

# 03

SET/DEZ 2021  
Vol. 01 Nº 03

ISSN 2763-5619

## Coordenador

Silvio Luis Ferreira da Rocha

## Conselho Editorial

Carolina Zockun

Christianne Stroppa

Genilson Carreiro

Georghio Tomelin

Jacinto Arruda Câmara

José Roberto Pimenta Oliveira

Julio Grostein

Leticia Queiroz de Andrade

Luis Manuel Fonseca Pires

Marcia Pellegrini

Marcos Augusto Peres

Marcos Porta

Rodrigo Bordalo

Silvio Guidi

# Revista LEX de Direito Administrativo

**LEX**  
EDITORIA

ISSN 2763-5619

**Revista LEX de**  
**Direito**  
**Administrativo**

**Editora**

Zilá T. Miorelli

**Coordenador da Revista**

Silvio Luís Ferreira da Rocha

**Conselho Editorial**

Carolina Zockun  
Christianne Stroppa  
Genilson Carreiro  
Georghio Tomelin  
Jacinto Arruda Câmara  
José Roberto Pimenta Oliveira  
Julio Grostein  
Leticia Queiroz de Andrade  
Luis Manuel Fonseca Pires  
Marcia Pellegrini  
Marcos Augusto Peres  
Marcos Porta  
Rodrigo Bordalo  
Silvio Guidi

**Ano I - nº 3**

**set./dez. 2021**

**LEX**  
E D I T O R A

## **REVISTA LEX DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

Publicação quadrimestral da LEX Editora S/A, à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lex.com.br/enviar-doutrina>).

Publicação com distribuição em todo o território nacional.

Tiragem: 3.000 exemplares

---

Revista LEX de Direito Administrativo

v. 3 (set./dez. 2021)-.- Porto Alegre: LEX, 2021  
Quadrimestral.

Coordenador: Silvio Luís Ferreira da Rocha.

ISSN 2763-5619

1. Direito Administrativo – Periódico.

CDU 342.9(05)

---

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

### **LEX Editora S/A**

Diretora: Marlene Imhoff

Rua da Consolação, 77      São Paulo/SP - CEP 01301-000

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)      [lex@lex.com.br](mailto:lex@lex.com.br)

Serviço de Atendimento: (51) 3191-3033

# SUMÁRIO

Apresentação .....	5
--------------------	---

## DESTAQUE DESTA EDIÇÃO

### TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### Doutrina

A lógica sancionatória disfuncional da lei anticorrupção e os riscos de sua aplicação ao setor de infraestrutura

<i>Felipe Tadeu Ribeiro Morettini, Mariana Randon Savaris e Pablo Ademir de Souza</i> .....	7
---	---

Direito Administrativo de Emergência

<i>Filipe Ferreira da Silva e Gerson Amauri Calgato</i> .....	31
---	----

Covid-19 e seu enfrentamento na dicotomia entre Direito Administrativo e Direito Penal

<i>Guilherme Lopes Felicio e Bianca Fossa Rodrigues</i> .....	45
---	----

A improbidade administrativa no ordenamento brasileiro: o rito da ação de improbidade e os desafios da atualidade

<i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Wanderson Rangel Barbosa</i> .....	65
--	----

Participação premial conferida ao pesquisador-inventor-servidor público e o teto remuneratório constitucional

<i>Alejandro Knaesel Arrabal, Vinicyus Rodolfo Wiggers e Otávio Henrique Baumgarten Arrabal</i> .....	85
---	----

Esboço sobre elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos

<i>Edvaldo Nilo de Almeida</i> .....	109
--------------------------------------	-----

A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental (Lei nº 14.133/2021)

<i>Madeline Rocha Furtado e Marinês Restelatto Dotti</i> .....	143
--	-----

Análise dogmática e jurisprudencial do contrato temporário de professor público federal

*Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira*.....177

### **Jurisprudência Comentada**

Comentário ao Acórdão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5355

*Silvio Luís Ferreira da Rocha*..... 199

Diretrizes para submissão de artigos doutrinários .....203

# APRESENTAÇÃO

Com grande satisfação nós chegamos ao terceiro número da *Revista LEX de Direito Administrativo*, dedicada a “Tendências contemporâneas do Direito Administrativo sancionador”.

Sobre essa temática, destacamos o artigo escrito por Felipe Tadeu Ribeiro Moretini, Mariana Randon Savaris e Pablo Ademir de Souza, intitulado “A lógica sancionatória disfuncional da lei anticorrupção e os riscos de sua aplicação ao setor de infraestrutura”. Nesse artigo, os autores alertam sobre os riscos à preservação de ativos econômicos no Brasil, em decorrência de disfuncionalidades do Direito Administrativo sancionador brasileiro. Cuida-se de um estudo original a partir da perspectiva da interdisciplinaridade e análise jurídica, sociológica e econômica.

Ainda sobre esse tema, destacamos, também, o artigo escrito por Filipe Ferreira da Silva e Gerson Amauri Calgaro sobre “Direito Administrativo de emergência”. O referido artigo investiga no Direito Administrativo a regulação dos interesses da sociedade frente as modificações produzidas em decorrência do estado de calamidade pública causado pela pandemia. Constata a realização de alterações legislativas com vistas a flexibilizar algumas regras.

Destacamos, ainda, o artigo escrito por Guilherme Lopes Felício e Bianca Fossa Rodrigues sobre a “Covid-19 e seu enfrentamento na dicotomia entre Direito Administrativo e Direito Penal”. Neste artigo, os autores discutem o processo de hipertrofia legislativa e os problemas por ele suscitados, como a dificuldade em levá-las ao conhecimento do público e o descontentamento de muitos pela manutenção de restrições e isolamento social.

Por fim, dentro ainda da temática “Tendências contemporâneas do Direito Administrativo sancionador”, destacamos o artigo escrito por Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Wanderson Rangel Barbosa “A improbidade administrativa no ordenamento brasileiro: o rito da ação de improbidade e os desafios da atualidade”. Neste artigo os autores buscaram examinar o Projeto de Lei nº 10.887/2018 e seus desdobramentos.

A revista, neste número, também aceitou artigos com outros assuntos de interesse da administração pública.

