e dos Municípios (FPE e FPM) e por receita gerada com a arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (IPI) proporcional às exportações do Estado, bem como por verbas federais destinadas a compensar a perda dos Estados com a desoneração do ICMS sobre as exportações determinada pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.424/96).

Com a edição da Emenda Constitucional nº 53, de 2006, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT e a edição da Lei nº 11.494, de 2007, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) foi criado e se tornou o sucessor do Fundef. Nessa senda, uma das características principais dos recursos do Fundef/Fundeb se revela pela regra de vinculação, a significar que os valores referentes a seus recursos, sob nenhuma hipótese, poderiam custear qualquer outro tipo de despesa (mesmo que educacional) que não estivesse diretamente ligada ao ensino fundamental. A vinculação se deu por força constitucional (arts. 212 da Constituição Federal de 1988 e 60 do ADCT, com a redação da EC nº 14/96).

Há uma intensa discussão no Poder Judiciário brasileiro a respeito da impossibilidade de se extrair do Fundef o percentual devido aos causídicos, diante do caráter constitucionalmente vinculado à educação do referido fundo. No âmbito administrativo, o entendimento atual do Tribunal de Contas da União, do ponto de vista da vinculação dos recursos, é no sentido de que a destinação de valores tardiamente transferidos em razão de decisão judicial, relacionados a verbas do Fundef para o pagamento de honorários advocatícios, é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60 do ADCT, com a redação conferida pela EC nº 14/96, e ilegal, por estar em desacordo com a

Lei nº 11.494/07 (Acórdão 1.824/2017, de 23.08.2017, Plenário). Por sua vez, a decisão proferida pelo Ministro-Presidente do STF na STP nº 88 também é nessa linha, *in verbis*:

“Não se deve perder de vista, quanto a tal aspecto, que nesta Suprema Corte, de há muito já se pacificou o entendimento acerca da plena vinculação das verbas do Fundeb exclusivamente ao uso em educação pública e a nenhum outro fim. Nesse sentido, e apenas para ilustrar, citem-se os seguintes precedentes: ‘1. O acórdão não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta Corte, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 841.526-RG (Rel. Min. Luiz Fux, Tema nº 592). 2. As verbas do Fundef não podem ser utilizadas para pagamento de despesas do Município com honorários advocatícios contratuais. 3. Agravo interno a que se dá parcial provimento’ (ARE 1.066.281-AgR/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 26.11.2018). ‘(...) O adimplemento das condenações pecuniárias por parte da União e respectiva disponibilidade financeira aos Autores vinculam-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, única possibilidade de dispêndio dessas verbas públicas (...)’.” (ACO 648/BA, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 09.03.2018)

No mesmo sentido, entendeu o STJ, nos dias de hoje, pela impossibilidade de retenção de honorários advocatícios contratuais em verba do Fundef, diante de sua vinculação constitucional à educação básica. A jurisprudência entende que os recursos do Fundef possuem natureza vinculada e, nesse sentido, não seria possível a utilização do recurso em despesas de natureza diversa. O fato de o Fundef não estar mais em vigor não altera tal interpretação¹². De acordo com a Lei nº 4.320/64, art. 71: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por leis e vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. A vinculação, portanto, constitui-se na determinação constitucional de aplicação de índices orçamentários de recursos públicos na educação.

No que tange aos *royalties*, por outro lado, incabível sustentar qualquer tipo de vinculação da destinação das receitas, na forma como ocorre com o Fundef/Fundeb, por ausência de previsão constitucional ou legal que determine tal vinculação. Ademais, a participação nos *royalties* de petróleo e gás pelos entes públicos beneficiados não se relaciona à destinação específica de uma arrecadação atrelada a objetivos legalmente definidos, possuindo um caráter indenizatório, de compensação de caráter definitivo, em razão, inclusive, da

12 AIREsp 1.736.176, Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE 22.04.2019.

exploração e participação ser de uma safra só de recursos esgotáveis ou não renováveis.

Na atualidade, as restrições à aplicação dos recursos advindos das compensações financeiras decorrentes do pagamento dos *royalties*, a partir da edição da Lei nº 9.478/97, limitam-se àquelas dispostas no art. 8º da Lei nº 7.990/89, ou seja, ao pagamento de dívidas e ao quadro permanente de pessoal, ressalvados o adimplemento dos débitos com a União Federal, o custeio com ensino e a aplicação para capitalização de fundos de previdência. Desse modo, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação ao pagamento de honorários advocatícios pelo incremento de receitas decorrentes de *royalties* que afluem ao ente público após laborioso trabalho técnico de escritórios e profissionais da área jurídica.

9 Das Receitas Originárias: como se Dá a Busca Dessas Receitas no Judiciário e a Celebração dos Contratos de Prestação de Serviços Jurídicos

Tradicionalmente, a doutrina classifica as receitas públicas, quanto à procedência, em originárias e derivadas. Receitas públicas originárias são as arrecadadas por meio da exploração de atividades econômicas pela Administração Pública. Resultam, principalmente, de rendas do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado (receita de aluguel), de preços públicos, de prestação de serviços comerciais e de venda de produtos industriais ou agropecuários. Já as receitas públicas derivadas são as obtidas pelo Poder Público por meio da soberania estatal. Decorrem de norma constitucional ou legal e, por isso, são auferidas de forma impositiva, como, por exemplo, as receitas tributárias.

Na condição de receitas originárias, os *royalties* são receitas buscadas na via privada, de modo que os contratos que envolvem a recuperação dessas receitas não devem ser consideradas, *a priori*, como receitas públicas vinculadas, pois fazem parte do patrimônio disponível do ente estatal. Nessa linha de intelecção, cabe destacar que a natureza dos honorários contratuais é a de pactuação entre os patronos e seus clientes para atuação em causas específicas. A previsão legal dessa contraprestação pelos serviços advocatícios prestados encontra respaldo no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que assegura, no art. 22, ao prestador de serviço profissional inscrito na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Contratuais ou convencionais, portanto, são os honorários combinados livremente pelo profissional e pelo cliente em contrato, via de regra escrito,

assinado por ambos. Inclusive, a forma de pagamento pode ser livremente pactuada, por acordo mútuo, admitindo-se um valor cobrado no início do processo em prestação única ou mensalidades e um valor no final do processo, percentualmente proporcional ao êxito do cliente, ou, ainda, uma combinação dessas múltiplas formas.

Nas contratações públicas, os serviços advocatícios devem ser contratados observando-se a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Nessa norma, editada a partir do art. 37, XXI, da Constituição, os serviços, em regra, são contratados após procedimento público e isonômico de seleção ou, nos casos expressamente previstos na lei, por meio de procedimento de inexigibilidade ou de dispensa de licitação.

Desse modo, nas causas em que um ente público se revela na condição de cliente de escritório de advocacia especializado, contratado de forma regular para prestação de serviços específicos que exigem *expertise* e conhecimentos técnicos, tal como se apresenta a recuperação de *royalties*, é possível se promover a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação de escritório com notória especialização (art. 74 da Lei nº 14.133/2021).

A fixação dos preços em contratos públicos deve observar os parâmetros praticados no mercado e o valor contratado deve ser justificado. Nesse ponto, imperioso destacar que a pactuação sobre o êxito também é lícita nos contratos públicos, e não é capaz de lesar o ente público, pois os advogados apenas recebem quando há proveito efetivo para o ente público, nada sendo devido no caso de insucesso do objeto da contratação, conforme dispõem os arts. 48 e 50 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Nesse sentido, os honorários advocatícios contratuais que adotam a forma de contraprestação *ad exitum* devem ser calculados com base no benefício econômico recebido pelo cliente.

Sendo a advocacia constitucionalmente indispensável à administração da Justiça – preceito estampado no art. 133 da CF –, o aviltamento dos honorários necessariamente repercute negativamente em termos de malefícios para o sistema de Justiça como um todo. Advogados mal remunerados terão feridas sua dignidade, sua independência e o seu meio regular de subsistência, e assim diminuídas suas condições para colaborar com o acesso à tutela jurisdicional justa e com a fiscalização das instituições públicas.

Tendo em vista que as ações que versam sobre a recuperação de *royalties* são complexas, detêm tema específico e envolvem valores elevados, tais peculiaridades devem refletir no valor do contrato de honorários firmado. A Resolução nº 02/2015 – Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil traz alguns elementos que devem ser considerados quando da fixação dos honorários advocatícios:

“Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo a ser empregados;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente eventual, frequente ou constante;

VI – o lugar da prestação dos serviços, conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro;

VII – a competência do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.”

O rol estabelecido nesse dispositivo revela que, quanto mais importante a demanda, mais específica a matéria envolvida e de maior proveito econômico para o cliente, maior serão os honorários advocatícios. Por isso, não se pode comparar os honorários fixados em demandas relativas ao incremento no repasse dos *royalties* de petróleo e gás natural com honorários fixados em contratos de repetição de tributos. Tampouco se pode dizer que a especialidade exigida dos advogados que prestam o serviço jurídico de buscar o incremento de receitas originárias (*royalties*) é a mesma dos advogados que atuam no incremento de receitas derivadas (tributos).

