



SISTEMA S: LEI, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E SERVIÇOS CONSTITUCIONAIS NÃO EXCLUSIVOS DE ESTADO

System S: law, legal entity under private law and constitutional services not exclusive to the state

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 18/2021 | p. 97 - 120 | Jul - Set / 2021
DTR\2021\45306

Edvaldo Nilo de Almeida

Pós-Doutorado em Direito Tributário pela UERJ e pelo 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

Resumo: Este artigo tem por objetivo discriminar os elementos do Sistema S, desde sua forma de criação, mediante a edição de lei ou ato normativo equivalente, passando pelo seu objeto, pelo seu regime jurídico híbrido e pela discriminação dos serviços constitucionais não exclusivos de Estado. Decerto, fez-se um esboço sobre os elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos, iniciando-se por sua gênese jurídica, forma de criação das entidades analisadas, bem como os instrumentos legais que podem ser utilizados para tal finalidade e sua organização jurídica. A metodologia consistiu na análise da doutrina e jurisprudência, utilizando-se os métodos bibliográfico e documental, com ênfase nas fontes da Teoria Geral do Direito. Concluiu-se que a conformação jurídica dos serviços sociais autônomos é conferida pelo Estado a partir da lei que cria a entidade. Com relação ao regime jurídico, demonstrou-se que, na relação entre elas e particulares, a regra é a aplicação do regime jurídico de direito privado e das normas internas da própria entidade. Noutra giro, como essas entidades prestam serviços de relevante interesse social a partir de repasse de tributos ou de verba pública por meio de contrato de gestão, elas submetem-se ao rigoroso regime de direito público na relação de controle finalístico que o Estado exerce e nas regras de orçamento. Também evidenciou-se que desempenham serviços sociais, elencados no art. 6º da Constituição Federal, que não são exclusivos do Estado.

Palavras-chave: Serviços Sociais Autônomos – Estado – Administração Pública – Reforma administrativa – Lei

Abstract: This paper aims to discriminate the elements of the S System, from its form of creation, through the publication of a law or equivalent normative act, through its object, its hybrid legal regime and the discrimination of non-exclusive constitutional services of the state. Certainly, an outline was made about the constituent elements of autonomous social services, starting with their legal genesis, the way in which the entities analyzed were created, as well as the legal instruments that can be used for this purpose and their legal organization. The methodology consisted of the analysis of doctrine and jurisprudence, using bibliographic and documentary methods, with emphasis on the sources of the General Theory of Law. It was concluded that the legal conformation of autonomous social services is conferred by the State based on the law that creates the entity. With regard to the legal regime, it was demonstrated that, in the relationship between them and private individuals, the rule is the application of the legal regime of private law and the internal rules of the entity itself. In another round, as these entities provide services of relevant social interest through the transfer of taxes or public funds through a management contract, they are subject to the strict regime of public law in the final control relationship that the State exercises and in budget rules. It was also shown that they perform social services, listed in art. 6 of the Federal Constitution,



which are not exclusive to the State.

Keywords: Autonomous Social Services – State – Public administration – Administrative reform – Law

Para citar este artigo: Almeida, Edvaldo Nilo de. Sistema S: lei, pessoa jurídica de direito privado e serviços constitucionais não exclusivos de Estado. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 18. ano 5. p. 97-120. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Acesse o link para assistir o vídeo do autor comentando o artigo.

Sumário:

1. Introdução - 2. Criação por lei - 3. Pessoas jurídicas de direito privado regidas por normas de direito privado e de direito público - 4. Serviços constitucionais não exclusivos de Estado - 5. Conclusão - 6. Referências

1. Introdução

O presente estudo pretende fazer um esboço sobre os elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos, iniciando-se por sua gênese jurídica, forma de criação das entidades analisadas, bem como os instrumentos legais que podem ser utilizados para tal finalidade e sua organização jurídica. No âmago da análise sobre os elementos que caracterizam as entidades do serviço social autônomo, inclui-se o seu fim social, no qual se examina quais são os direitos sociais passíveis de prestação por essas entidades e, concomitantemente, a sua ponte com o princípio da subsidiariedade no campo das novas alterações legislativas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que trazem a criação e atuação cada vez mais forte de entidades autônomas com finalidades sociais específicas e com subordinação às exigências do bem comum ou social.

Por sua vez, a demonstração da forma de organização jurídica, finalidades e formas de participação da sociedade na busca dos objetivos sociais dos serviços sociais autônomos serve para demonstrar as balizas constitucionais dentro das quais essas entidades devem funcionar e já corroboram os ares de singularidade máxima e de necessidade de classificação autônoma dos serviços sociais autônomos. Nessa senda, ao se analisar que desempenham o serviço autônomo de promoção dos direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, com a normatização forte da denominada constitucionalização social, situa-se as referidas entidades em uma classificação jurídica própria de pessoa jurídica de direito privado.

Assim sendo, com a percepção de que o direito público não se confunde com o direito estatal e que as atividades com fins lucrativos ou econômicos não se confundem com as atividades econômicas no sistema capitalista de produção estabelecido constitucionalmente, desde que respeitada a proteção à livre-iniciativa (arts. 1º, inciso IV, 170, parágrafo único, e 174 da CF (LGL\1988\3)), percebe-se que os serviços sociais autônomos devem dirigir as suas atividades sociais de modo que empreendam atividades econômicas sempre como meio e que o resultado econômico obtido seja obrigatoriamente e integralmente aplicado na sua finalidade social, seguindo-se a premissa constitutiva de não se manter sob a dependência exclusiva de dotações orçamentárias do Estado.

Em seguida, os serviços sociais autônomos devem envidar esforços para obter formas de se manter economicamente saudáveis sem a dependência exclusiva de recursos públicos. Por certo, também, como forma de demonstração da necessidade de uma nova abordagem jurídica, ao se conceituar os serviços sociais autônomos, realiza-se a análise dos serviços constitucionais não exclusivos do Estado, passíveis de desempenho pelas



entidades e, igualmente, as particularidades jurídicas que lhes são próprias. Por certo, o presente estudo servirá para demonstrar a necessidade de alterações legislativas para que se possa estabelecer regras comuns para a prestação de serviços de manifesto interesse social, prestados pelo serviço social autônomo, de forma a se possibilitar que os juristas, ao se depararem com a expressão numa futura reforma administrativa, possam pensar este instituto com a realidade jurídica adequada àquela prevista no regramento constitucional.

2. Criação por lei

Tudo que desponta do plano das ideias ou da imaginação e passa a existir no plano material ou este influencia possui uma origem, uma gênese, algo que lhe dá início ou um momento a partir do qual podemos perceber determinado fenômeno. No Direito, essa origem está ligada umbilicalmente ao momento a partir do qual um instituto passa a existir juridicamente, com a possibilidade de produção de efeitos jurídicos próprios ou de se revelar e influenciar diante um caso concreto, criando-se, portanto, direitos e deveres oriundos de sua existência ou da prática de determinados atos.