Destacamos o artigo escrito por Alejandro Knaesel Arrabal, Vinicyus Rodolfo Wiggers e Otávio Henrique Baumgarten Arrabal que escreveu sobre “Participação premial conferida ao pesquisador-inventor-servidor público e o teto remuneratório constitucional”. O artigo estuda a participação premial conferida ao pesquisador-inventor-servidor público caracterizada pela parcela dos resultados obtidos em decorrência da exploração econômica de criação por ele realizada, titularizada pela ICT a que é vinculado.

Também destacamos o artigo escrito por Edvaldo Nilo de Almeida sobre o “Esboço sobre elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos”. Nele, o autor discrimina os elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos.

Há, também, o artigo escrito por Madeline Rocha Furtado e Marinês Restelatto Dotti sobre “A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental (Lei nº 14.133/2021)”. As autoras discorrem sobre a etapa preparatória da licitação e as novidades introduzidas pela Lei 14.133/2021.

Também destacamos o artigo escrito por Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira sobre a “Análise dogmática e jurisprudencial do contrato temporário de professor público federal”. Os autores analisam os pontos questionáveis da Lei nº 8.745/93, que versa sobre contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária excepcional de interesse público.

Por derradeiro, o comentário ao acórdão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5355, que cuida da norma que proibia o exercício provisório em unidades administrativas no exterior do Ministério das Relações Exteriores de servidor público cônjuge de diplomata, oficial ou assistente de chancelaria.

Após destacar os artigos publicados nesta revista, gostaria de agradecer às editoras, Marlene Imhoff e Zilá T. Miorelli, bem como ao conselho editorial, o esforço empregado para a constituição e publicação desse volume.

## **Silvio Luís Ferreira da Rocha**

Coordenador da *Revista LEX de Direito Administrativo*. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente-Doutor dos Departamentos de Direito Civil, Processual Civil e Trabalho e Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

Juiz Federal Titular da 10ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro e Lavagem de Dinheiro.

# ESBOÇO SOBRE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

**Edvaldo Nilo de Almeida**

Pós-Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha.  
Pós-Doutorando em Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 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 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Procurador do Distrito Federal.  
Endereço eletrônico: edvaldonalmeida@yahoo.com.br

RESUMO: Este artigo tem por objetivo 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. Para tanto, 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.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços sociais autônomos. Administração Pública. Estado. Lei.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Criação por lei. 2. Pessoas jurídicas de direito privado regidas por normas de direito privado e de direito público. 3. Fim social. 4. Serviços constitucionais não exclusivos de Estado. Conclusão. Referências.

## Introdução

O presente estudo pretende fazer um esboço sobre os elementos constitutivos dos serviços sociais autônomos, iniciando por sua gênese jurídica, forma de criação das entidades analisadas, bem como 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 examinam 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, situam-se as referidas entidades em uma classificação jurídica própria de pessoa jurídica de direito privado, que não se enquadra nem de longe em nenhum dos seis incisos previstos atualmente no art. 44 do Código Civil, que estabelece como pessoas jurídicas de direito privado apenas as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, propondo-se a alteração legislativa fundamentada do dispositivo.

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), 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. Logo, 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 possam 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, possam pensar esse instituto com a realidade jurídica adequada àquela prevista no regramento constitucional.

## 1. Criação por lei

Tudo que desponta do plano das ideias ou da imaginação e passa a existir no plano material ou a esse influencia possui uma origem, uma gênese, algo que lhe dá início ou um momento a partir do qual se pode 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 Direito.<sup>1</sup> Sobre o ponto, Marta Monaciliuni<sup>2</sup> afirma que o “sistema jurídico é certamente constituído pelas normais 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 desse 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

<sup>1</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 378.

<sup>2</sup> Tradução nossa: “*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.*” MONACILIUNI, Marta. *Diritto pubblico*. 3. ed. Napoli: Edizes, 2013. p. 375.

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 *Rechtsstaat*.<sup>3</sup>

Segundo ensinamento de Luís 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, por exemplo, nas ditaduras latino-americanas dos últimos 40 anos. Desse modo, 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”.<sup>4</sup>

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 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 se conhecendo das críticas da ideia da metafórica ou figurativa expressão fontes do direito e da não uniformidade na doutrina no que diz respeito

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 32-33.

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 4 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 (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, especialmente a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001. Nesse rumo, os decretos-leis 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-Leis nº 4.048/1942 (Senai), nº 9.403/1946 (Sesi), nº 8.621/1946 (Senac) e nº 9.853/1946 (Sesc), que tratam a respeito de entidades dos serviços sociais autônomos, permanecem em pleno vigor. Inclusive, dentre 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 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 nº 4.048/1942 estabelece que fica criado o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários e o art. 3º, do mesmo estatuto legal, dispõe que o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários será organizando e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Assim, a CNI ficou responsável pela

organização e direção do Senai, conforme determinação do Decreto-Lei nº 4.048/1942 e do Decreto-Lei nº 4.936/1942. 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 privada, patrimônio e receita própria das respectivas confederações e decorrentes do pagamento de tributo na modalidade contribuição dos estabelecimentos industriais e empresarias.

Por outro lado, no que tange a normas infralegais, a lei apenas concedeu a possibilidade de as confederações detalharem aspectos mais específicos do 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, da necessidade de se observar os decretos regulamentares para fiel execução da lei que porventura o Chefe do Poder Executivo vier 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.<sup>5</sup> A análise dos textos normativos revela uma incongruência com a posição