Certamente, o conhecimento jurídico dos causídicos que atuam na perseguição do incremento de *royalties* aos municípios é mais específico, profundo e profícuo do que aqueles que atuam em demandas de repetição de tributos. Os honorários de êxito, por certo, poderão ser mais vultosos nas demandas relativas ao incremento de *royalties*. Ademais, destaca-se que os honorários contratuais constituem espécie de verba alimentar nos termos do art. 85, § 14, do CPC/2015, e da Súmula Vinculante nº 47.

Em virtude de seu compromisso com o interesse público, a advocacia é inconciliável com qualquer atividade de mercantilização, nos termos do art. 5º do Código de Ética e Disciplina. A cobrança de honorários, assim, não se fundamenta na busca pelo lucro, mas, sim, na necessária subsistência de uma classe que é indispensável à administração da Justiça.

À luz de tais reflexões, conclui-se que as decisões que não admitem o pagamento de honorários advocatícios a partir do incremento de receitas de *royalties* de petróleo e gás ao ente público, mesmo a partir de tutelas de urgência, implica em descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo ente público no âmbito das relações privadas da Administração, sendo que seu não pagamento importa em enriquecimento ilícito e o adimplemento pode ser buscado, posteriormente, por execução forçada do contrato na via judiciária.

10 Da Necessidade de se Assegurar o Adimplemento da Verba de Caráter Alimentar Diante da Necessidade Diária dos Municípios de Promover Gastos

Os chamados vasos comunicantes orçamentários, na linha da liberdade de conformação do legislador orçamentário, permitem a alocação de verbas de acordo com o interesse político dos órgãos responsáveis pela construção do orçamento. Desse modo, a verba que não pode ser usada para realizar o gasto X é carreada para o Y, permitindo que outra verba seja usada para fazer frente àquela despesa. Assim, a vedação ao uso dos *royalties* para pagamento de despesas com pessoal faz com que esse dinheiro possa ser utilizado em outras despesas que seriam necessariamente custeadas com os recursos que foram destinados a essas despesas com pessoal.

Maria Amélia Enríquez¹³ denomina isso de armadilha do caixa único, o que leva as prefeituras a perder a dimensão transformadora dos *royalties* para modificação da base econômica produtiva dos Municípios. Em outras palavras, os recursos dos *royalties* entram nos caixas únicos das prefeituras e são engolidos pelas necessidades imediatas e ilimitadas que todos os municípios apresentam. O sistema dos vasos comunicantes orçamentários permite esse tipo de gestão financeira, que confere maior liberdade ao legislador orçamentário.

Nessa senda, ao considerar que os pagamentos somente poderão ser efetuados ao final da demanda, com o trânsito em julgado da ação, os tribunais de contas que pensam assim podem dar causa a um enorme prejuízo para os profissionais que desempenharam trabalho exitoso e primordial para a recuperação das receitas decorrentes do direto aos *royalties*, qual seja, o risco de que as verbas já tenham sido destinadas a finalidades diversas do ente público e não restem verbas suficientes para o adimplemento dos honorários contratuais firmados entre a Administração e os prestadores de serviços advocatícios. Corre-se o risco, certamente, que ao final do processo judicial, com a confirmação da antecipação de tutela em sentença, os entes públicos não

13 ENRÍQUEZ, Maria Amélia. *Mineração: maldição ou dádiva?*. São Paulo: Signus, 2008. p. 346.

mais contem com reservas financeiras capazes de arcar com os honorários advocatícios devidos.

Ora, os tribunais de contas devem zelar pela legalidade das contas públicas, de modo que não se mostra legítimo o posicionamento que lesa manifestamente os escritórios legalmente contratados para prestação de serviços especializados que possibilitam o incremento de receitas.

A ausência de lastro garantidor do adimplemento dos honorários contratados, a não ser os *royalties* recebidos, é questão que concerne especialmente os profissionais que definitivamente concorreram como incremento das receitas públicas e não devem ser obrigados a arcarem com prejuízos decorrentes de decisões administrativas temerárias, que não levam em consideração suas consequências práticas, na forma exigida pela LINDB (art. 20, incluído pela Lei nº 13.655/2018).

Destarte, a remuneração pelos serviços prestados deve ser calculada com base no benefício alcançado pela parte, de modo que a maneira mais segura e transparente de se realizar tais cálculos consiste no desconto proporcional pactuado mês a mês, a cada novo depósito repassado pela ANP ao ente público beneficiado.

Nessa senda, conclui-se que a possibilidade de pagamentos dos honorários advocatícios a partir da tutela de urgência ou decisão liminar é medida que se impõe, a fim de se garantir maior previsibilidade, transparência e segurança jurídica na medida em que os *royalties* calculados pela ANP ingressam na esfera patrimonial do ente público beneficiado pelos serviços advocatícios especializados.

Considerações Finais

A natureza jurídica dos *royalties* do petróleo e gás, nos termos da legislação vigente, é de compensação financeira, tendo caráter indenizatório pelo fato de o Estado ou o Município ter que suportar a exploração em si ou a movimentação no solo ou no subsolo de seu território e as consequências ambientais e sociais advindas dessa exploração. O recebimento de tal compensação é um direito constitucionalmente garantido aos Estados e Municípios produtores de petróleo ou gás natural, em razão do ônus que eles têm que suportar quando da referida exploração.

A atividade desempenhada pela ANP consiste em realizar e fornecer o cálculo do valor a ser percebido pelo ente público que, com efeito, é repassado ao credor pela Secretaria do Tesouro Nacional. Assim, a ANP não possui legitimidade para figurar como parte ativa em ação em que se pleiteie restituição de valores, pois não pode pleitear verbas que não são de sua titularidade.

Assim, é possível concluir que a destinação das verbas dos *royalties* ao Fundo Especial constitui uma das modalidades de transferência de recursos financeiros da União para os Estados e Municípios, nas mesmas bases previstas no art. 159 da Constituição Federal, de modo que podem ser um forte indutor de desenvolvimento, tratado como mais uma importante receita pública além das tributárias, podendo ser utilizada para custeio da máquina estatal, com base no princípio da liberdade do legislador orçamentário.

Diferentemente das ações judiciais em que se pleiteia a recuperação de receitas certas e determináveis, como aquelas em que é possível discriminar previamente os valores a serem restituídos, as receitas referentes aos *royalties* repassados pela ANP podem variar de acordo com diversos fatores, como localização geográfica, entes públicos inseridos na base de cálculo da divisão do fundo, volume de produção de petróleo e gás natural do mês de apuração e preço de referência dos hidrocarbonetos no mês de referência. Nessa senda, os entes destinatários da divisão do Fundo Especial se submetem, mês a mês, a uma natural variação de suas cotas, diante das intercorrências que influenciam na repartição do montante global dos *royalties*. Portanto, ao receber um incremento de *royalties* em decorrência de decisão judicial liminar ou tutela de urgência, esta não assume o caráter precário, uma vez que a “fotografia” tirada pela ANP, no momento de indicar para a STN qual é a fatia destinada a cada ente público, assume um caráter definitivo que gera um efetivo ingresso de receitas nos cofres públicos, traduzindo-se em inequívoco benefício para o ente público que tem responsabilidade fiscal de implementar benefícios à sociedade local.

Logo, caminham na esteira da melhor análise jurídica as decisões dos Tribunais de Contas que possibilitam o pagamento de honorários advocatícios contratuais aos escritórios que patrocinam as demandas quando o cumprimento da obrigação de fazer pela ANP de implementar novo critério de recebimento pelo ente federado dos *royalties*, a partir de decisão judicial de tutela de urgência ou liminar. A partir da decisão judicial nas demandas que pleiteiam o aumento dos valores financeiros de *royalties* de petróleo e gás, o ente público, de fato, percebe o ingresso definitivo de novas receitas em sua esfera patrimonial. Assim, a contratação dos serviços advocatícios especializados reverte em legítimo e real proveito para o ente beneficiado. Desse modo, a percepção dos *royalties* de petróleo e gás por meio de decisão liminar ou tutela de urgência assume caráter de definitividade, uma vez que a ANP não pode requerer a restituição de valores que nunca pagou. Inclusive, em vários processos judiciais, a própria ANP defende tese de que não é pagadora de *royalties*, de modo que não faz jus à repetição do valor pago na vigência da decisão. Ademais, a participação nos *royalties* de petróleo e gás pelos entes públicos beneficiados de boa-fé não se relaciona à destinação específica de uma

arrecadação atrelada a objetivos legalmente definidos, possuindo um caráter indenizatório, de compensação de caráter definitivo, em razão, inclusive, da exploração e participação ser de uma safra só ou recursos esgotáveis ou não renováveis.

Assim sendo, o município, na condição de ente público dotado de autonomia, deve se esforçar para receber receitas originárias – o que implica na contratação de serviços especializados para tanto – e, nesse viés, imperioso que o controle externo exercido pelos tribunais de contas se faça levando-se em consideração o nobre objetivo da Comuna de buscar o incremento dessas receitas originárias, pois se trata de novas formas de arrecadação, decorrentes de exploração de patrimônio próprio. Essa atuação dos municípios é salutar e encontra amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição, pois, ao fim e ao cabo, buscam os entes obter um tratamento isonômico aos demais municípios que se encontram na mesma situação na cadeia de produção de gás natural ou de petróleo, mas são tratados de forma distinta pela ANP.