Nos países de tradição jurídica fundada no Civil Law, a lei assume o papel de principal fonte do direito e, por conseguinte, de instrumento primordial de criação de institutos jurídicos, tanto que muitas vezes é confundida com o próprio Direito¹. Sobre o ponto, Marta Monaciluni² afirma que o “[...] sistema jurídico é certamente constituído pelas normas legais, embora não se esgote nelas, em relação às quais é apropriado perguntar como são produzidas, em que relação elas se encaixam e em que eventos ou circunstâncias surgem [...]”.

Desse modo, como fonte do direito, a lei é conceituada sob duas perspectivas: formal e material. Do ponto de vista formal, a lei é o resultado do processo legislativo, transcorrido de acordo com os preceitos constitucionalmente estabelecidos, desembocando no texto normativo que é acordado ao final deste processo. Sob o aspecto material, a lei pode ser conceituada como determinação razoável e geral, de modo que garanta a igualdade entre os cidadãos. Diante de tal característica, um texto normativo nacional que crie situação de desequilíbrio social ou alargue a marginalização e promova o bem exclusivo de determinado grupo social não satisfaria, sob o aspecto material, o critério de lei, ainda que seja resultado de um regular processo legislativo e haja satisfação ao critério formal.

Importa destacar, ainda, que como fonte do direito a lei não se confunde com a Constituição. A Constituição estabelece os pilares da sociedade e os fundamentos do Estado, limitando o poder soberano, o exercício dos poderes constituídos e estabelecendo as formas de equilíbrio entre os Poderes e a sociedade civil. Ademais, a Constituição estabelece os regramentos básicos do sistema jurídico-social no qual se insere mediante o estabelecimento de regras e princípios fundamentais que devem ser observados por todos os Poderes do Estado. Sendo assim, embora o constitucionalismo seja um fenômeno recente, as ideias centrais imbuídas em seu conceito permeiam a história ocidental desde o tempo da Antiguidade Clássica, em especial aquelas surgidas na Grécia Antiga, onde pensadores como Aristóteles, Platão e Sócrates formularam ideias até hoje reconhecidas e admiradas.

Por certo, o constitucionalismo possui em sua essência a noção de quebra do poder absoluto, aliado à ideia de supremacia da lei, assim entendida como Estado de Direito, rule of law ou Rechtsstaat³. Segundo ensinamento de Roberto Barroso, embora a palavra constitucionalismo transmita a ideia da existência de uma Constituição, essa associação nem sempre é verdadeira, porquanto existe a possibilidade de os ideais limitadores de poder se fazerem presentes independentemente da existência formal de uma norma escrita, como ocorre no Reino Unido. Por outro lado, existem diversos casos nos quais o texto normativo limitador existe, mas não cumpre com o ideal constitucionalista, como ocorreu nas ditaduras latino-americanas dos últimos 40 anos.



Destarte, não basta a existência de uma ordem jurídica, mas é “[...] preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.”⁴. Nesse sentido, a Constituição legítima atua como instrumento de controle da própria lei, mediante controle de constitucionalidade, estabelecendo os requisitos de validade e os limites do texto normativo infraconstitucional. Saliente-se, assim, que a Constituição, ao estabelecer as determinações jurídicas sobre as quais se fundará o aparato estatal, acaba por adquirir, também, uma importante característica democrática, estabelecendo as formas de interação e colaboração entre as esferas públicas e privadas da sociedade. Ante tais particularidades, tem-se que, ainda que a lei venha a estabelecer limitações formais e materiais ao poder estatal – como ocorre, por exemplo, com as imunidades e as isenções tributárias – as características da Constituição não permitem que sejam confundidas com a lei enquanto fonte do direito.

Nesse rumo, mesmo sendo conhecedor das críticas da ideia da metafórica ou figurativa expressão fontes do direito e da não uniformidade na doutrina no que diz respeito à classificação de leis em sentido material e formal, adota-se a classificação por ser útil em atribuir importância ao conteúdo da lei e facilitar sistematicamente o agrupamento das normas jurídicas em normas essenciais, definidoras da estrutura da sociedade, e, de outra banda, as normas de conjuntura que esmiúçam as normas essenciais em ambiente dinâmico e técnico. Efetuado, desse modo, essas distinções cruciais, impende-se analisar a forma de criação das entidades integrantes dos serviços sociais autônomos atualmente existentes.

Decerto, o serviço social autônomo teve seu início na década de 1940, durante o período final do Governo de Getúlio Vargas e antes do início da redemocratização com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 18 de setembro de 1946. Desse modo, previu-se a existência de quatro entidades, quais sejam: (i) o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), criado em 22 de janeiro de 1942; (ii) o Serviço Social da Indústria (Sesi), criado em 25 de junho de 1946; (iii) o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), criado em 10 de janeiro de 1946 e o (iv) o Serviço Social do Comércio (Sesc), criado em 13 de setembro de 1946. Tais entidades foram criadas por decretos-lei, figura jurídica com força normativa de lei ordinária expedida pelo Chefe do Poder Executivo entre os períodos de 1937 a 1946 e entre os períodos de 1965 a 1988, que a Constituição Federal de 1988 não mais prevê, surgindo-se a medida provisória com diversos requisitos estabelecidos no art. 62 da CF (LGL\1988\3), especialmente a partir da promulgação da Emenda Constitucional 32/2001 (LGL\2001\232).

Nesse rumo, os decretos-lei expedidos pelo Chefe do Poder Executivo entre 1937 a 1946 e entre 1965 a 1988 permanecem em vigor, desde que não revogados por lei posterior de igual ou superior hierarquia ou lei especial. Desse modo, os Decretos-Lei 4.048/1942 (Senai), 9.403/1946 (Sesi), 8.621/1946 (Senac), 9.853/1946 (Sesc), que tratam a respeito de entidades dos serviços sociais autônomos, permanecem em pleno vigor; inclusive, entre as quatro leis citadas, houve a revogação de apenas um dispositivo legal no sistema de normas estabelecido e a inclusão de três dispositivos acrescentando regras novas com a simples renumeração de parágrafos, ou seja, sem a qualquer revogação de norma anterior. Esses fatos são muito importantes para demonstrar a consistência, a preservação, a solidez e a perenidade do arcabouço jurídico das entidades.