<sup>5</sup> SENAI. Art. 8º do Decreto-Lei nº 4.048/1942: "A organização do Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários constará de seu regimento, que será, mediante *projeto apresentado ao ministro da Educação* pela Confederação Nacional da Indústria, *aprovado por decreto do Presidente da República*". SESI. Art. 2º do Decreto-Lei nº 9.403/1946: "O Serviço Social da Indústria, com personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, será organizado e dirigido nos termos de regulamento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria e aprovado por Portaria do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio". SESI. Art. 6º do Decreto-Lei nº 9.403/1946: "O regulamento de que trata o artigo segundo dará estruturação aos órgãos dirigentes do Serviço Social da Indústria, constituindo um Conselho Nacional e Conselhos Regionais quais farão parte representantes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, designados pelo Respectivo Ministro. Parágrafo único. O Presidente do Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria será de nomeação do Presidente da República". SENAC. Art. 9º do Decreto-Lei nº 8.621/1946: "A Confederação Nacional do Comércio fica investida da necessária, delegação de poder público para elaborar e expedir o regulamento do SENAC e as instruções necessárias ao funcionamento dos seus serviços". SENAC. Art. 10 do Decreto-Lei nº 8.621/1946: "O regulamento de que trata o artigo anterior, entre outras disposições, dará organização aos órgãos de direção do SENAC, constituindo um Conselho Nacional e Conselhos Estaduais ou Regionais. § 1º Presidirá o Conselho Nacional do SENAC o presidente da Confederação Nacional do Comércio. § 2º Os presidentes dos Conselhos Estaduais ou Regionais serão escolhidos entre os presidentes das federações sindicais dos grupos do comércio, preferindo-se sempre o da federação representativa do maior contingente humano. § 3º Farão parte obrigatoriamente do Conselho Nacional o diretor do órgão encarregado da administração das atividades relativas ao ensino comercial do Ministério da Educação e Saúde e um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, designado

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 a simples autorização à iniciativa privada.

Alice Gonzalez Borges<sup>6</sup> 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 Federal 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 o advento de 1988. Leila Cuéllar<sup>7</sup> compactua com distinção trazida, no

---

pelo respectivo Ministro, e dos Conselhos Estaduais ou Regionais farão também parte representantes dos dois Ministérios, igualmente designados”. SESC. Art. 2º do Decreto-Lei nº 9.853/1946: “O Serviço Social do Comércio, com personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, terá sua sede e foro na Capital da República e será organizado e dirigido nos termos do regulamento elaborado pela Confederação Nacional do Comércio, devidamente aprovado pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. § 1º As ações em que o Serviço Social do Comércio for autor, réu, ou interveniente serão processadas no Juízo Privativo da Fazenda Pública. § 2º A dívida ativa do Serviço Social do Comércio, proveniente de contribuições, multas ou obrigações contratuais, será cobrada judicialmente, segundo o rito processual dos executivos fiscais”. SESC. Art. 6º do Decreto-Lei nº 9.853/1946: “O Regulamento, de que trata o art. 2º, deverá observar, na organização do Serviço Social do Comércio, uma direção descentralizada, com um Conselho Nacional, órgão coordenador e de planejamento geral, e Conselhos Regionais dotados de autonomia para promover a execução do plano adaptando-o às peculiaridades das respectivas regiões. Deverá, igualmente, instituir órgão fiscal, cujos membros, na sua maioria, serão designados pelo Governo”.

<sup>6</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Serviços sociais autônomos: natureza jurídica. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, abr./maio/jun. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-ALICE-GONZALEZ-BORGES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>7</sup> 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: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 10 nov. 2019.

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 após o advento da Constituição Federal de 1988.

Não obstante as lições acima, 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 frontalmente da tese, fundamentada nos art. 37, XIX e XX, da CF, de 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 lucrativos.<sup>8</sup>

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 são juridicamente e estatisticamente insustentáveis. 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, algumas das mais fiscalizadas. Basta,

<sup>8</sup> Essa também é a compreensão de Lucas Rocha Furtado: “*Temos reiterados trechos deste trabalho defendido a impossibilidade de o poder público criar entidade estranha à Administração Pública. Se o poder público quer desempenhar, diretamente, atividades assistenciais como as que desempenham os serviços sociais autônomos, deve criar fundações públicas. Se o poder público quer incentivar entidades privadas a desenvolver essas atividades, que firme termos de parceria, convênios, contratos de gestão ou qualquer instrumento de natureza pública e repasse os recursos públicos necessários. Todavia, o poder público criar entidade e querer que ela não integre a Administração Pública parece-nos incompatível com a própria razão de ser do Estado, além de ferir o texto constitucional. Ao longo do presente trabalho, temos defendido a maior participação da sociedade civil – empresarial ou não – no desempenho das atividades do Estado. Esse maior intercâmbio, desde que se verifique a partir de parâmetros jurídicos bem definidos e sujeitos à fiscalização – apenas benefícios trará para a sociedade. O propósito aqui não é o de criticar as parcerias entre os setores público e o privado. Ao contrário, devem esses mecanismos ser ampliados e aperfeiçoados. Há atividades que, efetivamente, são mais bem desempenhadas quando a sua execução é transferida à gestão privada. Não negamos, ademais, em absoluto, a possibilidade de o poder público criar entidade de Direito Privado, desde que ela integre a Administração e se sujeite às normas constitucionais pertinentes – como é o caso das empresas públicas, sociedades de economia mista, e, eventualmente, de fundações públicas de Direito Privado. A rigor, a criação pública, por meio de lei, de entidades instrumentais estranhas à Administração do Estado está ligada a uma única verdade: busca-se fugir aos controles a que se sujeita a Administração Pública. Sob o argumento de que a gestão privada dos recursos públicos importa em solução mais efetiva, abrem-se as portas para todo tipo de malversação e abuso com os recursos públicos*”. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 189-190, grifo nosso.

no plano federal, por exemplo, uma simples pesquisa no sítio do TCU com a expressão “Sistema S”<sup>9</sup> 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 publicados, no *Diário Oficial da União*, dois *leading case* do Plenário do TCU sobre fiscalizações exercidas sobre todos os serviços sociais autônomos.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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,<sup>12</sup> tratou-se de levantamento realizado no contexto

<sup>9</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada/sistema%2520S/%2520/%2520?ts=1579511682308&pb=jurisprudencia-selecionada>. Acesso em: 6 jan. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ata n° 26, de 17 de julho de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ed. 143, seção 1, 26 jul. 2019. p. 212. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540>. Acesso em: 15 dez. 2019.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Foram objetos dessa auditoria as 487 unidades nacionais e regionais do Sistema S e, considerando o planejamento e objetivo da auditoria, formularam-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

da solicitação do Congresso Nacional, abrangendo as entidades do Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senar, Sescop, 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”.<sup>13</sup>

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 dessas obrigações e de implementação desses 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 esfera, 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, independente 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)<sup>14</sup> corrobora 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

---

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?” BRASIL, *op. cit.*

<sup>13</sup> Acórdão nº 1669/2019 – TCU – Plenário.