Por sua vez, a receita dos *royalties*, caracterizada como originária, se difere da receita dos tributos, caracterizada como derivada. A partir da decisão liminar ou tutela de urgência nas demandas que pleiteiam os *royalties* de petróleo e gás, o ente público de fato percebe o ingresso de novas receitas em sua esfera patrimonial. Assim, a contratação dos serviços advocatícios especializados reverte em efetivo proveito para o ente beneficiado pelo cumprimento da obrigação de fazer pela ANP, não havendo de se cogitar, por mais essa razão, de necessidade de confirmação de outra decisão para que os ingressos patrimoniais se aperfeiçoem. De forma diversa do que ocorre nas demandas que pleiteiam a devolução das contribuições previdenciárias, por exemplo, não há que se aguardar o trânsito em julgado para liquidação de sentença e pagamento por meio de precatório, uma vez que as compensações financeiras recuperadas a título de *royalties* de petróleo e gás ingressam imediatamente e mensalmente no patrimônio jurídico do ente público.

A situação do incremento dos cofres públicos com *royalties* é também diversa da que ocorre com os recursos do Fundef/Fundeb. Esta se revela pela regra de vinculação, a significar que os valores referentes a seus recursos, sob nenhuma hipótese, poderiam custear qualquer outro tipo de despesa, mesmo que educacional, que não estivesse diretamente ligada ao ensino fundamental. A vinculação se deu por força constitucional (arts. 212 da CF/88 e 60 do ADCT). No que tange aos *royalties*, por outro lado, incabível sustentar qualquer tipo de vinculação da destinação das receitas, na forma como ocorre com o Fundef/Fundeb, por ausência de previsão constitucional ou legal que determine tal vinculação.

Com relação aos honorários advocatícios, tendo em vista que as ações que versam sobre a recuperação de *royalties* são complexas, detêm tema específico e envolvem valores elevados, tais peculiaridades devem refletir no valor do contrato de honorários firmado, conforme exigido pelo art. 49 da Resolução nº 02/2015 – Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. O rol estabelecido nesse dispositivo revela que, quanto mais importante a demanda, mais específica a matéria envolvida e de maior proveito econômico para o cliente, maior serão os honorários advocatícios. Por isso, não se pode comparar os honorários fixados em demandas relativas ao incremento no repasse dos *royalties* de petróleo e gás natural com honorários fixados em contratos de repetição de tributos. Tampouco se pode dizer que a especialidade exigida dos advogados que prestam o serviço jurídico de buscar o incremento de receitas originárias (*royalties*) é a mesma dos advogados que atuam no incremento de receitas derivadas (tributos). Certamente, o conhecimento jurídico dos causídicos que atuam na perseguição do incremento de *royalties* aos municípios é mais específico, profundo e profícuo do que aqueles que atuam em demandas de repetição de tributos. Os honorários de êxito, por certo, poderão ser mais vultosos nas demandas relativas ao incremento de *royalties*.

Ademais, destaca-se que os honorários contratuais constituem espécie de verba alimentar nos termos do art. 85, § 14, do CPC/2015, e da Súmula Vinculante nº 47. Há que se estabelecer a possibilidade de garantia do pagamento dessa verba de caráter alimentar com os próprios recursos obtidos em decorrência da decisão judicial pleiteada pelos causídicos contratados, seja ela proferida em caráter definitivo ou liminarmente. Deve ser afastado o dogma de que toda tutela antecipada redunde na repetição de valores se revertida em sentença, pois o STJ está promovendo ampla discussão sobre o efeito dessas tutelas, distinguindo-as em diversas categorias, de modo a se conferir maior segurança jurídica à questão, se debruçando sobre a questão por meio da rediscussão do Tema Repetitivo nº 692.

Por sua vez, os chamados vasos comunicantes orçamentários, na linha da liberdade de conformação do legislador orçamentário permitem a alocação de verbas de acordo com o interesse político dos órgãos responsáveis pela construção do orçamento. A verba que não pode ser usada para realizar o gasto X é carregada para o Y, permitindo que outra verba seja usada para fazer frente àquela despesa. A armadilha do caixa único faz com que os recursos dos *royalties* entrem nos caixas únicos das prefeituras e são engolidos pelas necessidades imediatas e ilimitadas que todos os municípios apresentam. Assim, corre-se o risco de que, ao final do processo, com a confirmação da antecipação de tutela em sentença, os entes públicos não mais contem com reservas financeiras capazes de arcar com os honorários advocatícios devi-

dos, provocando um autêntico enriquecimento ilícito da Comuna frente ao inadimplemento da verba alimentar do advogado que laborou para a obtenção do crédito municipal.

TITLE: Financial legal nature of the distribution of oil and gas royalties and preliminary injunction or urgent relief in legal proceedings.

ABSTRACT: The text aims at the legal nature of the distribution of oil and gas royalties from the National Agency for Petroleum, Natural Gas and Biofuels and the issue of urgent injunction or relief in legal proceedings. The methodology consists of the analysis of the legal doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Courts of Auditors related to the subject, using bibliographic and documentary methods, with an emphasis on the sources of study of Financial Law and Theory General of Law. In this way, the problem to be answered is the legal-financial regime of oil and gas royalties distributed by the regulatory agency, in order to identify the legal characteristics of this matter. It is concluded that the increase in royalties as a result of an injunction or provisional court decision assumes the character of finality, as, in addition to being classified as original revenue, it generates an effective inflow of revenue into public coffers when distributed by the agency, translating in unequivocal benefit for the public entity.

KEYWORDS: Royalties. Oil and Gas. Court Decisions. ANP.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, ed. Especial, Royalties do Petróleo, 2013, p. 222-240.

BINENBOJM, Gustavo. Parecer nº 06/2008. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial, Royalties do Petróleo, 2013, p. 157-168.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais*. Trabalho elaborado a pedido da Associação dos Advogados de São Paulo para instruir o PSV (Proposta de Súmula Vinculante) em trâmite perante o STF. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MACHARETE, Neilton Ferreira. Fiscalização da aplicação dos recursos provenientes de royalties e participação especial de petróleo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 54, p. 41-52, out./dez. 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Recebido em: 17.06.2021

Aprovado em: 30.06.2021

NESTA EDIÇÃO:

**OUVIDORIAS PÚBLICAS NO BRASIL:
O ELO ENTRE O DIREITO DE ACESSO À
INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO
DE DADOS PESSOAIS NO SETOR PÚBLICO**



**REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE**

• RDAI 19

ANO 5 • n. 19 • out.-dez. • 2021

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 5 • ISSUE 19 • Oct.-Dec. • 2021

**RÉQUIEM AOS BENS PÚBLICOS E A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO
EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANOTAÇÕES CRÍTICAS**

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA DE
**DIREITO ADMINISTRATIVO,
INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE**

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

Ano 5 • n. 19 • out./dez. 2021

N. 5 • Issue 19 • Oct./Dec. 2021

Réquiem aos bens públicos e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de improbidade administrativa: anotações críticas

Requiem to public goods and the imprescriptibility of actions for compensation in matters of administrative misconduct: critical notes

ROGÉRIO GESTA LEAL 101

A conciliação aplicada pela Administração Pública Federal: uma análise do Decreto 9.760/2019

The conciliation applied by the Federal Public Administration: an analysis of Decree 9,760/2019

CARLOS SÉRGIO GURGEL DA SILVA e JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR 133

D) CONTROLE

D) CONTROL

Ouvidorias públicas no Brasil: o elo entre o direito de acesso à informação e a efetivação da proteção de dados pessoais no setor público

Public ombudsmen in Brazil: the link between the right of access to information and the effectiveness of the protection of personal data in the public sector

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM e TATIANA MEINHART HAHN 159

Poder Judiciário e Administração Pública: interferência indevida na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19

Judiciary and Public Administration: undue interference in the decision-making capacity and execution of public policies to combat Covid-19

EDVALDO NILO DE ALMEIDA 191

2ª. SEÇÃO – ATIVIDADE DE INFRAESTRUTURA

SECTION 2 – INFRASTRUCTURE ACTIVITY

Infraestrutura, fazendas horizontais e pena sustentável: alternativas para aplicação do regime semiaberto

Infrastructure, horizontal farms and sustainable penalty: alternatives for applying the semi-open regime

ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI, FLÁVIO ADRIANO REBELO BRANDÃO SANTOS e ARTHUR AUGUSTO GARCIA 215

PODER JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INTERFERÊNCIA INDEVIDA NA CAPACIDADE DE TOMADA DE DECISÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID-19

JUDICIARY AND PUBLIC ADMINISTRATION: UNDUE INTERFERENCE IN THE DECISION-MAKING CAPACITY AND EXECUTION OF PUBLIC POLICIES TO COMBAT COVID-19

