

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA PARCERIA PÚBLICA COM O SETOR PRIVADO

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE IMPROPER USE OF PUBLIC PARTNERSHIP WITH THE PRIVATE SECTOR

CLAYTON REIS

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

DÉBORA CRISTINA DE CASTRO DA ROCHA

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

FABIANA BAPTISTA SILVA CARICATI

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RESUMO

A partir da concepção de legalidade, verificou-se sua vasta mitigação por grande parte dos operadores do Direito. Para as investigações de caráter dedutivo, serviram de fonte de pesquisa a análise bibliográfica e a coleta de dados em trabalhos elaborados em programas de pós-graduação *strictu sensu*, os quais retratam a doutrina difundida em relação ao princípio da legalidade. O presente artigo buscou analisar algumas justificativas para sua inobservância, considerando a supremacia dos direitos e

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

garantias fundamentais, contudo, o afastamento da legalidade também foi verificado no âmbito do Direito Administrativo, especificamente na utilização da parceria com o setor privado como forma de fugir do regime jurídico publicístico.

PALAVRAS-CHAVE: justiça; legalidade; segurança jurídica; direito administrativo; parceria.

ABSTRACT

Regarding the conception of legality, it has been observed that a great part of legal practitioners has mitigated it. As to deductive reasoning investigations, bibliographical analysis and data collection from manuscripts elaborated in *strictu sensu* postgraduate programs, which portray the widespread doctrine concerning the principle of legality, were used as research source. This paper aimed to analyze some justifications for legality nonobservance, considering the supremacy of rights and fundamental guarantees. However, legality distance was also verified in Administrative Law scope, specifically in the use of public partnership with the private sector as a way to flee the legal system.

KEYWORDS: justice; legality; legal certainty; administrative law; partnership.

INTRODUÇÃO

Cansado do engessamento trazido pelo Positivismo Jurídico, entendido como aquele que compreende o direito como um sistema unitário e fechado de normas codificadas e que permite aos juízes mera interpretação mecanicista da lei, bem como atraído pelo modelo constitucional democrático adotado pelo Brasil, após longo período submetido a governos ditatoriais, o Poder Judiciário passou a contar com

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

vários membros que começaram a fundamentar suas decisões não apenas no texto escrito, mas também em elementos extrajurídicos, buscando a concretização máxima da justiça.

Estes juristas inquietos ganharam grande força no período pré-constituente, quando debatiam e apresentavam projetos destinados a coleta de sugestões à nova Constituição, objetivando estabelecer bases teóricas que permitissem um atuar comprometido com a possibilidade democratizante.

Como pontuou Amilton Bueno de Carvalho (CARVALHO, 1998, p. 36) sobre a inquietude propagada entre os magistrados:

A promulgação da Constituição de 1988 e a conseqüente redemocratização do país representou importante fortalecimento e expansão ao Poder Judiciário, na medida em que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

O texto constitucional incorporou uma série de direitos individuais e sociais, conferindo ao cidadão amplo acesso à Justiça, percebendo-se a necessidade do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Agregado a isso, o Poder Judiciário passou a ser compelido a decidir sobre questões políticas, morais, éticas, sendo visto como o Poder garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, quando o cidadão passou a constatar a crise de representação parlamentar e o desencanto com o sistema político configurado, já que o Poder Legislativo não criava, nem aprovava leis que visassem a concretização dos direitos constitucionais, tampouco o Poder Executivo não instituía as políticas públicas necessárias que atendessem a demanda da população.

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Constituição pelos poderes legitimados, quais sejam o Legislativo e o Executivo, coube ao Poder Judiciário intervir como forma de garantir a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Sem olvidar o clássico conceito da Separação dos Poderes, proposto pelo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Barão de Montesquieu e ensinado pelo Professor Jorge Miranda (MIRANDA, 2015, p. 344), ao fazer a divisão tricotômica das funções do Estado em função política, administrativa e jurisdicional:

Um novo papel foi assumido pelo Poder Judiciário, pois não havia espaço para sua inércia quando chamado a prestar a tutela jurisdicional, frente aos descasos cometidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Verificou-se um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário, inclusive sendo a ele submetidas questões centrais quanto à forma da organização política, distribuição de poderes, competências entre os poderes, moralidade administrativa, efetiva prestação de serviços públicos e a autonomia privada.

A presente pesquisa constatou a intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes, visando a garantia e eficiência do Estado Democrático de Direito, forçando o Poder Executivo a adotar medidas que possibilitassem a prestação dos vários serviços públicos garantidos pela Constituição Federal.

Em sequência, este estudo identificou institutos criados para este propósito, dentre eles a figura das parcerias públicas com o setor privado, como forma de supostamente desburocratizar, facilitar a disponibilização dos serviços públicos à população e dar apoio às entidades públicas.

As parcerias entre os setores público e privado, quando observada a legalidade, são fundamentais para garantir a viabilização de políticas públicas, principalmente em razão da escassez de recursos públicos destinados a suprir todas as demandas sociais existentes no Brasil. Os desafios sociais para a erradicação da pobreza no país ainda são imensos e as necessidades básicas nas áreas de infraestrutura são gigantescas. Desta forma, os acordos bilaterais entre a iniciativa privada e o Poder Público podem viabilizar investimentos economicamente rentáveis aos parceiros privados e politicamente estratégicos para os Estados (CANEN, 2003, p.8).