<sup>14</sup> “Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área”.

serviço social autônomo, a forma de seu funcionamento. Em outras palavras, ao invés 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 esses 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, independente 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 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 ensinava Hely Lopes Meirelles que os serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei.<sup>15</sup> 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 nº 9.853, a origem dessa organização [...]”.<sup>16</sup>

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

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 385.

<sup>16</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Autarquias: natureza jurídica do Serviço Social do Comércio*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 19, p. 375-384, jan. 1950. p. 383.

da análise realizada a constatação de que todas essas 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.

## 2. 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 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 liberdade.<sup>17</sup>

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 atividade legislativa, executiva e administrativa e com tarefas comuns assumidas pelo Estado, pela sociedade e em formas de cooperação.<sup>18</sup> Desse modo, apesar de a 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, Barroso acertadamente entende que a distinção possui uma utilidade didática relevante, razão pela qual essa 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”.<sup>19</sup> 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?”<sup>20</sup>

<sup>17</sup> GROSS, Aeyal M. Human rights and American public law scholarship: a comment on Robert Post. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 2, n. 1, p. 337-348, 2001. p. 338. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/207/183>. Acesso em: 28 dez. 2019.

<sup>18</sup> HÄBERLE, Peter. *Direitos fundamentais no Estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 27-28.

<sup>19</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>20</sup> Tradução nossa: “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, p. 1-25, Jan. 2014. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/527/491>. Acesso em: 28 dez. 2019.

Nessa senda, contribui para o 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 privada.<sup>21</sup> 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 nº 4.048/1942 c/c arts. 3º e 4º do Decreto nº 494/1962);<sup>22</sup> (ii) Sesi (art. 2º do Decreto-Lei nº 9.403/1946);<sup>23</sup> (iii) Senac (art. 4º do Decreto nº 61.843/1967);<sup>24</sup> (iv) Sesc (art. 2º do Decreto-Lei

<sup>21</sup> YU, Xingzhong. State legalism and the public/private divide in Chinese legal development. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 15, n. 1, p. 27-51, Jan. 2014. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/528>. Acesso em: 28 dez. 2019.

<sup>22</sup> Art. 2º do Decreto-Lei nº 4.048/1942: “Compete ao Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários”. Art. 3º do Decreto-Lei nº 4.048/1942: “O Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários será organizando e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria”. Art. 3º do Decreto nº 494/1962: “O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é *uma entidade de direito privado*, nos termos da lei civil, com sede e foro jurídico na Capital da República, cabendo a sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria. Parágrafo único. Os dirigentes e prepostos do SENAI, embora responsáveis, administrativa e criminalmente, pelas malversações que cometerem, não respondem individualmente pelas obrigações da entidade”. Art. 4º do Decreto nº 494/1962: “A entidade inscreverá no registro público competente os seus atos constitutivos para todos os efeitos de direito”. (Grifo nosso).

<sup>23</sup> “Art. 2º O Serviço Social da Indústria, *com personalidade jurídica de direito privado*, nos termos da lei civil, será organizado e dirigido nos termos de regulamento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria e aprovado por Portaria do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio”. (Grifo nosso).

<sup>24</sup> “Art. 4º O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial é *uma instituição de direito privado*, nos termos da Lei civil, com sede e foro jurídico na Capital da República, cabendo sua organização e direção à Confederação Nacional do Comércio que inscreverá este Regulamento e quaisquer outras alterações

nº 9.853/1946);<sup>25</sup> (v) Senar (art. 1º do Decreto 566/1992);<sup>26</sup> (vi) Sest e Senat (art. 1º da Lei nº 8706/1993);<sup>27</sup> (vii) SESCOOP (art. 8º da Medida Provisória 2168-40);<sup>28</sup> (viii) Apex (art. 1º da Lei 10.668/2003);<sup>29</sup> (ix) Abdi (art. 1º, § 1º, da Lei nº 11.080/2004);<sup>30</sup> (x) Anater (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.897/2013);<sup>31</sup> (xi) Sarah (art. 1º da Lei nº 8.246/1991);<sup>32</sup> (xii) Adaps (art. 6º da Lei nº 13.958/2019);<sup>33</sup> (xiii) Embratur (art. 4º da Medida Provisória

---

posteriores, previstas no art. 50, no Registro Público competente, onde seu ato constitutivo está registrado sob número 366 – Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas”. (Grifo nosso).

<sup>25</sup> “Art. 2º O Serviço Social do Comércio, *com personalidade jurídica de direito privado*, nos termos da lei civil, terá sua sede e foro na Capital da República e será organizado e dirigido nos termos do regulamento elaborado pela Confederação Nacional do Comércio, devidamente aprovado pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio”. (Grifo nosso).

<sup>26</sup> “Art. 1º O Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), criado pela Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, *com personalidade jurídica de direito privado*, tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal”. (Grifos nossos).

<sup>27</sup> “Art. 1º Ficam cometidos à Confederação Nacional do Transporte – CNT, observadas as disposições desta Lei, os encargos de criar, organizar e administrar o Serviço Social do Transporte – SEST, e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, *com personalidade jurídica de direito privado*, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União”. (Grifo nosso).

<sup>28</sup> “Art. 8º Fica autorizada a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP, *com personalidade jurídica de direito privado*, composto por entidades vinculadas ao sistema sindical, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados”. (Grifo nosso).

<sup>29</sup> “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, *na forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos*, de interesse coletivo e de utilidade pública, 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”. (Grifo nosso).

<sup>30</sup> “Art. 1º, § 1º O Serviço Social Autônomo de que trata o *caput* deste artigo, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, denomina-se Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI”.

<sup>31</sup> “Art. 1º [...] § 1º O Serviço Social Autônomo de que trata o *caput*, *pessoa jurídica de direito privado* sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, denomina-se Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – ANATER”. (Grifo nosso).

<sup>32</sup> “Art. 1º 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”.