Acesse o QR Code para assistir ao vídeo do autor comentando o artigo



EDVALDO NILO DE ALMEIDA

Professor do IBMEC (Brasília, DF, Brasil). Doutor em Direito Público pela PUC-SP. Possui pós-graduação no curso de especialização em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Possui pós-doutorado em Democracia do Ius Gentium Coimbra e associado à Universidade de Coimbra. Desenvolve pós-doutoramento em Direito Tributário da UERJ e estágio de pesquisa de pós-doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Procurador do Distrito Federal. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8438-0482>]. edvaldonalmeida@yahoo.com.br

Recebido/Received: 01.05.2021/May 1st, 2021
Aprovado/Approved: 24.05.2021/May 24th, 2021

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Direitos Humanos

RESUMO: Este estudo tem por objeto demonstrar a ilegitimidade jurídica da interferência do Poder Judiciário na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19 pela Administração Pública. A metodologia consiste na análise da doutrina jurídica e jurisprudencial relacionadas ao tema, utilizando-se os métodos bibliográfico e documental, com ênfase nas fontes de estudo do Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito. Nessa senda, o problema a ser respondido é se o atual processo de aplicação do Direito pelo Poder Judiciário em relação às políticas públicas da Administração Pública de combate à Covid-19 pode ser considerado conflitante com o ordenamento jurídico

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the legal illegitimacy of the interference of the Judiciary in the capacity of decision-making and execution of public policies to combat Covid-19 by the Public Administration. The methodology consists of the analysis of legal and jurisprudential doctrine related to the theme, using bibliographic and documentary methods, with emphasis on the sources of study of Constitutional Law and General Theory of Law. In this sense, the problem to be answered is whether the current process of application of the Law by the Judiciary in relation to public policies of the Public Administration to combat Covid-19 can be considered in conflict with the Brazilian legal system. It is concluded,

brasileiro. Conclui-se, assim, que os danos causados pela troca de papéis constitucionais causam a paralisia do Estado e ferem, normativamente, os princípios constitucionais, quais sejam: o princípio republicano, do Estado Democrático de Direito, e da separação de poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário – Covid-19 – Administração Pública – Reserva de administração.

therefore, that the damage caused by the exchange of constitutional roles causes paralysis of the State and, normatively, violates the constitutional principles of the Republic, the Democratic State of Law and the separation of powers.

KEYWORDS: Judiciary – Covid-19 – Public administration – Management reserve.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos limites constitucionais materiais. 3. Princípio republicano. 4. Princípio do Estado Democrático de Direito. 5. O princípio da legalidade como princípio da juridicidade, a supremacia da Constituição e a reserva de jurisdição e de administração. 6. Princípio da separação de poderes. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos¹ últimos anos, o Poder Judiciário tem cumprido cada vez mais o papel de interferir diretamente nas políticas públicas da Administração Pública, inserindo-se no papel ilegítimo não só de se comunicar com a sociedade e torná-la ciente dessas políticas, como também o de impedir, mais recentemente, que a Administração Pública possa tomar medidas urgentes no enfrentamento da aceleração do contágio por Covid-19, isto é, a Administração Pública possa tratar das políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19.

Nessa senda, apesar de o estudo específico sobre a reserva de administração ser desenvolvido por inúmeros doutrinadores brasileiros, ainda não se estudou de forma adequada e necessária o tema sob o viés da interferência indevida da jurisdição no poder das autoridades administrativas. Assim sendo, o postulado da reserva constitucional de jurisdição e da reserva legal de administração pública no debate da hermenêutica constitucional atual revela-se de extrema importância, sobretudo no que diz respeito às últimas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema.

Dessa maneira, a pesquisa tem como objetivo imediato ou específico identificar se os fatores jurídicos destacados na interpretação levada a cabo pelo

1. Como citar esse artigo/How to cite this article: ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. Poder Judiciário e Administração Pública: interferência indevida na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 191-212, out.-dez. 2021. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.19.ena].

Poder Judiciário, reduzindo drasticamente os poderes da Administração Pública, afrontam princípios constitucionais dos direitos fundamentais expressos ou implícitos no Estado Democrático de Direito brasileiro e dissertar sobre o conflito existente entre o postulado da reserva de administração como decorrência lógica da separação de poderes e os poderes de jurisdição.

Por sua vez, os objetivos mediatos ou gerais passam pela investigação de três limites constitucionais materiais à atuação ilegal do Poder Judiciário no enfrentamento da Covid-19, que são os princípios: republicano, do Estado Democrático de Direito, e da separação de poderes, com o exame da exata noção dos postulados da reserva de administração e de jurisdição, especialmente o cotejo analítico necessário entre a jurisprudência, a doutrina e a legislação disciplinadora no Brasil.

Diante disso, a pesquisa tentará responder se o atual processo de aplicação do Direito pelo Poder Judiciário em relação às políticas públicas da Administração Pública de combate à Covid-19 pode ser considerado conflitante com o ordenamento jurídico brasileiro.

A respeito da metodologia para pesquisa e escrita, utilizam-se os métodos bibliográfico, documental e jurisprudencial, com ênfase nas fontes de estudo do Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito. Faz-se a leitura e a análise atenta de inúmeros textos legais, projetos de lei, registros públicos, livros, arquivos, sistemas eletrônicos via internet, jurisprudência, assim como pareceres, dissertações, monografias e artigos da doutrina mais autorizada que criticam, elogiam, regulamentam e certificam a construção e o andamento das políticas públicas de enfrentamento da Covid-19 no plano jurídico, econômico e social.

De mais a mais, tendo em vista o sumário do trabalho, a tese divide-se em introdução, cinco itens e as conclusões. Em fase inicial, faz-se análise dos limites constitucionais materiais. No segundo item, buscar-se-á analisar, especificamente, o princípio republicano como norma jurídica que limita e concede suporte às prerrogativas da atividade jurisdicional e da atividade da Administração Pública. Já o terceiro e quarto itens, dedicam-se aos princípios do Estado Democrático de Direito e da juridicidade para, ao fim, no último ponto, trazer à baila a separação de poderes no texto constitucional de 1988. Conclui-se que os danos causados pela troca de papéis constitucionais causam a paralisia do poder público estatal e tornam a Constituição letra morta.

2. DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS MATERIAIS

Os limites constitucionais materiais são disposições constitucionais gerais que permeiam e fundamentam a validade das demais normas presentes no

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. Poder Judiciário e Administração Pública: interferência indevida na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19.

Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance.

n. 19. ano 5. p. 191-212. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021.

ordenamento jurídico, expressando o ideário e as diretrizes principais de toda a ordem constitucional. São princípios de elevado valor normativo, concretizantes das decisões políticas estruturais do Estado, constituindo verdadeiras garantias aos cidadãos. A compreensão do sentido e o caráter de obrigatoriedade da aplicação das normas jurídicas, pertencentes ao direito constitucional e infraconstitucional, são legitimados e limitados por esses princípios fundamentais.

Ao dissertar, com extrema clareza, sobre a classificação dos princípios constitucionais, Jorge Miranda chama de princípios político-constitucionais o que nós designamos de limites materiais da Lei das Leis e pondera que eles correspondem aos “limites transcendentais do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais refletem, como o nome indica, as grandes marcas e direções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou sejam, as grandes opções e princípios de cada regime” (MIRANDA, 2000, p. 231-233). Gomes Canotilho, do mesmo modo, afirma a existência de princípios políticos constitucionais conformadores. Posteriormente, estabelece os princípios estruturantes, que pertencem à categoria de princípios políticos constitucionais conformadores, como os mais importantes do sistema jurídico. São “as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”. Na sua visão, esses princípios auferem concretização por meio de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno. Adverte que os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios gerais ou especiais, pois sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza. Por fim, ainda pondera que “os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através de suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material” (CANOTILHO, 2002, p. 1157-1159).

É de bom grado ressaltar que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, formulador da disciplina do princípio constitucional do acesso à justiça, é só o primeiro passo a ser dado na interpretação jurídica a respeito da possibilidade ou não da interferência do Poder Judiciário no enfrentamento do combate à pandemia da Covid-19. Não podemos nos prender à literalidade desse princípio para dizer que os princípios político-constitucionais não se aplicam à atividade judicante do magistrado. Nesse ínterim, entende-se a norma jurídica como gênero do qual se diversificam, como espécies, as regras e os princípios jurídicos. Entre os últimos, estão compreendidos os princípios constitucionais e

infraconstitucionais e os princípios gerais do direito. Assim se deve pensar pelo fato de que, ao tentar diversificar princípio de norma, pode-se distanciar da teoria principiológica constitucional e se cometer o deslize de restringir o conceito de normas às regras jurídicas, fugindo-se do verdadeiro sentido de existência dos princípios jurídicos, que é o de ser norma jurídica. Concorde-se, no ponto, com o pensamento de Dworkin de que os princípios e as regras apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira "tudo ou nada". Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida e, nesse caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita; ou não é válida, e aí nada contribui para a decisão. As regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. O sistema jurídico regula esse conflito por meio de alguns critérios normativos, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente e à regra mais específica. Por sua vez, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância quando se inter cruzam. Aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada princípio na hipótese a ser discutida. A dimensão de peso dos princípios não pode ser uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio é mais importante que outro será frequentemente objeto de controvérsia. Nada obstante, essa dimensão é parte integrante do conceito de princípio e faz muito sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é em cada caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Dessa forma, a capital norma jurídica constitucional de livre acesso à justiça não existe sozinha, solta no ar, pois faz parte de um todo harmônico, interligado e coordenado entre si, de onde extrai o respectivo fundamento de sua validade. Adentrando um pouco na teoria geral do direito, observamos que o próprio conceito de norma jurídica é relacional. A norma jurídica só existe e é válida, por exemplo, se guarda congruência com o ordenamento jurídico constitucional a que pertence.