Nessa senda, por sua vez, as referidas leis criaram os serviços sociais autônomos e atribuíram às respectivas confederações nacionais a obrigação legal ou encargo legal de organizar e administrar o sistema, dentro da área de atuação de cada uma delas. Por exemplo, o art. 1º do Decreto-Lei 4.048/1942 (LGL\1942\9) estabelece que fica criado o Senai e o art. 3º, do mesmo estatuto legal, dispõe que será organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Assim, a CNI ficou responsável pela organização e direção do Senai, conforme determinação do Decreto-Lei 4.048/1942



(LGL\1942\9) e do Decreto-Lei 4.936/1942 (LGL\1942\8), a mesma situação sobreveio com a Confederação Nacional do Comércio, responsável pelo Senac e o Sesc, além de a CNI ficar responsável pelo Sesi. Em todos os casos, as entidades passaram a existir apenas após a necessária criação legal, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio e receita própria das respectivas confederações e decorrentes do pagamento de tributo na modalidade contribuição dos estabelecimentos industriais e empresariais.

Por outro lado, no que tange a normas infralegais, a lei apenas concedeu a possibilidade de as confederações detalharem em aspectos mais específicos o funcionamento dos serviços sociais autônomos, pois, interpretando-se à luz dos termos do atual art. 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, há necessidade de aprovação do regimento dos serviços pelo Poder Público por meio de decreto regulamentar de competência privativa do Chefe do Poder Executivo e, também, há necessidade de se observar os decretos regulamentares para a fiel execução da lei que porventura o Chefe do Poder Executivo venha a expedir. Tal assertiva, igualmente, comprova-se mediante a simples leitura dos atos normativos que criaram os serviços sociais autônomos acima elencados, condicionando-se as deliberações internas de organização e funcionamento às regras já postas, bem como a aprovação ou ratificação dos posteriores regimentos internos ao Chefe do Poder Executivo. A análise dos textos normativos revela uma incongruência com a posição mais tradicional da doutrina sobre os serviços sociais autônomos, porquanto a posição majoritária se firmou no sentido de que, no início do sistema "S" ou dos denominados "S" tradicionais de antes de 1988, a lei não criava as entidades, mas meramente repassava por simples autorização à iniciativa privada.

Assim sendo, Gonzalez Borges⁵ considera, portanto, que as entidades sociais criadas sob o ordenamento constitucional anterior seriam espécies diversas daquelas implementadas sob o ordenamento jurídico novo implementado com a Constituição Federal de 1988, em razão de um suposto dirigismo legal derivado do fato de as novas entidades integrantes do serviço social autônomo possuírem uma maior participação do Poder Público em sua criação e de que seria uma burla ao sistema de normas constitucionais rígidas da Administração Pública o exercício dessas atividades por particulares. Desse modo, fundando-se no fato de que os primeiros serviços sociais autônomos teriam sido tão-somente autorizados pelo Poder Público e criados pelas confederações, ao passo que aqueles implementados sob a égide da Constituição de 1988 teriam sido instituídos diretamente pelo Poder Público e não possuiriam autonomia necessária de ação, burlava-se, segundo a autora, os princípios e regras constitucionais da Administração Pública, pois, o "novo" serviço social autônomo, prestaria serviço público e deveria continuar sendo atribuição da Administração Pública indireta, entendendo-se pela inconstitucionalidade material e formal dos serviços sociais autônomos desse segundo tipo instituídos após 1988. Leila Cuéllar⁶ compactua com distinção trazida, no sentido de que a forma de instituição dos serviços sociais autônomos, criados, em sua maioria, sob a égide da Constituição Federal de 1946, implicariam em espécie jurídica diversa das instituições criadas depois do texto constitucional de 1988.

Não obstante tais lições, com o devido respeito, o que se interpreta da análise do texto normativo, bem como dos demais dispositivos constantes do decreto-lei que instituiu os serviços sociais autônomos, é que a lei efetivamente os criou e que não existe uma reserva institucional constitucional que estabelece que o Estado apenas pode criar entidades expressamente previstas constitucionalmente. Desse modo, discorda-se da tese, fundamentada nos art. 37, XIX e XX, da CF (LGL\1988\3), que o Estado somente pode criar autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito público e subsidiárias dessas entidades e que, portanto, o Poder Público estaria autorizado constitucionalmente apenas a instituir entes da Administração Pública indireta e que não poderia criar uma entidade de direito privado sem fins lucrativos⁷.

Na verdade, não existe impedimento constitucional. O entendimento de que a criação dos serviços sociais autônomos por lei é decorrente ou alimentada do interesse do



Estado de burlar os controles a que se sujeita a Administração Pública ou ao argumento fático de que o Estado é pior fiscalizador do que prestador de serviço é juridicamente e estatisticamente insustentável. Na verdade, os serviços sociais autônomos federais hoje são as entidades mais fiscalizadas pelo TCU 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 "Sistema S"⁸ e se constatará de fato o tipo de pessoa jurídica mais fiscalizado 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 autônomos⁹. 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, neste 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 recomendações¹⁰.

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 páginas¹¹, tratou-se de levantamento realizado no contexto da solicitação do Congresso Nacional, abrangendo as entidades do Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senar, SESCOOP, Sest, Senat, Sebrae, ABDI e Apex-Brasil, 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"¹².

Por conseguinte, no momento da criação dos serviços sociais autônomos, o Estado no exercício da sua competência legiferante estabeleceu, entre outros elementos, por exemplo, a forma de controle rígido pelos Tribunais de Contas, as finalidades do serviço social autônomo, seus objetivos, organização jurídica, forma de custeio, ente responsável pela arrecadação, destinação de seu produto, isenções tributárias, necessidade de aprovação das normas internas do serviço e do orçamento pelo Chefe do Poder Executivo e a supervisão ministerial. Aos particulares, coube estabelecer as formas de execução destas obrigações e de implementação destes objetivos, os quais ainda tiveram que ser referendados nos casos de antes da Constituição de 1988 pelo Chefe do Poder Executivo da União para poderem ser considerados plenamente válidos. Em face de tais fundamentos, tem-se o quadro jurídico delineado pela legislação para a constatação de que a lei criou os serviços sociais autônomos desde o período anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, deixando para a iniciativa privada apenas a obrigação acessória ou o dever instrumental de estabelecer como seria cumprido aquilo que a lei já verdadeiramente esmiuçou.

Nessa seara, o que se constata é a inexistência de divergência da forma jurídica adotada para a criação dos serviços sociais autônomos, isto é, todas as entidades, independentemente da época e da Constituição vigente quando de sua implementação,



foram criadas por meio de lei; inclusive, o art. 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT (LGL\1988\31)) corrobora com tal compreensão. Desse modo, a diferença normativa existente entre o serviço social autônomo implementado antes da Constituição Federal de 1988 daqueles que foram instituídos em tempos mais recentes é que nos modelos mais recentes a lei não concedeu à iniciativa privada a prerrogativa de regulamentar e decidir de modo mais esmiuçado o funcionamento das entidades, preferindo o legislador definir, desde o momento da criação do respectivo serviço social autônomo, a forma de seu funcionamento.