<sup>33</sup> “Art. 6º Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir a Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde (Adaps), serviço social autônomo, *na forma de pessoa jurídica de direito privado* sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com a finalidade de promover, em âmbito nacional, a execução de políticas de desenvolvimento da atenção primária à saúde, com ênfase: [...]”.

nº 907/2019).<sup>34</sup> 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 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 recíproca.<sup>35</sup>

Tomando como base essa classificação, faz-se obrigatório compreender, 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-ão 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 Tribunal de Contas da União (TCU) da contratação de serviço social autônomo para prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais aos Correios, *in verbis*:

As atividades das entidades integrantes do Sistema “S” concentram-se, precipuamente, nas áreas relativas à assistência social e à formação profissional e educação para o trabalho, além da promoção de ações fomentadoras do setor econômico ao qual se vincula. Assim, os Serviços Sociais Autônomos não possuem fins lucrativos por não explorarem atividade econômica, desempenhando, na verdade, ações de interesse público.

Por conseguinte, não se pode admitir a contratação em questão, pois se trata de verdadeira exploração comercial pelo Sesi de prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais, com

<sup>34</sup> “Art. 4º Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir a Embratur – Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo, serviço social autônomo, *na forma de pessoa jurídica de direito privado*, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de planejar, formular e implementar ações de promoção comercial de produtos, serviços e destinos turísticos brasileiros no exterior, em cooperação com a administração pública federal.”

<sup>35</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 72.

cessão de mão de obra, à ECT, o que caracteriza desvirtuamento de suas atividades institucionais.

Considerando, portanto, que a exploração de atividade econômica não se encontra entre as finalidades institucionais, mostra-se acertada a determinação deste Tribunal endereçada à entidade, ora recorrida.

Nota-se tratar-se de atividade estritamente comercial, sem qualquer vinculação com a atuação assistencial. Consiste em competição, em igualdade de condições com outras pessoas jurídicas com finalidade lucrativa, com o objetivo de atuar comercialmente na prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais. [...]

A busca da eficiência econômica e até mesmo da proposta mais vantajosa, por vezes, *não subsiste à necessária preservação dos fins institucionais dos entes de cooperação, tais como o recorrente, questão de Estado que supera o interesse estrito do contratante*. Ao contrário, com frequência, ao tratar de assistência social, a eficiência econômica é descon siderada. No âmbito dos Serviços Sociais Autônomos isso é observado no cotidiano dos municípios brasileiros.<sup>36</sup>

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

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão TCU nº 1286/2015. Representação. Pregão eletrônico conduzido pela ECT-DR/SC para contratação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais. Participação de entidade ligada ao Sistema "S". Procedência parcial. Acórdão 2.917/2011-Plenário. Determinações. Pedido de reexame. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados. DJJ, 27 maio 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-05-27;1286>. Acesso em: 20 nov. 2020, grifo nosso.

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 sociedade.<sup>37</sup>

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.

<sup>37</sup> BRASIL. Poder Executivo. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. *Projeto de Lei nº 5.740, de 2013*. Autoriza o Poder Executivo Federal a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – Anater, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=F414B3CEAA60528D8EEA1E98AAAAA2C3.proposicoesWebExterno2?codteor=1113090&filename=Tramitacao-PL+5740/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=F414B3CEAA60528D8EEA1E98AAAAA2C3.proposicoesWebExterno2?codteor=1113090&filename=Tramitacao-PL+5740/2013). Acesso em 26 dez. 2019.

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 almejados 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 dessas 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.

### 3. Fim social

Ao estudar o Direito Constitucional, deve o jurista iniciar o seu exame pela própria Constituição, que é, nas palavras de Roberto Barroso, “um instrumento do processo civilizatório”.<sup>38</sup> Importa, assim, lançar que tal qualidade não lhe é atribuída de forma desmerecida, pois a Constituição se revela o instrumento por meio do qual as conquistas das lutas históricas da humanidade são conservadas, permitindo às sociedades avançar na busca da concretização de direitos ainda não alcançados.

Nesse sentido, no Brasil, completam-se 31 anos da presença da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, pelo forte conteúdo normativo em defesa da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como matrizes nucleares do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, o Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia, é justificadamente intitulada por Ulysses Guimarães como a Constituição cidadã, a Constituição coragem, a Constituição fiscalizadora e a Constituição representativa e participativa. Nesse rumo, as cartas constitucionais modernas como a brasileira deixaram o caráter orientativo que permeava o modelo constitucional anterior de lado e passaram a explicitar de forma jurídica, sistemática e exaustiva a forma de exercício e organização do poder estatal.

Essas novas constituições, enquanto conjunto de normas jurídicas, não representam a realidade social, mas criam expectativas na sociedade, razão pela qual se utilizam do apoio jurídico. Ainda, merece destaque que a função de limitação do poder

---

<sup>38</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 66.

soberano da Constituição, ainda que traduza relevante objetivo de seu texto normativo, tem dado espaço, na atualidade, à disposição sobre matérias que abarcam os fundamentos da sociedade, disciplinando as relações existentes entre as esferas públicas e privadas.

Assim, verifica-se que os textos constitucionais evoluem, buscando consolidar as conquistas sociais já alcançadas, ao mesmo tempo em que lançam novos objetivos e metas a serem implementados na busca da satisfação dos anseios da sociedade. Essa transformação seguramente decorreu da constatação de que a igualdade formal pregada pelo puro liberalismo se traduziu em um aumento da desigualdade dentro da sociedade, em razão de que as garantias e liberdades existentes no Estado liberal não cumpriam o objetivo de proteger a parcela mais pobre da população, razão pela qual se passou a adotar um modelo constitucional mais intervencionista, com o objetivo de se conseguir o bem-estar social mediante intervenção na economia e no desenvolvimento dos países.

Com a transformação do Estado liberal para Estado social, adveio um incremento dos direitos sociais, moldando o que veio a se definir como Estado de Bem-Estar Social. Dentro desse contexto, tem-se que o constituinte decidiu pela clara preponderância dos direitos sociais quando da elaboração do texto constitucional, separando-os dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição e destinando 12 capítulos específicos e 63 artigos ligados diretamente ao *status* passivo, ativo, positivo, negativo e procedimental dos direitos fundamentais sociais perante os poderes estatais, a saber:

- (i) Capítulo II, Direitos Sociais, do Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, nos arts. 6º a 11;
- (ii) Capítulo I, Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, nos arts. 170, incisos II, III, VI, VII, VIII, IX, 174, 178 a 180;
- (iii) Capítulo II, Política Urbana Econômica, do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, nos arts. 182 e 183;
- (iv) Capítulo III, Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, nos arts. 184 a 191;
- (v) Capítulo I, Disposição Geral, do Título VIII da Ordem Social, no art. 193;
- (vi) Capítulo II, Seguridade Social, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 194 a 204;
- (vii) Capítulo III, Educação, da Cultura e do Desporto, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 205 a 217;

- (viii) Capítulo IV, Ciência, Tecnologia e Inovação, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 218 a 219-B;
- (ix) Capítulo V, Comunicação Social, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 220 a 224;
- (x) Capítulo VI, Meio Ambiente, do Título VIII da Ordem Social, no art. 225;
- (xi) Capítulo VII, Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 226 a 230;
- (xii) Capítulo VIII, Dos Índios, do Título VIII da Ordem Social, nos arts. 231 a 232.