Na investigação aqui discutida, a norma jurídica ordenadora do acesso à justiça, como princípio jurídico pertencente ao contexto do ordenamento jurídico brasileiro, é, sim, limitada e legitimada por outros princípios político-constitucionais fundamentais, a saber: o princípio republicano, o princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da separação de poderes. Eles exercem um papel transformador e dinamizador no sistema jurídico, funcionando como guias gerais imprescindíveis para a interpretação, integração e aplicação do art. 5º, XVIII, do Texto Supremo de 1988.

3. PRINCÍPIO REPUBLICANO

O princípio republicano (art. 1º, *caput*, da CF/88), indubitavelmente, é o mais importante ou uma das mais importantes normas jurídicas que limitam e concedem suporte intangível às prerrogativas constitucionais da atividade judicante e da atividade da Administração Pública.

A constitucionalização da República implica uma série de consequências ao ordenamento jurídico em geral: regras que possam conceder o conteúdo preciso e exato da extensão da tripartição de poder; alternância de poder, resultante da periodicidade e transitoriedade dos cargos políticos; a possibilidade de responsabilização penal, civil, administrativa e política dos gestores públicos, seja agente administrativo ou agente político; que o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário operem levando em conta o interesse público como aspiração de todos e para todos, de maneira legítima, sem discriminações partidárias ou privilégios injurídicos; mecanismos de controle e fiscalização do povo sobre o governo, tanto no campo federal como estadual e municipal; proteção às liberdades públicas, garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana e um conjunto de medidas que possibilite a defesa desses quando desrespeitados; fortalecimento da função pedagógica e educadora dos poderes estatais; atribuir conteúdo e outorgar expressão à moralidade na administração do patrimônio público, entre outras (ESPÍNDOLA, 2003, p. 13-15, 27-28).

Em relação às atividades do Poder Judiciário no combate à pandemia da Covid-19 e a sua interferência nas políticas públicas do Poder Executivo, podem-se extrair postulados basilares, conforme o princípio republicano, conforme se passa a expor.

A existência de políticas públicas no enfrentamento à pandemia da Covid-19 por parte do Poder Executivo deve proporcionar uma maior harmonia e colaboração entre os poderes estatais, impondo ao Poder Judiciário a tarefa de colaborar nas relações com os agentes administrativos, permitindo à Administração Pública uma melhor *performance* nas funções que lhes são expressamente atribuídas pela Constituição.

Por sua vez, a proteção à saúde é de competência comum a todos os entes da federação (art. 23, II, da CF) e, assim, os Chefes do Executivo que têm o direito de participar e decidir de forma justificada, dentro das suas esferas de poder, sobre os critérios de atuação que objetivem combater a crise sanitária e, por consequência, não pode o Poder Judiciário atuar para alterar os parâmetros fundamentais de escolha do Poder Executivo.

Dessa forma, as políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo para garantir o direito à saúde da população são armas de grande eficiência no combate ao

vírus e no cumprimento da Constituição e das leis, mas possibilitam, também, se mal utilizadas, a responsabilização política do gestor público pela população e uma futura responsabilização jurídica penal, administrativa e civil do infrator, que, aqui, sim, deve ser feita e reservada ao Poder Judiciário.

Decerto, as atuações dos poderes estatais no combate à pandemia devem ser pautadas no interesse público ou coletivo e o Poder Executivo, no exercício dos seus poderes, é dono de meios autênticos e eficazes que permitem o desenvolvimento dos seus trabalhos. Contudo, o uso desses meios é o ponto cerne da sua atuação, eis que não ele pode utilizar a sua força para cometer arbitrariedades e discriminações injustas suscetíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Poder Executivo, na assistência à população para o enfrentamento da epidemia do novo coronavírus, não pode infringir os direitos fundamentais dos cidadãos sem a devida justificação e ponderação dos interesses constitucionais contrapostos no caso concreto, devendo garantir as liberdades públicas; pois, caso sejam desrespeitados esses direitos e essas garantias sem a necessária e adequada motivação, seus atos poderão sofrer impugnação ou reparo por ação judicial, por via dos remédios constitucionais do *habeas corpus* ou do mandado de segurança.

Uma das importantes atribuições reservadas ao Poder Executivo é a de educar a sociedade e, como responsável por estabelecer as medidas sanitárias voltadas à proteção da saúde da população, ele tem o dever de contribuir com essa tarefa pedagógica de municiar a população de documentos e informações, proporcionando-se maior conhecimento das soluções médicas disponíveis no combate à Covid-19, o que, em regra, é insindicável pela atuação judicante.

Nessa senda, o Poder Executivo tem importantes instrumentos de combate à disseminação da Covid-19, em virtude de seu poder político-administrativo e de orçamento; mas, ao exercer a função pública de restrição a direitos fundamentais, como a liberdade de trabalho e de culto à religião, deve optar pela solução menos gravosa quando há alternativas que podem ser seguidas para assegurar o direito à saúde dos cidadãos.

Ademais, frisa-se que o Estado republicano, comumente consagrado em nossas constituições como cláusula pétrea, insuscetível de reforma constitucional pelo poder constituinte derivado (art. 90, § 4º, da Constituição de 1981; art. 178, § 5º, do Texto Maior de 1934; art. 217, § 6º, da Constituição de 1946; art. 50, § 1º, da Constituição de 1967; art. 47, § 1º, com a Emenda constitucional 1/1969), foi retirado temporariamente dessa condição de cláusula pétrea na Constituição de 1988 para tornar possível um plebiscito no dia sete de setembro de 1993, que escolheria entre a forma de governo republicana ou monarquia constitucional (art. 2º do ADCT). A nosso juízo, depois do plebiscito e a escolha pela República,

não se pode mais discutir a condição de cláusula pétrea da forma republicana de governo, não podendo ser modificado em virtude de emenda constitucional. E a reserva de atuação do Poder Executivo nas políticas públicas, sendo uma derivação lógica e desenvolvimentista da República, também se torna, depois da escolha definitiva pelo povo, em nossa Constituição de 1988, núcleo intangível de reforma pelo poder constituinte derivado.

4. PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio do Estado Democrático de Direito e a necessária legitimidade do poder como sendo emanado do povo são pilares da nossa constituição (art. 1º, caput e parágrafo único, da CF/88). É a junção dos conceitos de Estado democrático e Estado de direito, formando um único princípio, que se alastra por toda a Lei Maior de 1988. Aparta-se o conceito de Estado democrático do de Estado de direito? Um Estado submisso ao ordenamento jurídico é Estado Democrático de Direito?

A noção de Estado democrático, invariavelmente, possui como um dos seus pressupostos essenciais a supremacia da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo, pertencendo as funções de poder do Estado ao próprio povo, que as exerce por meios diretos ou indiretos, conforme os dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico. Por sua vez, a noção de Estado de direito decorre da submissão do Estado ao ordenamento jurídico, legitimado formal e materialmente pelo povo, isto é, na sua formação e conteúdo; nesse ordenamento vigem os princípios e as regras jurídicas, inclusive os princípios fundamentais da pessoa humana.

Assim, responde-se as questões retrorreferidas da seguinte maneira: não se deve separar o conceito de Estado democrático do de Estado de direito, pois as duas noções que estão umbilicalmente ligadas, devendo o povo legitimar tanto uma como outra. Em outras palavras, é equivocado asseverar simplesmente que um Estado submisso ao ordenamento jurídico é Estado Democrático de Direito, pois seria afirmar a possibilidade, no Estado Democrático de Direito, de submeter-se a qualquer tipo de ordem legalizada pelo poder competente, por exemplo, a de formação e conteúdo autoritário que vise apenas ao interesse particular de um ditador. Todavia, o Estado de direito hoje deve vir superveniente a uma Constituição orientada para os princípios fundamentais da pessoa humana e legitimada pelo povo que fundamentam um Estado democrático.

Nessa senda, a democracia realiza-se, no Brasil, de forma direta e indireta. A configuração indireta verifica-se por meio dos representantes eleitos pelo povo. Em relação ao Poder Executivo são os Chefes do Executivo nas esferas federal,

estadual e municipal. Já a concretização em forma direta, concedendo aplicação imediata à soberania popular, é exercida pelo povo, nos termos da lei constitucional, mediante a ação popular, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (arts. 5º, LXXIII, e 14, I, II, III, respectivamente, da Constituição Federal de 1988).

No caso brasileiro, o único Poder da União e dos estados que não é exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos pelo povo é o Poder Judiciário. No âmbito de poder dos municípios, apenas há Poder Executivo e Poder Legislativo, sem Poder Judiciário criado municipalmente. Dessa forma, as vagas de juízes substitutivos estaduais e federais são originariamente preenchidas por meio de concurso público e não há ingerência direta ou indireta do povo.