Em outras palavras, em vez de autorizar o particular a instituir entidade privada para prestação de serviço social autônomo relevante, preferiu o legislador autorizar o próprio Poder Público a criar o referido serviço, de forma direta e sem a necessidade de posterior validação do resultado das deliberações particulares pelo Poder Público. Saliente-se que a validação do regulamento pelo Poder Público decorre da própria estrutura do ordenamento jurídico nacional o qual exige, para validade dos decretos e regulamentos para fiel execução da lei, que estes sejam produzidos por pessoa jurídica de caráter público, inserida dentro da esfera de atuação do Poder Executivo. Nesse sentido, extrai-se o entendimento de que pouco importa o ente responsável pela elaboração do regulamento da entidade integrante do serviço social autônomo, se particular ou privado, porquanto o resultado final será sempre o mesmo: a norma final regulamentadora terá que ser aprovada por ente integrante do Poder Executivo, o qual se encontra encarregado de validar as disposições do regulamento, aprová-lo e, ao final, publicar a norma, possibilitando-se que passe a produzir seus necessários efeitos jurídicos.

Desse modo, a dicotomia normativa identificada na doutrina anteriormente transcrita, revela apenas uma aparente divergência no ente responsável pela criação, porquanto o resultado finalístico se revela idêntico em ambos os casos: todas as entidades integrantes do serviço social autônomo são criadas por ato legislativo, independentemente do grau de participação de entidades privadas na elaboração do regulamento. Nessa linha, a lei que cria o serviço social autônomo não é lei de natureza autorizativa que tem por cerne autorizar, indicar ou sugerir a faculdade de uma pessoa jurídica de direito de direito privado instituir ou não o serviço social, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, mas sim lei impositiva que ordena, impõe e introduz no ordenamento jurídico normas jurídicas criadoras de direito novo, isto é, a lei que institui o serviço social autônomo cria direitos e impõe obrigações jurídicas, inclusive tributárias, e não fica na dependência ou afetação de novos atos jurídicos para lograr efetividade.

Ainda, sobre a forma de criação dos serviços sociais autônomos, já era o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, de que os serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei¹³. Ou mesmo discordando dessa compreensão, Themistocles Brandão Cavalcanti, ao comentar o art. 1º do Decreto-lei 9.853/1946, que criou o SESC, afirma “Como, porém, a palavra instituição, pode ter um sentido mais genérico, não ofende o preceito legal a interpretação que atribui ao Decreto-lei 9.853, a origem dessa organização [...]”¹⁴. Logo, com o devido respeito ao posicionamento contrário, verifica-se que não há dúvidas acerca da forma de criação das entidades do serviço social autônomo, obtendo-se da análise realizada a constatação de que todas estas entidades têm, como ato jurídico justificador de sua existência, o fundamento e o dever de aumentar a eficácia da prestação de direitos fundamentais sociais e dar concretude à força normativa da Constituição.

3. Pessoas jurídicas de direito privado regidas por normas de direito privado e de direito público

Verificada a existência da primeira característica comum às entidades integrantes dos serviços sociais autônomos, qual seja: a necessidade de sua criação por intermédio de lei, passa-se a análise da forma como essas entidades, criadas por lei, são organizadas. Ab initio, sobre a dicotomia do direito em público e privado, tem-se que a distinção é



uma característica mais marcante nos países de tradição jurídica ligada ao sistema romano-germânico do que naqueles que organizam seus sistemas com base no common law. Contudo, por exemplo, mesmo no Direito Constitucional americano, o conceito de esfera privada como área que deve estar livre da intervenção estatal ainda é forte, com raízes no conceito individualista de liberdade¹⁵.

Ressalta-se compreensão importante de Peter Häberle, no sentido de que na era do Estado prestacional de direitos fundamentais sociais é, especialmente, o Estado de tarefas crescentes que dirige, planeja, conduz, redistribui recursos financeiros, subvenciona e programa, encontrando-se em todos os níveis de atividades legislativa, executiva e administrativa e com tarefas comuns assumidas pelo Estado, pela sociedade e em formas de cooperação¹⁶. Desse modo, apesar da dualidade clássica do direito sofrer duras críticas, em face do atual constitucionalismo social e da força normativa vinculante da Constituição em todas as esferas do direito privado, Roberto Barroso acertadamente entende que a distinção possui uma utilidade didática relevante, razão pela qual esta divisão deve ser mantida, isto é, “[...] sem embargos das resistências ideológicas, dificuldades teóricas e críticas diversas, tem base científica sustentável e é de utilidade pública [...]”¹⁷. Além do mais, vale a advertência de Hila Shamir “[...] se não há distinção entre direito público e direito privado, o que o direito tem a oferecer além da política? [...]”¹⁸.

Nessa senda, contribui ao debate a constatação histórica e precisa de Xingzhong Yu, ao dissertar sobre a divisão de direito público e direito privado na teoria e na prática do desenvolvimento do direito chinês, afirmando-se que, nos anos em que a distinção era incipiente, o sistema jurídico funcionou apenas como ferramenta política para o governo central, ou seja, a tarefa do sistema jurídico chinês era apenas servir o Estado, com poderes públicos muito fortes e direitos privados quase que inexistentes, sem garantias efetivas de direitos individuais, tais como direitos da pessoa jurídica de direito privado (empresas e corporações) e direito de propriedade privada¹⁹. De fato, o exemplo chinês demonstra claramente que a divisão contribuiu para o desenvolvimento jurídico e econômico do sistema desde a reforma. Portanto, acredita-se que a distinção entre os regimes de direito público e de direito privado deve ser procurada nas normas jurídicas e, assim, os serviços sociais autônomos prestam serviço de relevante interesse público, razão pela qual o ordenamento jurídico lhes concede incentivos e praticam verdadeiras atividades administrativas em cooperação com o Poder Público, não obstante serem pessoas jurídicas de direito privado e não integrarem a Administração Pública direta ou indireta.

Tal assertiva é comprovada, por exemplo, mediante a interpretação dos atos normativos dos serviços sociais autônomos federais. Com efeito, verifica-se, igualmente, a existência de expressa menção ao fato de que são pessoas jurídicas de direito privado, a saber: (i) Senai (art. 2º do Decreto-Lei 4.048/1942 (LGL\1942\9) c/c arts. 3º e 4º do Decreto 494/1962); (ii) Sesi (art. 2º do Decreto-Lei 9.403/1946); (iii) Senac (art. 4º do Decreto 61.843/1967 (LGL\1967\77)); (iv) Sesc (art. 2º do Decreto-Lei 9.853/1946); (v) Senar (Art. 1º do Decreto 566/1992 (LGL\1992\5)); (vi) Sest e Senat (Art. 1º da Lei 8706/1993 (LGL\1993\60)); (vii) SESCOOP (art.8º da Medida Provisória 2168-40); (viii) Apex (Art. 1º da Lei 10.668/2003 (LGL\2003\512)); (ix) Abdi (Art. 1º, §1º, da Lei 11.080/2004 (LGL\2004\2878)); (x) Anater (art. 1º, § 1º, da Lei 12.897/2013 (LGL\2013\12445)); (xi) Sarah (art. 1º da Lei 8.246/1991); (xii) Adaps (art. 6º da Lei 13.958/2019 (LGL\2019\12325)); (xiii) Embratur (art. 4º da Medida Provisória 907/2019 (LGL\2019\10820)). Noutro ponto, constatando-se serem entidades organizadas como pessoas jurídicas de direito privado, precisa-se analisar a natureza das normas jurídicas aplicáveis nas relações jurídicas com os particulares e o Estado, tendo-se em conta alguns critérios.