Nesse sentido, no que concerne ao *status* passivo, ativo, positivo e negativo dos direitos fundamentais, a análise da lição de Georg Jellinek,<sup>39</sup> para quem todo o direito é um Direito Positivo, sobre a razão de existência das garantias fundamentais, revela-se esclarecedora. Inicialmente, destaca-se que, para o autor, a validade ou positividade de um direito precisa ser garantida de alguma forma. Essa garantia ocorrerá mediante a criação de poderes que façam com que os cidadãos possuam a legítima expectativa de que as normas legais se transformem, deixando de ser normas jurídicas abstratas e passando a se traduzir em ações concretas. Essas normas possuem, pois, natureza de fundamentos do ordenamento jurídico, à medida que buscam inculcar no cidadão a certeza de que seus direitos serão concretizados pelas normas vigentes.

Nessa senda, essas garantias foram divididas e agrupadas pelo autor em quatro classes, de acordo com a finalidade de cada uma delas, agrupando-as em garantias sociais, políticas e jurídicas. Como forma de verificação da finalidade dos direitos fundamentais, Jellinek propõe que se observe, antecipadamente, a situação em que o cidadão se encontra em relação ao Estado, no que diz respeito aos seus direitos fundamentais. Esse é o ponto de partida para se realizar a verificação da classificação proposta pelo autor, de forma a constatar-se a natureza de cada uma das normas garantidoras. Partindo dessa proposta, Jellinek desenvolveu a teoria segundo a qual as relações entre indivíduos e Estado poderiam ser agrupadas em quatro *status*, conforme a função a ser cumprida pelo direito fundamental dentro do ordenamento jurídico.<sup>40</sup>

Em sua primeira abordagem, Jellinek observa que o indivíduo se encontra em uma posição de clara subordinação em relação ao Estado, o *status* passivo. Teria o ente estatal atribuições e prerrogativas originadas de sua própria condição, capazes de vincular o indivíduo, criando obrigações e proibições que determinam aquilo que o indivíduo pode fazer ou não fazer. Assim, percebe-se uma clara sujeição do indivíduo ao Estado, o qual

<sup>39</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción Española 1. ed. México: FCE, 2000. p. 670.

<sup>40</sup> JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Itália, Milão, 1912. p. 244.

impõe obrigações que necessariamente vinculam o primeiro, com o objetivo de garantir o respeito à harmonia social. Aqui, não existem substancialmente direitos individuais, mas, sim, deveres a serem cumpridos pelo cidadão, os quais decorrem diretamente do exercício do poder de império do Estado.

No entanto, em outras circunstâncias, inverte-se essa posição, assumindo o indivíduo um *status* ativo em relação ao Estado e passando a ser o sujeito de prerrogativas que determinam a atuação do Estado, alterando a forma e o desenvolvimento das atividades estatais. A concretização desse *status* ocorre quando o indivíduo exerce diretamente o poder soberano por meio dos direitos políticos em sentido estrito, principalmente quanto ao sufrágio universal e o voto direto.

Em outra abordagem, Jellinek observou que, embora o Estado possua prerrogativas capazes de interferir na esfera pessoal dos indivíduos, o exercício dessa capacidade encontra limitações no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o cidadão possui a capacidade de demandar, por parte do Estado, uma abstenção do exercício de seu poder de império em respeito à liberdade do indivíduo, impedindo-se a interferência estatal na esfera individual de direitos. Assim, em virtude da obrigação de reconhecer a personalidade de seus súditos, o Estado tem suas prerrogativas limitadas, impedindo-o de atuar mediante exercício da integralidade de seu poder de império. Essa limitação implica no reconhecimento de um *status* negativo no exercício do direito do indivíduo, em respeito ao seu direito de autodeterminação.

Por fim, extrai-se que, em determinadas situações, o indivíduo pode exigir do Estado uma atuação concreta e eficaz, o *status* positivo. O indivíduo, ao verificar a existência de uma determinada contingência ou por entender que determinado direito seu está sendo desrespeitado ou não concretizado, possui a capacidade de demandar que o Estado solucione a contingência ou concretize seu direito. Nessa abordagem, o Estado reconhece que o indivíduo possui a capacidade jurídica de obrigar a atuação do Poder Público em seu favor, passando o Estado a figurar na relação como o garantidor da pretensão individual. Ademais, segundo o ensinamento de Gilmar Mendes, a pretensão individual pode almejar tanto a entrega de prestações de natureza fática quanto de natureza normativa.<sup>41</sup> Nesse caso, encontram-se os direitos sociais previstos na Carta Cidadã, em que o indivíduo tem o *status* positivo e pode exigir do Estado uma prestação em seu favor.

Destaca-se, por outro lado, que a classificação acima é objeto de críticas por Peter Häberle, para quem a classificação de Jellinek deixa de lado importante abordagem na

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ, n. 10, p. 1-12, jan. 2002. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903?\\_ga=2.155787583.520207255.1578327971-1389459247.1578327971](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903?_ga=2.155787583.520207255.1578327971-1389459247.1578327971). Acesso em: 6 jan. 2020.

classificação do *status* do indivíduo. Para ele, a classificação de Jellinek não aborda o direito de participação do indivíduo nas decisões do Estado, em especial, nas hipóteses nas quais o indivíduo possui a faculdade de agir ativamente e assumir sua própria responsabilidade nos procedimentos que o afetam, bem como mediante sua participação nas estruturas sociais diretamente ligadas ao exercício de direitos sociais, o que se adota integralmente na hipótese dos serviços sociais autônomos em que há a sociedade atuando em conjunto com Estado para dar conta da e concretude à força normativa dos direitos sociais fundamentais.