Verifica-se, portanto, um verdadeiro déficit democrático na escolha dos juízes brasileiros, que deve sopesar ao decidir e interferir indevidamente na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19 pela Administração Pública. O juiz não deve funcionalmente trabalhar como vacina executiva de todos os males, determinando, por exemplo, o fechamento do comércio sem autorização da política pública implementada pelo Poder Executivo, sob pena de metamorfosear o Poder Judiciário na juridicamente indevida e desprezada rejeição do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que o Estado Democrático de Direito é um princípio político-constitucional fundamental autoaplicável, no qual se encontra, ao derredor do direito vigente desde 1988, diversas normas jurídicas e pressupostos materiais que possibilitam maior visibilidade prática de sua utilização nas discussões do enfrentamento da pandemia e, assim, limitam a atuação e o conteúdo das interpretações do ordenamento jurídico.

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE, A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A RESERVA DE JURISDIÇÃO E DE ADMINISTRAÇÃO

O Estado de direito deve ser necessariamente Estado democrático, conforme a Constituição legitimada pelo povo e obediente aos princípios fundamentais da pessoa humana. Daí por que a legalidade não é a sujeição do poder público às leis em sentido formal, mormente o Poder Judiciário e o Poder Executivo, mas à juridicidade, que é expressão mais correta e representa a verdadeira concepção de direito.

O princípio da legalidade, ou a própria legalidade, é insculpido em várias normas da Constituição, como os seus artigos 5º, II, 37, *caput*, 150, I. O art. 5º, II, regula o direito individual da pessoa humana, que não pode ser coagida a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Combina com o famoso axioma

ontológico de que *tudo que não está proibido está juridicamente facultado*. Os artigos 37, *caput*, e 150, I, disciplinam a conduta estatal que é submissa à lei, equivalendo a dizer que ao Estado *tudo o que não é permitido é juridicamente proibido*.

A nomenclatura legalidade pode levar a ledor engano, pois alguns “administradores de plantão”, ou intérpretes do ordenamento jurídico, podem achar que estão atuando conforme a legalidade, quando agem de acordo com uma simples norma posta no sistema jurídico no plano da existência, sem se perguntar se essa norma é juridicamente válida, isto é, se está em harmonia com os princípios e as regras do próprio ordenamento do qual ela foi retirada. Decerto, a exata compreensão da legalidade implica a atuação do Poder Executivo e do Judiciário, pautada nos termos antevistos em lei e modelados em conformidade com o direito e, sobretudo, com a Constituição vigente. Por conseguinte, o particular é obrigado a observar, em primeiro plano, a norma da Constituição e, em segundo plano, todas as demais normas compatíveis com o Texto Supremo.

O princípio da juridicidade condiz melhor e reflete, com maior exatidão, o conceito de legalidade no Estado Democrático de Direito. A expressão juridicidade não leva a equívoco, nada mais é do que a conformação do poder público e da conduta do intérprete do direito à Constituição e às leis infraconstitucionais válidas e vigentes. Nesse contexto, vislumbram-se a supremacia e a força jurídica vinculante do Texto Supremo. A premissa fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é a hierarquia superior da Constituição e sua consequente localização no topo do sistema normativo, e as demais normas legislativas não podem subsistir validamente sem obedecer ao disposto no texto constitucional.

As constituições podem ser rígidas ou flexíveis. As do primeiro tipo exigem para o seu processo de reforma um procedimento diverso e quórum de votação especial e superior ao quórum exigido no processo de elaboração das leis, enquanto, no segundo, o procedimento e o quórum são semelhantes para a reforma das espécies normativas. A Constituição brasileira é rígida e, portanto, dispõe de força de lei superior a todas as demais normas do sistema jurídico a ela subordinada. Todas as suas normas impõem obrigações jurídicas superiores ou com força normativa superior às demais normas pertencentes ao ordenamento jurídico.

A Constituição não é solicitação, opinião, ilação, pretexto, recomendação, sugestão, conselho ou documento puramente político. Os princípios e as regras contidos no Texto Maior não são meros convites aos interpretadores e aplicadores do direito. Estes não interpretam e aplicam a Constituição quando bem quiserem, ou só quando houver permissão. Suas normas não são programas, mas, sim, normas eficazes. Enfim, a Lei das Leis é obrigação jurídica vinculante tanto para o Executivo, Legislativo, Judiciário, órgãos e servidores públicos como para os particulares.

Nesse contexto, decorrentes do princípio da juridicidade e da Supremacia da Constituição, aparecem imediatamente as discussões sobre a aplicação do postulado da reserva de jurisdição e da reserva legal de administração no ordenamento jurídico brasileiro.

A tese do postulado da reserva constitucional de jurisdição sustenta ser apenas o Poder Judiciário competente para determinadas atribuições, isto é, somente o magistrado teria autoridade para dizer a primeira e a última palavra concernentes à definição de certos direitos previstos especificamente na Constituição. Por exemplo, o STF firmou jurisprudência, no sentido da impossibilidade da busca e apreensão pela CPI sem autorização primeira do Poder Judiciário, com fundamento na reserva de jurisdição.²

Portanto, o postulado da reserva de jurisdição, ou princípio constitucional da reserva de jurisdição, na fundamentação do citado *leading case* e em diversos outros julgamentos posteriores³ no STF, apareceu pela primeira vez como importação da Constituição Portuguesa de 1976 e da doutrina de eminentes constitucionalistas portugueses.⁴

A doutrina portuguesa, abordando o tema do monopólio jurisdicional, distingue-o muito bem em monopólio do juiz quanto à “última palavra” e postulado da reserva de jurisdição quanto à “primeira palavra”. O monopólio da última palavra denota que esteja sempre reservada a última e decisiva palavra aos magistrados, assegurando um processo constitucionalmente justo para a defesa de seus direitos. Porém, o postulado da reserva de jurisdição, ou reserva absoluta de jurisdição, também, significa, mais abrangentemente, que, em certos litígios, cabe ao juiz não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra concernente à fixação do direito aplicável naqueles litígios (CANOTILHO, 2002, p. 661-664).

Nesse diapasão, existe enorme restrição à amplitude e aos limites dos poderes próprios da Administração Pública, sendo predominante, na jurisprudência, que tais poderes não englobam o de decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, como a indisponibilidade de bens, o sequestro, o arresto, a hipoteca judiciária, a proibição de ausentar-se da

2. Trecho do voto proferido no MS-23.639/DF.

3. MS-23.642/DF. Tribunal pleno. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 09.03.2001, p. 103; MS-23.652/DF. Tribunal pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 16.02.2001, p. 92; MS-23.639/DF. Tribunal pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 16.02.2001, p. 91.

4. Todavia, não é unânime o posicionamento da doutrina portuguesa em relação à interpretação do postulado da reserva de jurisdição (FERREIRA, 1999, p. 53).

comarca ou do país e prisões processuais (temporária, preventiva, salvo as hipóteses de flagrante delito).⁵

Sendo assim, essa perspectiva de restrições dos poderes do Poder Executivo deve ser levada igualmente em conta quando da discussão da judicialização das políticas públicas, que pode ser conceituada como o deslocamento da decisão de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, em última instância, para o Poder Judiciário (BARROSO, 2012, p. 6-9).

Sem sombra de dúvidas, uma das características da judicialização é o exorbitante crescimento quantitativo de demandas judiciais sobre temas pertencentes à reserva de administração, o que leva, por conseguinte, a alguns autores afirmarem que não existe espaço vazio interpretativo no texto constitucional (VIEIRA, 2009, p. 74-85).

Assim sendo, Roberto Barroso entende que há uma série de fatores extrajurídicos influenciadores das decisões judiciais, entre os quais se ganha relevo os valores e ideologia dos magistrados, a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública (BARROSO, 2012, p. 30-45).

Logo, a questão da reserva de jurisdição e a sua influência na determinação dos poderes das autoridades administrativas refletem a relação entre o direito, sobretudo o constitucional, e a política, que deveria ser reservada à atuação do Poder Executivo. Nesse rumo, desde muito a distinção entre direito e política é discutida, sendo louvável ao direito que se mantenha a divisão tradicional entre os dois campos (KRAMER, 2004, p. 7). Divisão que, para o Estado Democrático de Direito, é essencial.

Para Roberto Barroso, no mundo real não vigora nem a equiparação nem a separação plena, visualizando-se uma posição eclética entre “o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com crença na existência de um muro divisório entre ambos” (BARROSO, 2012, p. 4). Tal posição é denominada de eclética, ou seja, tenta encontrar um caminho do meio entre o formalismo e o realismo jurídico clássico.

Em outra perspectiva, Sunstein defende o chamado *novo realismo jurídico*, que pretende estudar em larga escala os fatos e resultados – destacando a influência da personalidade do juiz nas decisões, cuja característica principal é entender em amplos aspectos – não só ideológicos, mas também profissionais

5. STF, MS-23.466/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.04.2001, p. 70; STF, MS-23.480-6/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.09.2000, p. 119; STF, MS 23.435/DF, 23.469/DF e 23.471/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, Informativo STF 170.

e institucionais – como se dá a referida influência. Nesse sentido, a questão de maior influência é a ideologia do juiz sobre a decisão. Assim, assevera que alguns doutrinadores identificam o papel limitador do direito em si sobre a tomada de decisão judicial, enquanto outros enfatizam que os valores de comprometimento e a personalidade do juiz têm papel fundamental (SUNSTEIN, 2007).