Nesta tese, utilizam-se os ensinamentos de Roberto Barroso, para quem a distinção sobre em qual esfera do direito se situa determinada relação jurídica pode ser determinada mediante a investigação de três fatores em conjunto, a saber: (i) os sujeitos; (ii) o objeto; e, (iii) a natureza da relação, com a observação de que esses



requisitos necessitam de complementação recíproca²⁰. Tomando como base a classificação, faz-se obrigatório tomar como base, primeiramente, qual a relação jurídica existente entre o serviço social autônomo e o Estado ou particular e quais normas jurídicas se aplicam.

Observa-se, desse modo, que quando os sujeitos da relação jurídica são o serviço social autônomo e o Estado, aplicam-se as normas de direito público. Já quando os sujeitos da relação jurídica são o serviço social autônomo e o particular, aplicam-se, em regra, para a prática de atos e contratos, o regime de direito privado e as disposições especiais privadas de seu regulamento interno, desde que observem por óbvio a lei de sua criação e, se for o caso de existência, os decretos e os regulamentos do Chefe do Poder Executivo para fiel execução da lei de criação. Porém, muitas vezes, tomando-se em conta o objeto ou conteúdo da relação jurídica, aplicar-se-á as normas de direito público, eis que o serviço social autônomo tem por finalidade institucional a execução de atividades de alto significado social. Por exemplo, como aconteceu na proibição pelo TCU da contratação de serviço social autônomo para prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais aos Correios²¹.

Desse modo, o fim social ou conteúdo da relação jurídica pode estabelecer que as normas de direito público sejam aplicáveis aos serviços sociais autônomos. Sendo assim, impende-se por expressa disposição constitucional que todos os serviços sociais foram criados para prestar serviços de relevante interesse social, nos diversos segmentos nos quais atuam e, apesar de serem declaradamente pessoas jurídicas de direito privado e com respeito a sua autonomia privada, devem se sujeitar a fiscalização de controle finalístico permanente dos respectivos controles internos, Tribunais de Contas e do Ministério Público, com a necessária responsabilização pelos recursos públicos que recebem e o respeito ao princípio maior da isonomia constitucional.

De mais a mais, quanto à natureza jurídica da relação, em regra, não deve existir o exercício do poder de imperium na atividade. Os dirigentes e empregados investidos na missão de trabalhar nos serviços sociais autônomos, após a criação da entidade e da determinação de suas características, incluindo forma de financiamento e objeto social, passam a objetivar em conjunto com o próprio Estado o dever de concretizar o direito fundamental social estabelecido no marco da sua criação por meio de permanente colaboração de pessoas privadas sejam físicas ou jurídicas. Assim sendo, o não uso do jus imperium corrobora no conceito moderno de assistência social que não é um modelo assistencialista paternalista ou tutelador máximo, mas sim subsidiário, expressão da liberdade e da autonomia de vontade, buscando-se tirar da condição de necessitado ou de carente aquele que se encontra nessa condição e oferecendo oportunidade e liberdade de atuação não necessariamente gratuita e sim com responsabilidades emancipatórias, ou seja, orientando-se sempre no sentido de tornar o ajudado livre e independente de atuação estatal. De fato, tais características remodeladas do serviço social autônomo necessitam de um ordenamento menos impositivo, no sentido de uma menor sujeição da entidade e dos particulares às prerrogativas que são conferidas ao Estado, passando-se, na realidade, à assunção de um papel de coordenação e colaboração por meio do qual Estado e setor privado busquem em conjunto ou isoladamente efetivar os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Nesse sentido, vejam-se pareceres bem acertados do Deputado Federal Elvino Bohn Gass, na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados e do Senador José Pimentel na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal ao votarem favoravelmente à criação pelo Poder Executivo Federal do serviço social autônomo da Anater, destacando-se a observância dos princípios administrativos e, na organização, na administração e na execução do serviço social, o importantíssimo rito horizontal, participativo, integrado e fiscalizado das relações entre o Poder Público, o serviço social autônomo instituído e a sociedade²². Por certo, deve-se compreender que as antigas e, sobretudo, as novas legislações de criação



de entidades devem observância das normas de direito privado com as atenuações das normas de direito público no que tange à fiscalização, processos de contratação de serviços ou de aquisição de bens de qualquer natureza e processo seletivo de contratação de pessoal. Observar normas de direito público não quer dizer seguir o rito da Administração Pública direta e indireta, mas sim observar os princípios administrativos derivados da isonomia constitucional, especialmente, a publicidade, a impessoalidade e a moralidade, com ênfase na fiscalização do órgão de controle na destinação dos recursos financiadores do serviço social autônomo e na avaliação positiva ou não dos resultados alcançados na gestão dos recursos públicos.

Destarte, tem-se que analisando a relação das entidades integrantes do serviço social autônomo com o Estado e com os particulares, deve-se guiar muito mais pela liberdade e autonomia de vontade com responsabilidade no controle da isonomia constitucional na destinação dos recursos institucionais e a avaliação do resultado da gestão dos serviços sociais, os quais as leis de criação determinam o cumprimento de escopos previamente definidos na concretização dos direitos fundamentais sociais almejado e a fiscalização interna e externa do retorno obtido para a população com a aplicação dos recursos repassados. Portanto, em virtude das peculiaridades de sua atuação, em especial pelo fato de terem sido as referidas entidades criadas por lei e de exercerem atividade considerada de relevante interesse social, impende-se que a relação destas entidades com o Estado e com as pessoas privadas faça-se com normas de características marcadamente de direito privado e, por exercerem isoladamente ou em conjunto como Poder Público parcelas da atividade administrativa, haja necessidade de observância dos princípios constitucionais decorrentes da isonomia e controle público finalístico.