Desse modo, tem-se a existência da importante diferenciação entre *status* ativo e o *status* processual, porquanto, na abordagem ativa, o indivíduo tem o poder de exigir que o Estado lhe conceda a proteção jurídica prevista no direito material, ao passo que, no *status* processual, a parte deve participar ativamente do processo de decisão da concretização dos direitos sociais fundamentais. Häberle criou, assim, o *status activus processualis*, que implica na operacionalização dos direitos subjetivos de participação e conformação do *status politicus*, constituindo a base de uma democracia autônoma e que represente as garantias do funcionamento democrático. Essa nova forma de relação entre o indivíduo e o Estado se concretiza, principalmente, mediante a garantia de participação do indivíduo nos procedimentos de decisão dos Poderes Públicos. O exercício desse direito não se limita, contudo, ao direito de falar e ser ouvido. Mais do que isso, implica na possibilidade de o indivíduo influir de forma relevante no resultado do processo e da concretização dos direitos fundamentais sociais.

Sem sombra de dúvidas, dentro desse contexto, os serviços sociais autônomos podem e devem ser considerados órgãos e medidas de garantias institucionais criadas pelo Estado de participação efetiva do cidadão e, igualmente, adequados constitucionalmente ao vínculo de colaboração entre cidadão e Estado na função de prestação de direitos fundamentais sociais. O *status activus processualis* é um fundamento constitucional de característica constitucionalmente adequada aos serviços sociais autônomos, verdadeira autorrepresentação e convivência umbilical entre sociedade e Poder Público, com *status* de pró-realização de forma pública, impessoal e totalmente gratuito na atividade prestacional dos direitos fundamentais sociais.

Pois bem, efetuada essa importante classificação, impende-se trabalhar a questão dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.<sup>42</sup> Inicialmente, registra-se que a conceituação dos direitos sociais previstos no texto normativo se traduz em uma

<sup>42</sup> “Art. 6º São 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, na forma desta Constituição”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

tarefa complexa. Poder-se-ia cometer o equívoco da simplificação e amalgamá-los sob a alcunha de direitos de cunho apenas prestacional. No entanto, esse reducionismo não designa todo o conjunto de direitos previstos ao longo do texto constitucional, os quais possuem características e naturezas distintas.

O primeiro ponto a se ressaltar é a interdependência, reciprocidade, correspondência, mutualidade entre os direitos constitucionais sociais previstos no art. 6º, especialmente a partir do conceito moderno e constitucional do direito social a saúde. Assim, a definição dos direitos sociais presente na Constituição Federal deve ser antecedida de uma avaliação das características comuns aos diversos elementos que integram a norma. Diante desse quadro, Vidal Serrano Nunes Junior<sup>43</sup> elenca acertadamente os seguintes elementos comuns aos direitos sociais: (i) são subjetivos; (ii) traduzem atividade normativo-reguladora do Estado; e (iii) são instrumento assecuratórios.

Os direitos sociais são classificados como subjetivos 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. Ainda, os direitos sociais demandam a atuação do Estado mediante utilização de seu poder normativo-regulador, de forma a se garantir que a desigualdade de forças existentes na sociedade não permita a ocorrência de abusos por parte das classes mais privilegiadas em detrimento das mais vulneráveis. Por fim, no tocante à forma de instrumentos assecuratórios, tem-se que direitos sociais devem conter medidas que permitam a proteção dos direitos assegurados. Com efeito, algumas das normas de direitos sociais possuem cunho meramente ou supostamente declaratório, razão pela qual se complementam de outras normas existentes no ordenamento jurídico que permitam lhes dar efetividade.

Decerto, em razão do caráter de norma de defesa é que os direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal foram modificados ao longo dos anos de existência do texto constitucional de 1988. Inicialmente, constava do rol de direitos sociais garantidos pela norma os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. No entanto, buscando dar maior efetividade aos anseios sociais, referido texto foi ampliado no ano 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26, a qual inseriu a moradia no rol de direitos sociais a serem protegidos.

Posteriormente, foi novamente ampliado em 2010, quando a Emenda Constitucional nº 64 introduziu a alimentação como direito social. Em 2015, após uma série de protestos envolvendo o aumento das tarifas do transporte público, a Emenda Constitucional nº 90 acabou por reconhecer acertadamente o caráter social desse direito. Esse

<sup>43</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 68-69.

breve histórico demonstra a correção da definição acima adotada, quando se vislumbra a fluidez dos direitos sociais na evolução da dinâmica da sociedade plural. Não obstante a rigidez que as normas inseridas na Constituição brasileira possuem, o que se verifica é que, ao longo do tempo, têm sido alteradas pelo poder reformador em razão da necessidade de ampliação dos direitos sociais, em face aos anseios da sociedade.

Reforça-se, ainda, a característica comum aos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal de ausência de prerrogativa para sua prestação exclusivamente pelo Estado. Ademais, vislumbrando-se que o constituinte derivado tem efetuado a criação de direitos em razão do reconhecimento das amplas necessidades da população, ou seja, uma progressiva constitucionalização dos direitos sociais positivados constitucionalmente, razão pela qual o rol de direitos previstos no art. 6º da Constituição vem sendo paulatinamente ampliado, tem-se pela não exaustividade dos direitos sociais previsto em seu texto. Com efeito, afigura-se plenamente possível ampliar por meio de emenda à Constituição o rol desses direitos desde que compatíveis com o signo de direitos sociais.

Nesse contexto, tem-se identificado que as entidades integrantes do serviço social autônomo vêm sendo criadas, justamente, como forma de concretizar os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, haja vista possuírem como objetivo precípua a concretização dos direitos constantes da referida norma constitucional. Em outros termos, as entidades até o momento criadas por lei, Senai, Senac, Sesi, Sesc, Sebrae, Senar, Sest, Senat, SESCOOP, Apex, Abdi, Anater, Adaps e Embratur são serviços sociais autônomos que preenchem os requisitos constitucionais fundados no art. 6º da CF e prestam verdadeiramente serviços de natureza prestacional social.

#### **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.

Ficou 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 esse 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 direito 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 (x) separação dos poderes, dotada de nova competência em face da maior intervenção do Estado na sociedade.<sup>44</sup>

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

---

<sup>44</sup> MONACILIUNI, *op. cit.*

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.