Portanto, as transformações no pensamento hermenêutico hodierno, tais como as alterações na interpretação da norma jurídica e na posição do Poder Judiciário no cenário político-jurídico, que atua, cada vez mais, indevidamente no espaço da Administração Pública, justificam ilegalmente que cabe ao Poder Judiciário e, não, ao Poder Executivo, tomar decisões de políticas públicas de combate à Covid-19.

Todavia, o postulado da reserva de administração sustenta que compete ao Poder Executivo a primeira palavra em matéria de política pública. Assim, é a Administração Pública que tem a capacidade e a agilidade necessária para tomar as decisões mais ágeis e acertadas para minimizar o impacto da Covid-19 e ajudar na reação da sociedade a uma crise futura similar.

Deve-se despertar a atenção da sociedade brasileira e principalmente dos operadores do direito para o papel altaneiro e grandioso que a Administração Pública desempenha na implementação no mundo fático das respostas dos diversos níveis de atuação estatal e desses com a sociedade no enfrentamento à pandemia.

Nesse rumo, a saúde pública é direito social e dever do Estado, conforme estabelece os arts. 6º e 196, *caput*, da CF/88, que estabelece a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A saúde, então, é garantida pelo Estado mediante repartição de competências administrativas e financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual é responsável pela maioria dos atendimentos realizados.

Portanto, o direito à saúde deve ser classificado como subjetivo, em razão de sua concretização demandar uma atuação estatal, seja por meio da oferta do serviço, seja por meio de ações que permitam aos indivíduos usufruir dos benefícios que a sociedade possui. Dessa maneira, sobre o papel do Poder Judiciário em processos judiciais que invadam políticas públicas sociais e econômicas orientadas para a garantia do direito social à saúde pública, o STF⁶ bem agiu no seguinte caso ao estabelecer a reserva de administração na temática e decidiu, *in verbis*:

6. SL 1321 MC/PI, Medida Cautelar na Suspensão de Liminar, Relator(a): Min. Presidente, Decisão proferida pelo(a): Min. Dias Toffoli, Processo Eletrônico, DJe-117, Publicação no dia 12.05.2020.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. Poder Judiciário e Administração Pública: interferência indevida na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. n. 19, ano 5, p. 191-212, São Paulo, Ed. RT, out./dez. 2021.

“Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir onde e como devem ser implantados leitos hospitalares, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento, notadamente em autos de ação que não se presta a tanto. Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas. Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.”

Decerto, a atuação do Poder Judiciário e sua interferência no poder reservado da Administração Pública possui relação direta com a temática dos sistemas de controle de constitucionalidade dos atos pelo Poder Judiciário e a separação de poderes, influenciando na concepção e análise teórica dos limites e das restrições aos direitos fundamentais. Sem dúvida, no enfrentamento à pandemia de Covid-19 pela Administração Pública, o Poder Judiciário não pode contrariar os direitos do cidadão e aumentar ilegítimamente a sua capacidade de tomada de decisão e execução em temáticas de políticas públicas de saúde reservadas aos agentes do Poder Executivo em épocas de crises sanitárias decorrentes de pandemias. Conclui-se, por conseguinte, que os serviços estatais prestados diretamente pelos órgãos administrativos são de enorme eficiência no combate ao enfrentamento da epidemia e na redução das restrições normativas para que sociedade possa se ajustar com mais presteza às situações momentâneas de crises agudas, sendo que a aplicação e a interpretação adequadas dos seus poderes estatuídos no hodierno texto constitucional importam, num futuro próximo, em verdadeiro avanço para o fortalecimento da independência e harmonia entre os Poderes da República.

6. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A origem da separação de poderes remonta à Antiguidade Clássica. Na Grécia e Roma antiga, já se pensava em axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estado, em contraponto ao despotismo oriental. Todavia, foi na pena de Montesquieu, em 1748, que, posteriormente a Aristóteles e a John Locke, que também estudaram a divisão de competências por meio de órgãos estatais, a separação de poderes foi devidamente teorizada e sistematizada.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, documento de afirmação dos direitos imprescritíveis e inalienáveis da pessoa humana, adotou o pensamento da época, tornando a separação de poderes um modelo do Estado constitucional. Com a evolução histórica, a ideia vitoriosa de Montesquieu foi sofrendo modificações. Novas interpretações foram sendo formuladas para a teoria da separação de poderes, algumas exageradas, que imprimiram moldes excessivamente rígidos, e outras deformadoras, salientando a sua superação (RUSSOMANO, 1984, p. 119-120).

No Estado de direito contemporâneo continua vigorando o preceito "le pouvoir arrête le pouvoir" de que o poder deve frear ou limitar o poder, mas não permanece mais o modelo rígido e absoluto, no qual o Poder Legislativo cria e ab-roga as leis, o Poder Executivo executa as leis vigentes e o Poder Judiciário pune os crimes e julga as questões dos indivíduos de acordo com as leis. Não se cogita mais que um poder só exerça uma função, por exemplo, o Poder Legislativo só legisle.

Persiste, hoje, a ideia de separação constitucional de competências, podendo um órgão estatal desempenhar diversas funções, até mesmo as funções precípua de outros órgãos, basta que a Constituição assim determine, existindo um verdadeiro entrelaçamento de funções. O Texto Maior fixa a função e os limites em que cada órgão estatal deve exercer sua atribuição, não podendo o órgão extrapolar os limites previamente fixados e invadir competência que não lhe foi atribuída. Também não pode a legislação infraconstitucional e o intérprete do direito criar novas competências, caso a Constituição seja rígida como a brasileira, sob pena de ferir o princípio constitucional da separação de poderes.

A doutrina moderna se interessa cada vez menos pela elaboração de uma teoria geral das funções estatais como elemento primordial ou universal do princípio da separação de poderes. Ao fixar qualquer análise sobre a separação de poderes, não se adota mais um método abstrato-dedutivo ou *a priori*, mas, sim, um método normativo-concreto ou *a posteriori*, partindo da partilha de competências constitucionais preestabelecidas para se verificar a conformidade ou desconformidade da tarefa exercida pelo órgão (PIÇARRA, 1989, p. 262-264).

No Brasil, a separação de poderes, erguida à categoria de princípio político-constitucional fundamental, conforme o art. 2º da CF/88, distinguiu três poderes estatais que devem ser independentes e harmônicos entre si, a saber, Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Lei Máxima brasileira adotou o modelo de colaboração ou coordenação de poderes que implica divisão e interdependência dos órgãos de soberania estatal. Na distribuição das funções estatais, verifica-se o controle de um poder em relação ao outro, isto é, os órgãos estatais, embora separados, harmonizam-se num

sistema de freios e contrapesos. Veja-se, a seguir, por exemplo, os tipos de controle pelos quais o Poder Executivo restringe a ação de Judiciário e vice-versa.

Existe ingerência do Judiciário restringindo a ação do Executivo quando:

- a) aprecia lesão ou ameaça a direito provocadas por questões envolvendo atos administrativos, isto é, realiza o controle dos atos administrativos (art. 5º, XXXV c/c art. 37, *caput*); b) concede mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade administrativa; c) julga ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); e) julga ação direta de inconstitucionalidade interventiva, no caso de inobservância dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, c/c art. 36, III) ou na hipótese de recusa à execução de lei federal (art. 34, VI, c/c art. 36, IV); f) processa e julga a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a).

Por sua vez, existe ingerência do Executivo restringindo a ação do Judiciário quando:

- a) adota medidas provisórias, com força de lei (art. 62, *caput*); b) elabora leis delegadas (art. 68, *caput*); c) sanciona, promulga e faz publicar as leis, bem como expede decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV); d) nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, bem como os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 84, XIV e XV).

Os exemplos elucidam o modelo de colaboração ou coordenação de poderes adotado no direito brasileiro, mas fica a pergunta: de que forma é demonstrada a independência entre os poderes no texto constitucional brasileiro?

A independência é revelada de duas maneiras na Constituição. A primeira é o fato de a Constituição ser rígida e que o constituinte originário distribuiu, categoricamente, as competências entre os órgãos de soberania estatal (Legislativo, Executivo, Judiciário), sendo proibido ao legislador infraconstitucional redistribuir ou alterar as competências já estabelecidas na Constituição. Assim, não pode o legislador ordinário legislar dispondo que a atribuição para efetivar as políticas públicas de saúde não é mais do Poder Executivo, mas, sim, do Poder Judiciário.

A segunda é o fato de a Constituição reconhecer garantias e vantagens, bem como impedimentos aos membros que exercem cargos nos órgãos de soberania estatal. Ao Legislativo são reconhecidas imunidades aos parlamentares, como também são estabelecidos impedimentos. Ao Judiciário, são salvaguardadas garantias aos magistrados, bem como vedações de exercer determinadas atividades. No caso do Executivo, a sua independência é reconhecida pelas competências privativas que lhe são atribuídas (art. 84) e pelo cargo de direção superior da

administração pública, que, independentemente de autorização do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, por exemplo, confia ao Presidente da República a direção suprema do braço civil e do braço militar da Nação (TEMER, 2003, p. 123).