4. Serviços constitucionais não exclusivos de Estado

A ideia de direitos sociais remonta aos primórdios do capitalismo industrial, quando vigorava a ideia de que as relações sociais deveriam ser estabelecidas com base no princípio da autonomia da vontade e do respeito à propriedade privada como principais instrumentos de balizamento das relações econômicas. A autonomia da vontade conferia ampla liberdade para contratar e, uma vez assumida a obrigação, as partes ficavam obrigadas a honrar os termos do acordado. Esse foco extremado na liberdade acabou por gerar um paradoxo, no qual a garantia de liberdade servia para retirar tal direito da parcela mais economicamente vulnerável da população, em favor daqueles que detinham o poderio econômico. Como essa parcela da sociedade estava interessada apenas no resultado financeiro dessas relações, em especial as de trabalho, não havia preocupação com a remuneração e as condições de trabalho dos indivíduos que ocupavam o polo mais frágil da relação de trabalho. Restou clara a incapacidade do Estado liberal de prover o bem-estar social e a convivência pacífica entre os seus integrantes, razão pela qual se iniciou um processo de luta social, que propiciou o surgimento de normas de proteção aos trabalhadores que acabou por formar um conjunto mínimo de direitos que deveria ser estendido a todos os trabalhadores.

A partir dessa nova perspectiva, houve uma ampliação dos direitos sociais, com uma busca por sua efetivação e positivação no âmbito interno das nações e no plano internacional, por meio de tratados e declarações. Criou-se, desse modo, uma nova ideia de Estado, não mais absenteísta, mas atuante e dirigente, na tentativa de buscar a concretização dos direitos reservados à sua população. Deu-se a este modelo o nome de Estado de Bem-Estar Social ou de Estado Social. As garantias desse novo modelo estatal abrangem: (i) o sufrágio universal e direto no estado plúrimo; (ii) pluralismo político com diversos partidos com projetos para a sociedade; (iii) ampla liberdade econômica com a presença de múltiplos sindicatos disputando a representação das diversas categorias econômicas e produtivas; (iv) liberdade cultural e liberdade de ensino, direito de criar escolas e universidades e liberdade científica e artística; (v) liberdade religiosa com liberdade a todas as denominações religiosas; (vi) rigidez constitucional como forma de garantia dos princípios e interesses; (vii) princípio da legalidade vinculando a legislação de acordo com a Constituição; (viii) balanceamento contínuo dos valores e interesses garantidos pela constituição pelas cortes constitucionais, em especial a ênfase



na defesa de direitos de novas gerações; (ix) direitos sociais de forma a possibilitar a todos os cidadãos a participação na vida política e econômica da nação; e a (x) separação dos poderes, dotada de nova competência em face da maior intervenção do Estado na sociedade²³.

Contudo, o modelo do Estado Social esbarrou em dificuldades em face das transformações da sociedade e da incapacidade do Poder Público de prover todas as necessidades dos indivíduos, razão pela qual o modelo de Estado foi sendo paulatinamente alterado de forma a se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos sem, contudo, impedir o livre exercício da iniciativa privada e da livre concorrência, necessária à exploração econômica existente no modelo capitalista. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, adotou esse novo modelo, por meio de seus arts. 1º, inciso IV, 170 e 174, conferindo o protagonismo na exploração econômica à iniciativa privada e ao Estado a incumbência de atuar como agente normativo e regulador dessa atividade, isto é, responsável pela fiscalização, planejamento, incentivo e ordenador da atuação dos agentes econômicos privados.

Já a atuação direta do Estado na economia, produzindo bens e prestando serviços, por outro lado, ocorre mediante concorrência com a iniciativa privada ou por meio de monopólio, realizando-se em caráter complementar, restrito aos casos em que a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo justifiquem a atuação do Estado na economia. Ainda, sempre que o Estado exercer atividade econômica por meio de empresa estatal, deverá se submeter às mesmas regras de direito privado aplicáveis às empresas privadas, inclusive no tocante à tributação e aos privilégios fiscais. Se a empresa estatal prestar serviço público, submeter-se-á ao disposto no art. 175 da Constituição Federal, atuando diretamente ou como permissionária ou concessionária desse serviço público.

Resta claro que a normatização constitucional deu preferência ao regime privado na exploração das atividades econômicas, devendo o Estado atuar de forma subsidiária e agir apenas quando não houver interesse privado ou não for viável sua exploração pela iniciativa privada. A determinação da atuação subsidiária do Estado, desse modo, permite que a iniciativa privada assumam parte de suas atribuições em cooperação com o ente público com o objetivo de concretizar os direitos sociais e sem almejar o lucro. Por sua vez, os objetivos do Plano Nacional de Desestatização, criado pela Lei 9.491/1997 (LGL\1997\84), reconheceu igualmente a necessidade de se reduzir a presença indevida do Estado na economia, permitindo-o focar nas áreas nas quais a Administração Pública é prioritária e fundamental para se atingir os objetivos nacionais. Nesse sentido, tem-se que a atuação estatal na economia e na prestação de serviços, ainda que públicos, deve se pautar pelo princípio da atuação residual, secundária e subsidiária, intervindo apenas quando necessário para garantia dos interesses da sociedade ou quando não haja interesse do setor privado em uma determinada atividade.

No caso brasileiro, além dos princípios constitucionais que determinam a subsidiariedade na atuação estatal, existe uma série de razões fáticas a justificar a limitação da atuação estatal. A ingerência do Estado, em suas diversas divisões políticas, não é fenômeno recente e deriva de um passado político em que as estatais eram utilizadas com o fim de apoiar uma política paternalista com indicações não técnicas para os quadros dessas empresas estatais. As consequências desta realidade são de conhecimento geral da sociedade, a qual assiste há vários anos aos desdobramentos do que a interferência política nas estatais é capaz de causar ao Estado²⁴, como se verifica em casos de notório conhecimento público em Companhias de Docas²⁴, por exemplo.

Justamente em razão dessa realidade é que o Poder Executivo Federal vem acentuando, desde 2016, seu programa de desestatização, por meio de programas de delegações e desinvestimentos, pautando suas decisões em decisões governamentais e de gestão destas empresas. Com base nesta análise, verifica-se que sobejam razões normativas e fáticas para que o Estado mantenha sua atuação restrita às hipóteses nas quais a sua atuação seja estritamente necessária constitucionalmente. Por conseguinte, nos casos



em que sua atuação não seja constitucionalmente necessária, deve o Estado se abster de intervir no domínio econômico ou, caso já se encontre em situação de intervenção, retirar sua participação direta, mediante estratégias de privatização.

Em face disso, para que se possa verificar a amplitude sobre a qual pode recair a transferência de responsabilização para a sociedade de uma determinada tarefa, é necessário verificar-se qual é a "missão" que está sendo repassada à iniciativa privada. Do mesmo modo, revela-se necessário que a referida incumbência possua natureza pública, porquanto não há que se falar em transferência para a esfera privada (privatização) de uma atividade que não seja pública. Pela mesma razão, para que a referida transferência possa ser concretizada, é necessário que a atividade a ser repassada à iniciativa privada possa ser constitucionalmente por esta assumida.