Fica 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 nº 9.491/1997, 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 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 a 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 dessa 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 Estado, como se verifica em casos de notório conhecimento público em Companhias de Docas,<sup>45</sup> 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 dessas empresas. Com base nessa 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

---

<sup>45</sup> HIRATA, Taís. PF vê Codesp como “antro de corrupção” e estima perda de R\$ 100 mi. *Valor Econômico*, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/08/22/pf-ve-codesp-como-antro-de-corrupcao-e-estima-perda-de-r-100-mi.ghtml>. Acesso em: 2 jan. 2020.

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 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 essa assumida.

Para a verificação da possibilidade dessa 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 Supremo Tribunal Federal 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 nº 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 Paraná Educação e responsável pela administração do ensino público no Estado do Paraná. No curso de seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa,<sup>46</sup> relator para acórdão, afirmou:

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1864. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 8 de agosto de 2007. *DJe-078*, 2 maio 2008, grifo do autor.

Ora, Senhora Presidente, a educação é atividade essencialmente pública, de interesse público e coletivo, embora a Constituição permita que entidades privadas também atuem nessa área.

[...] Como se vê, o serviço social autônomo tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, de modo que não tenho por violada a norma do art. 205 da Carta da República, que consagra a educação como *dever* do Estado.

Ademais, a Constituição silencia a respeito da possibilidade de atuação de serviços sociais autônomos na área de educação. Mas uma interpretação sistemática do texto constitucional conduz ao entendimento de que a educação é um dos pilares do Estado de direito e dos direitos sociais, consistindo em serviço público essencial a ser prestado pelo Estado, com a *colaboração* de toda a sociedade e, portanto, também da iniciativa privada.

O moderno direito administrativo também impõe uma reavaliação do sistema de cooperação entre as entidades de direito público e as de direito privado, na busca por um Estado mais eficiente, valorizando-se a participação da sociedade civil no apoio das atividades estatais.

Por essa razão, entendo que é compatível com a ordem constitucional a prestação do serviço educacional do Estado com a cooperação de entes de natureza jurídica de direito privado, como os serviços sociais autônomos [...].

Não obstante tenha o eminente Ministro 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 por intermédio da ação em comento, corroborando a assertiva de que as funções previstas como indelegáveis na Constituição não podem ser repassadas a entidades privadas. Desse modo, o Ministro Joaquim Barbosa 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 ocorrer 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. Esses podem ser agrupados da seguinte forma: (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, incisos 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 nº 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 Municípios”.<sup>47</sup>

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, dentre outros, 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.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 845. Relator: Min. Eros Grau, 22 de novembro de 2007. *DJe*, 7 mar. 2008.

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.

## 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 análise constitucional e da estrutura jurídica 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 Código Civil, 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 se demonstrou 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 como entidades que prestam serviços sociais não exclusivos do Estado é que, também, não se aceitou o uso do sistema “S” como meio 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 inseridos 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.

---

TITLE: Outline on constituent elements of autonomous social services

ABSTRACT: This paper aims to discriminate the constituent elements of autonomous social services, from their form of creation, through the enactment 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. To do this, an outline was made of 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.

KEYWORDS: Autonomous social services. Public Administration. State. Law.

---

## Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 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, n. 26, abr./maio/jun. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-ALICE-GONZALEZ-BORGES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962*. Aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942*. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4048.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946*. Dispõe sobre a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del8621.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del8621.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946*. Atribui à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar, organizar e dirigir o Serviço Social da Indústria, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del9403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9403.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946*. Atribui à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criar e organizar o Serviço Social do Comércio e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del9853.htm#:~:text=DEL9853%2D46&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%209.853%2C%20DE,Com%C3%A9rcio%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9853.htm#:~:text=DEL9853%2D46&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%209.853%2C%20DE,Com%C3%A9rcio%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Poder Executivo. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. *Projeto de Lei nº 5.740, de 2013*. Autoriza o Poder Executivo Federal a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – Anater, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F414B3CEAA60528D8EEA1E98AAAAA2C3](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F414B3CEAA60528D8EEA1E98AAAAA2C3).

proposicoesWebExterno2?codteor=1113090&filename=Tramitacao-PL+5740/2013. Acesso em 26 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 845. Relator: Min. Eros Grau, 22 de novembro de 2007. *DJe*, 7 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1864. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 8 de agosto de 2007. *DJe-078*, 2 maio 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ata nº 26, de 17 de julho de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ed. 143, seção 1, 26 jul. 2019. p. 212. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/ata-n-26-de-17-de-julho-de-2019-207238540>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão TCU nº 1286/2015. Representação. Pregão eletrônico conduzido pela ECT-DR/SC para contratação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais. Participação de entidade ligada ao Sistema “S”. Procedência parcial. Acórdão 2.917/2011-Plenário. Determinações. Pedido de reexame. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados. *DJ*, 27 maio 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-05-27;1286>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Autarquias: natureza jurídica do Serviço Social do Comércio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 19, p. 375-384, 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: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GROSS, Aeyal M. Human rights and American public law scholarship: a comment on Robert Post. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 2, n. 1, p. 337-348, 2001. p. 338. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/207/183>. Acesso em: 28 dez. 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.

HIRATA, Taís. PF vê Codesp como “antro de corrupção” e estima perda de R\$ 100 mi. *Valor Econômico*, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/08/22/pf-ve-codesp-como-antro-de-corrupcao-e-estima-perda-de-r-100-mi.ghtml>. Acesso em: 2 jan. 2020.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Itália, Milão, 1912.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción Española 1. ed. 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, n. 10, p. 1-12, jan. 2002. Disponível

em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903?\\_ga=2.155787583.520207255.1578327971-1389459247.1578327971](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903?_ga=2.155787583.520207255.1578327971-1389459247.1578327971). Acesso em: 6 jan. 2020.

MONACILIUNI, Marta. *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, p. 1-25, Jan. 2014. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/527/491>. Acesso em: 28 dez. 2019.

YU, Xingzhong. State legalism and the public/private divide in Chinese legal development. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 15, n. 1, p. 27-51, Jan. 2014. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/528>. Acesso em: 28 dez. 2019.

Recebido em: 10.07.2021

Aprovado em: 12.09.2021