Por certo, todo o sistema jurídico constitucional brasileiro é compatível com o princípio da separação de poderes, expresso no art. 2º, *caput* e art. 60, § 4º, III, do texto constitucional, consagrando a independência, a harmonia e a separação de poderes entre os órgãos de soberania estatal. A independência e a harmonia tornam possível a interpenetração de funções, enquanto o princípio da separação de poderes ainda permanece vivo na existência de órgãos governamentais especializados para o cumprimento das funções estatais.

Todas essas premissas são fundamentais para dizer que não se deve afirmar, *a priori*, ou abstratamente, que, conforme o princípio da separação de poderes estampado em nossa constituição, o Poder Judiciário, por exemplo, é órgão competente para decidir a respeito de *lockdown*, quarentena ou isolamento social vertical, mas, sim, partir da situação jurídica concreta e, posteriormente, fazer uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional para analisar cada possibilidade.

Na verdade, analisando-se os casos de enfrentamento à Covid-19, não deve o Poder Judiciário interferir na abertura ou reabertura de estabelecimentos comerciais não incluídos no rol de atividades essenciais por decretos municipais do Prefeito ou estaduais do Governador. A sadia preocupação com o panorama de grave crise sanitária não deve ser motivo suficiente para o juiz interferir nas atividades de competência do Poder Executivo para adotar medidas necessárias à contenção da pandemia de Covid-19.

Nesse diapasão, ao Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo e decretar reabertura de salões de beleza, supermercados, *shopping centers* ou até mesmo suspender barreiras sanitárias, pois o correto constitucionalmente é atuar apenas e tão somente em situações que evidenciem omissão das autoridades públicas competentes, capazes de pôr em risco grave e iminente os direitos dos cidadãos. Em outras palavras, não deve o Poder Judiciário ser o espaço central no qual são tomadas decisões governamentais. Ao afrontar o espaço constitucionalmente reservado ao administrador público, o magistrado está inconstitucionalmente substituindo, por seus próprios critérios de preferência e motivação, a opção constitucionalmente legítima tomada pela autoridade eleita democraticamente para decidir e executar as políticas de combate à Covid-19 da Administração Pública.

Assim sendo, é nos momentos de crise que a Constituição deve mostrar ainda mais a sua força normativa e uma das colunas fundamentais da Constituição é a separação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao Poder

Executivo cabe a atividade e a responsabilidade precípua de definir os parâmetros de isolamento social, e quando o magistrado cruza a fronteira das normas de competência acaba por governar inapropriadamente e, na grande maioria das vezes, leva à inaptidão funcional completa do Estado. Concorde-se com a compreensão do STF no seguinte sentido, *in verbis*:

“O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame de validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.”⁷

Desse modo, há grave ofensa à ordem constitucional na invasão judicial dos domínios de competência privativa do Poder Executivo nos casos de imposição pelo magistrado de distanciamento social ou *lockdown*, quarentena, interrupção de atividades de ensino, de comércio, práticas esportivas, culturais e restrição de circulação de pessoas ou qualquer outro mecanismo de combate ao vírus, subvertendo o jogo constitucional de poderes e transformando o Poder Judiciário em órgão planejador, coordenador e executor de políticas públicas, em substituição à função constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo, o que confirma transgressão grave da separação dos poderes.

Nesse sentido, o enfrentamento da Covid-19, doença perniciosa que surpreendeu o planeta, envolve decisões de política por parte do Poder Executivo que, num ambiente democrático, devem ser tomadas com agilidade, no âmbito de uma estrutura institucional aberta à oitiva de todos os segmentos da sociedade interessados no assunto. A própria ciência está, hoje, a cada dia, num processo árduo de conhecimento paulatino do vírus SARS-Cov-2. Não há unanimidades científicas sobre quase nenhum ponto, e os estudos em todo o mundo se iniciaram, obviamente, somente depois do recente surgimento do vírus.

É nesse contexto, com o acompanhamento diário da evolução da pandemia, em que são verificados avanços, recuos e aprendizados paulatinos, que as

7. ADPF 672-MC-Ref/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 29.10.2020.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. Poder Judiciário e Administração Pública: interferência indevida na capacidade de tomada de decisão e execução de políticas públicas de combate à Covid-19. Revista de Direito Administrativo, 2021, v. 19, n. 1, p. 1-15.

decisões políticas são tomadas. O governo é colocado no centro do problema, enfrentando face a face as questões sanitárias envolvidas durante todo o tempo, literalmente. Eventuais escolhas tidas como equivocadas, desde que não sejam ilícitas, serão politicamente julgadas, a tempo e modo pelo voto popular.

O juiz é o tutor, na democracia, da linguagem normativa do direito posto, e o seu terreno de atuação é o processo judicial, ao qual só as partes e alguns interessados têm acesso. Ao governo e ao Poder Legislativo, que respondem nas urnas, cabem o manejo da linguagem política, exercida no âmbito de instituições abertas à oitiva dos mais diversos interesses. Por mais que o Poder Judiciário esteja imbuído de propósitos nobres, cada Poder deve fazer a sua parte, nos termos constitucionais. Caso contrário, a paralisia é certa. O enfrentamento da crise envolve, politicamente, uma complexidade que não é captável pelo desenho institucional do Poder Judiciário e do processo judicial, traçado na Constituição e nas leis.

7. CONCLUSÃO

O objetivo da tese foi demonstrar que o texto constitucional não autoriza o Poder Judiciário a realizar uma interpretação que mitigue os poderes da Administração Pública no enfrentamento da epidemia e de seus efeitos adversos, sob pena de ferir de morte os princípios constitucionais: Republicano, do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes.

Decerto, ressalta-se que existe um postulado da reserva de administração em matéria de políticas públicas no enfrentamento a pandemias, comando interpretativo fundamentado na Constituição Federal de 1988, que deve ser aplicado adequadamente ao ordenamento jurídico brasileiro com base nos fundamentos teóricos do direito constitucional, mesmo em condições políticas adversas.

Assim sendo, observa-se que existe diferenças entre o discurso político com inúmeras variáveis sanitárias, econômicas, dúvidas científicas e o discurso do Poder Judiciário, que não tem vocação institucional, nem conformação normativa, para tomar decisões governamentais. Logo, o juízo científico do Poder Judiciário não deve prevalecer sobre o juízo do Governador e dos seus auxiliares na área de saúde pública e essa assertiva se ampara na Constituição e nos arranjos institucionais que o texto magno traçou.

A Administração Pública pode adotar medidas voltadas a viabilizar a tentativa de retomada das atividades econômicas, e essas decisões, se forem inadequadas, podem ser revistas pelo próprio Poder Executivo, com a agilidade que se requer das decisões governamentais. Decerto, com foco no interesse público, sobretudo na saúde da população, o Poder Executivo é o competente para adotar todas

as cautelas necessárias para proceder à flexibilização dos decretos que suspendem as atividades econômicas no âmbito local e, por conseguinte, o Poder Judiciário, ao adentrar nessa discussão de outro Poder, do ponto de vista estritamente institucional e constitucional, distancia-se de sua ontologia jurisdicional e transforma-se em um fórum de debates sobre as decisões governamentais de combate à pandemia de fora de sua competência constitucional e organizacional. Esse estado de coisas, prontamente, subverte a ordem pública, em sua dimensão jurídico-constitucional, e faz letra morta o princípio da separação de poderes.

Logo, os danos causados pela troca de papéis constitucionais causa a paralisia do Estado, num quadrante em que os Poderes do Estado, assumindo papéis para os quais não estão vocacionados, seja normativamente, seja até mesmo pela formação de seus membros, entram em conflito e tornam a Constituição letra morta.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÀVILA, Humberto Bergmann *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.l.], n. 21, p. 01-50, jun. 2012. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794]. Acesso em: 23.05.2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: George Salomão Leite (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Jorge. *Regime jurídico dos inquéritos parlamentares*. Coimbra: Almedina, 1999.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Reimpr. Porto Alegre: Safe Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe Editor, 1991.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. II.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MULLER, Friedrich. *Direito-Linguagem-Violência*. Porto Alegre: Safe Editor, 1995.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Safe Editor, 1999.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Sistema Constitucional da Seguridade Social*. Direito tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito. São Paulo: Atlas, 2014.
- STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R. The New Legal Realism. *University of Chicago Law Review*, Forthcoming, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 372, U of Chicago, Public Law Working Paper n. 191. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=1070283]. Acesso em: 23.05.2021.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, José Ribas et al. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, Rio de Janeiro, v. 02, p. 74-85, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O direito das pessoas com Covid-19 e a atuação do ministério público, de Eduardo Cambi e Letícia de Andrade Porto – RT 1028/75-97;
- Requisição administrativa de bens e serviços no contexto da pandemia da Covid-19: do texto normativo à norma de decisão, de Maria Clara Ribeiro Dantas Bezerra e Vladimir da Rocha França – RT 1028/41-56; e
- Requisições e pandemias (Covid-19), de André Luiz dos Santos Nakamura – RT 1031/91-103.