Para a verificação da possibilidade desta última hipótese, em decorrência da supremacia exercida pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, faz-se necessário observar as limitações que seu texto exhibe sobre a oferta de serviços públicos pelo ente estatal. A Constituição não é mera carta de intenções puramente política ou normas dotadas de meros programas, seu texto não se limita a fazer sugestões ou convites a seus intérpretes e aplicadores, mas sim obrigações cogentes que vinculam tanto os particulares como os Poderes, órgãos estatais e servidores públicos. As normas constitucionais, dessa forma, vinculam a todos, independentemente da sua posição no extrato social ou dentro da organização do Estado, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado. Por conseguinte, conquanto possa haver norma legal instituidora de entidade de serviço social autônomo determinando a transferência de um determinado serviço estatal para a esfera de competência de entidade do sistema social autônomo, faz-se necessária a verificação da adequação do texto legal às disposições constitucionais vigentes sobre as competências do Poder Público.

As atividades estatais indelegáveis ou exclusivas do Estado, são abordadas em vários dispositivos do texto constitucional, exempli gratia, as atividades diplomáticas, as quais incluem o relacionamento com os atores de Direito Internacional, a declaração de guerra e a celebração de paz. Em julgamento, o STF já se pronunciou no sentido de também serem indelegáveis as atividades de Justiça, de segurança, de fiscalização de tributos, bem como a administração das verbas estatais, conforme se verifica na ADI 1.864/PR.

Nesse julgamento, a Suprema Corte foi provocada a se pronunciar acerca da legalidade da criação do serviço social autônomo, no âmbito do Estado do Paraná, denominado de Paranaeducação e responsável pela administração do ensino público no Estado do Paraná. No curso de seu voto, o Min. Joaquim Barbosa²⁵, não obstante tenha entendido pela constitucionalidade da prestação dos serviços de educação do Estado do Paraná por ser entidade integrante do serviço social autônomo, não isentou de críticas o diploma legislativo impugnado, corroborando a assertiva de que as funções previstas como indelegáveis na Constituição não podem ser repassadas a entidades privadas. Desse modo, destaca devidamente como indelegáveis as atividades estatais da justiça, segurança pública, fiscalização de tributos e a diplomacia. Sendo assim, apropriadamente reconheceu que a atuação de entidades privadas pode se dar sempre que o serviço não for de prestação exclusiva de Estado, pois, nesse último caso, não pode o Estado delegar sua prestação a outrem, tampouco renunciar ao direito de prestar o serviço, por se tratar de obrigações constitucionais a serem cumpridas pelo Estado em favor dos particulares.

Nesse ponto, as principais competências exclusivas da União se encontram previstas no art. 21 da Constituição Federal, que, interpretadas em conjunto, com outros dispositivos constitucionais, constata-se o tema de diversas competências administrativas federais indelegáveis, ou seja, que devem ser prestadas diretamente pela União. Estas podem ser agrupados nos seguintes grupos: (i) atuação internacional (art. 21, incisos I e II); (ii) preservação da integridade e segurança nacional (art. 21, incisos III, IV, VI e XXII); (iii) disciplina em situações excepcionais (art. 21, inciso V); (iv) atividades de uniformidade nacional (art. 21, incisos VII, X, XIX e XXII; art. 164); (v) fiscalização



federal (art. 21, incisos VIII, XIV, XV, XVI, XXV); (vi) planejamento nacional (art. 21, incisos IX, XVIII, XX; art. 174, § 1º; art. 184; art. 214); (vii) responsabilidade pelo Distrito Federal e pelos Territórios (art. 21, incisos XIII e XIV); (viii) anistia (art. 21, inciso XVII).

Os Estados-membros, por sua vez, detêm competência residual, sendo-lhes permitido atuar onde não haja competência exclusiva dos demais entes federados (art. 25, § 1º, da Constituição Federal). No ponto, o texto constitucional deve ser interpretado conforme o entendimento coerente do STF, firmado quando do julgamento da ADI 845, por meio do qual se reconheceu que a competência dos Estados é realizada por exclusão, com competência para tratar das matérias que não lhes sejam “[...] vedadas pela Constituição, nem estiverem contidas entre as competências da União ou dos Municípios²⁶”. A competência dos Estados-membros, também, deve ficar restrita ao caráter regional, critério que deve ser observado, por exemplo, quando da divisão das competências para legislar sobre o transporte coletivo, tendo a Constituição Federal limitado a competência estadual para legislar sobre o transporte intermunicipal, ao passo que o transporte urbano ficou sob a competência dos municípios. Como o transporte local configura interesse do Município e o transporte regional configura interesse regional, foi a competência repartida dentro desses parâmetros. Portanto, a organização dos serviços públicos de interesse regional, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, são de competência exclusiva dos Estados-membros, mas a prestação pode ser feita diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Por fim, aos Municípios é concedida a competência prevista no art. 30 da Constituição Federal que lhe atribui, entre outras, o poder de legislar sobre normas de interesse local, serviços públicos locais, inclusive de transporte coletivo, promover o ordenamento territorial e a proteção do patrimônio histórico-cultural local. Desse modo, a Constituição é o arcabouço normativo para se considerar sobre a possibilidade ou não de exercício de funções estatais por parte dos particulares. Em outros termos, não sendo permitida a transferência da atividade para fora do Estado, tem-se a constatação da impossibilidade de delegação da referida atividade e seria inconstitucional, por exemplo, a criação de uma entidade integrante do serviço social autônomo que tivesse por objeto a prestação de serviços diplomáticos ou a garantia da soberania nacional, por não ser serviço social fundado no art. 6º da Constituição e, ainda, tratar-se de atuações típicas de Estado e, portanto, indelegáveis. Ademais, em se tratando de atividade que o texto constitucional permita a prestação por parte de pessoa jurídica de direito privado, há que se ponderar se a atividade delegada pertence ao rol de competências do ente delegante, porquanto não cabe ao ente federativo transferir competência que não possui. Nesse contexto, seria inconstitucional a criação, pelo Estado, de uma entidade do serviço social autônomo que se dedicasse a prestar serviço de transporte municipal, ante sua incompetência para tanto.

5. Conclusão

O presente texto buscou discriminar os elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos, desde sua forma de criação, mediante a edição de lei ou ato normativo equivalente, passando pelo seu objeto, pelo seu regime jurídico híbrido e pela discriminação dos serviços constitucionais não exclusivos de estado. A partir da estrutura dos serviços sociais autônomos federais existentes, constatou-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), uma vez que não são associações, fundações, partidos políticos, sociedades simples ou empresárias e não possuem sócios ou associados.

Verificou-se que a conformação jurídica dos serviços sociais autônomos é conferida pelo Estado a partir da lei que cria a entidade. Ressaltou-se, nesse contexto, que a própria lei, ou ato normativo equivalente à lei ordinária, efetivamente, faz nascer o serviço social autônomo. Com relação ao regime jurídico a que se submetem as entidades do sistema



“S”, demonstrou-se que, na relação entre elas e particulares, a regra é a aplicação do regime jurídico de direito privado e das normas internas da própria entidade. Noutro giro, como essas entidades prestam serviços de relevante interesse social a partir de repasse de tributos ou de verba pública por meio de contrato de gestão, elas submetem-se ao 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.

Também foi demonstrado que um dos elementos constitutivos fundamentais das entidades que compõem o sistema “S” é que elas desempenham serviços sociais, elencados no art. 6º da Constituição Federal, que não são exclusivos do Estado. Esse objeto comum dos serviços sociais autônomos evidencia o propósito de sua criação, desde sua origem, na década de 1940, que é 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, da Constituição).

Do mesmo modo, a definição dos serviços sociais autônomos são entidades que prestam serviços sociais não exclusivos do Estado e não podem exercer atividades para o desenvolvimento de atividade puramente administrativa, típica do Estado. Nesse contexto, demonstrou-se que os serviços sociais autônomos não podem assumir serviços exclusivos do Estado (ADI 1.864-9/PR), em especial, aqueles relacionados às atividades estatais da justiça, segurança pública, fiscalização de tributos e diplomacia. De outro lado, tem-se que os serviços de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, todos insertos no caput do art. 6º da Constituição Federal, são passíveis de execução pela iniciativa privada, com base no próprio texto constitucional.

Evidenciou-se, ainda, que, em se tratando de limitação estatal a atividades econômicas exercidas pelo setor privado, tem-se que a inexistência de limitação constitucional ao seu exercício pelo setor privado implica em autorização tácita para a exploração da atividade em razão da aplicação do postulado de direito segundo o qual aos particulares é permitido praticar todos os atos que não lhes sejam vedados. Tem-se, portanto, que o repasse da tarefa de concretização dos direitos sociais por entidades privadas como os serviços sociais autônomos não encontra óbice constitucional, desde que a atividade privada não seja exercida sobre a parcela da atividade estatal que, por força da normatividade constitucional, deve ser exercida única e exclusivamente pelo Estado.

6. Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do Direito. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BORGES, Alice Gonzalez. Serviços Sociais Autônomos: natureza jurídica. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 26, abr.-maio-jun. 2011. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-ALICE-GONZALEZ-BORGES.pdf]. Acesso em: 20.11.2019.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Autarquias: natureza jurídica do Serviço Social do Comércio. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 19, jan. 1950.



CUÉLLAR, Leila. Os novos serviços sociais autônomos: exame de um caso. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun.-jul.-ago. 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/rere.asp]. Acesso em: 10.11.2019.

GROSS, Aeyal M. Human rights and American public law scholarship: a comment on Robert Post. Theoretical inquiries in Law 2.1. (2001). Disponível em: [www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/207/183]. Acesso em: 28.12.2019.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HÄBERLE, Peter. Direitos fundamentais no Estado prestacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

JELLINEK, Georg. Teoria general del Estado. Trad. Espan. México: FCE, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903?_ga=2.155787583.520207255.1578327971-1389459247.1578327971]. Acesso em: 06.01.2020.

MONACILIUNI, Mara. Diritto pubblico. 3. ed. Napoli: Edizes, 2013.

SHAMIR, Hila. The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State. Theoretical Inquiries in Law, v. 15, n. 1, January 2014, p. 1-25. Disponível em: [www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/527/491]. Acesso em: 28.12.2019.

XINGZHONG YU. State Legalism and the Public/Private Divide in Chinese Legal Development. Theoretical Inquiries in Law, v. 15, n. 1, January 2014, p. 27-51. Disponível em: [www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/527/491]. Acesso em: 28.12.2019.

1 .ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do Direito. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 378.

2 .Tradução do autor: "Abbiamo appreso che l'ordinamento giuridico è sicuramente costituito, anche se non se esaurisce in esse, da norma giuridiche, in relazione alle quali è opportuno chiedersi come vengono prodotte, in che rapporto si collocano le une con le altre, da quali eventi o circostanze scaturiscono". Diritto pubblico. 3. ed. Napoli: Edizes, 2013. p. 375.

3 .BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 32.



4 .Ibidem, p. 32-33.

5 .BORGES, Alice Gonzalez. Serviços Sociais Autônomo: natureza jurídica. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, abr.-maio-jun. 2011. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-ALICE-GONZALEZ-BORGES.pdf]. Acesso em: 20.11.2019.

6 .Os novos serviços sociais autônomos: exame de um caso. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun.-jul.-ago. 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/rere.asp]. Acesso em: 10.11.2019.

7 .FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 189-190.

8 .Disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada/sistema%2520S/%2520/%2520]. Acesso em: 06.01.2020.

9 .Disponível em: [www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540]. Acesso em: 15.12.2019.

10 .TC 027.502/2018-0. Disponível em:

[www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540]. Acesso em: 15.12.2019.

11 .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: [www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540]. Acesso em: 15.12.2019.

12 .Acórdão 1669/2019 – TCU – Plenário.



13 .Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 385.

14 .Autarquias: natureza jurídica do Serviço Social do Comércio. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 19, jan. 1950, p. 383.

15 .GROSS, Aeyal M. Human rights and American public law scholarship: a comment on Robert Post. Theoretical inquiries in Law 2.1. (2001). p. 2. Disponível em: [www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/207/183]. Acesso em: 28.12.2019.

16 .Direitos fundamentais no Estado prestacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 27-28.

17 .Op. cit., p. 72.

18 .Tradução do autor: "If there is no public/private distinction what does law have to offer beyond politics?" (SHAMIR, Hila. The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State. Theoretical Inquiries in Law, v. 15, n 1, January 2014, p. 1-25. Disponível em: [www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/527/491]. Acesso em: 28.12.2019).

19 .Idem.

20 .Op. cit., p. 72-73.

21 .Acórdão 1286/2015 – TCU – Plenário.

22 .Disponível em:

[www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F414B3CEAA60528D8EEA1E98A...]
Acesso em: 26.12.2019.

23 .MONACILIUNI, Mara. Diritto pubblico. 3. ed. Napoli: Edises, 2013.

24 .PF vê Codesp como "antro de corrupção" e estima perda de R\$ 100 mi. Disponível em:

[https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/08/22/pf-ve-codesp-como-antro-de-corrupcao-e-estima-...]
Acesso em: 02.01.2020.

25 .BRASIL. STF, ADI 1.864, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, RTJ v. 204-02, p. 535.

26 .ADI 845, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, LEXSTF v. 30, n. 352, 2008, p. 43-56.