Contudo, verificou-se, também, que diante da demanda urgente e da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, a Administração Pública passou a firmar contratos e parcerias ao arrepio da legalidade, criando figuras que não estão

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

positivadas no direito brasileiro, como é o caso da cooperativa prestadora de serviço público, ou firmando contratos sem a observância dos requisitos legais para fugir do regime jurídico do Direito Público, como é o caso dos convênios, que não são tidos como contratos administrativos, mas na prática se equivalem.

A partir deste ponto, verificou-se a necessidade de pesquisar a figura de alguns institutos de apoio às entidades públicas e suas características. Com a análise da legislação aplicável à matéria e do fluxo de pensamento emergente no país, investigou-se a observância do Princípio da Legalidade para a instituição e utilização de algumas parcerias públicas com o setor privado.

2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO AO PRICÍPIOS DA LEGALIDADE

A ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, como ensina Luis-Diez Picazo. (PICAZO, 1983, p. 1267), por isso mesmo são princípios, ou seja:

Porque são, ao princípio, as premissas de todo um sistema que se desenvolve; os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

O traço fundamental dos princípios está em sua normatividade, sendo, portanto, norma jurídica providas de alto grau de indeterminação e que, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Foi Jean Boulanger o primeiro a fazer o estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito, conceituando-os como “o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina” (BOULANGER, 1950, p.51)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

O recurso aos princípios passa a ser vastamente usado pelo jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio, definindo o caráter interpretativo e integrativo dos princípios gerais de direito, definidos por Norberto Bobbio como sendo estas duas das quatro funções essenciais dos princípios, considerados em conjunto com a função diretiva e limitativa (BOBBIO, 2014).

Em um segundo momento, os princípios gerais de direito passaram a compor o texto constitucional. Com o pós-positivismo, nas últimas décadas do século XX, as novas Constituições acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2005, p. 264).

Dentre os vários princípios gerais de direito elevados à categoria de princípios constitucionais, tem-se o Princípio da Legalidade fundamental repercussão no ordenamento jurídico pátrio e reflete diretamente em todas as condutas sociais, como também nas práticas da Administração Pública e seus agentes.

O Princípio da Legalidade possui categoria de princípio jurídico-constitucional informador da ordem jurídica nacional, como ensina José Afonso da Silva (SILVA, 2008, p. 93):

O Princípio da Legalidade é essencial ao Estado Democrático de Direito, do qual se extrai que o Estado, o Poder Público ou seus administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

É neste sentido que o princípio da legalidade está consagrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A expressão “em virtude de lei”, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica à lei formal, ou seja, aquele ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

previsto na Constituição Federal e está assentado numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo (SILVA, 2008, p.425).

Em relação à Administração Pública, lembra Hely Lopes Meireles que “a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei” (MEIRELLES, 1997, p. 82).

Disposto no artigo 37¹ da Constituição Federal, o princípio da legalidade é princípio básico da Administração Pública, pois na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública, direta, indireta ou fundacional só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Para garantia do próprio regime de legalidade, além dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade já mencionados no artigo 37, da Constituição Federal, existem outros princípios complementares à legalidade, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional trazido no artigo 5º, XXXV², que objetiva verificar a conformidade do ato ou atividade do Poder Público; o direito de ação e ao devido processo legal disposto no artigo 5º, LIV³, o direito de defesa trazido no artigo 5º, LV⁴, dentre outros que justificam a compreensão de todo o sistema constitucional vigente para obtenção plena do princípio da legalidade.

Para Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 1997, p.429), ao explicar o Princípio da Legalidade:

A proteção constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da irretroatividade das leis também constitui garantia de

¹ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³ Art.5º - **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴ Art.5º - **LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

permanência e de estabilidade do princípio da legalidade. A submissão da Administração Pública à legalidade acaba por configurar importante sistema de controle de legalidade exercido pelo próprio sistema administrativo, como também pelo legislativo e pelo jurisdicional, incumbindo estes três sistemas da verificação da conformidade da atividade e do ato administrativo às normas legais.

Neste sentido, também é consoante a jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, no acórdão exarado nos autos de Agravo Regimental em Ação Cível Ordinária ACO 2917 AgR/PA⁵, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial da União, na data de 17 de maio de 2018, reafirmando a necessidade da Administração Pública estar vinculada aos princípios trazidos no artigo 37 da Constituição Federal, dentre eles, o essencial princípio da legalidade.

Dentre estes três sistemas, o jurisdicional é o mais importante e se realiza com base na garantia do acesso ao Judiciário. A justiciabilidade do ato, como ensina José Afonso da Silva, é a possibilidade de submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional, para que o juiz declare sua conformidade ou não à lei ou o anule (SILVA, 2008, p.428). Da mesma forma, serve o Poder Judiciário para compelir a Administração Pública e praticar atos prescritos em lei e garantir direitos individuais e sociais prescritos na Constituição Federal.

⁵ Ementa: Agravo Interno na Ação Cível Originária. Constitucional. Administrativo. Financeiro. Tomada de Contas Especial. Inscrição de Estado-Membro em cadastro de inadimplentes. Necessidade de observância dos Princípios do Contraditório e de ampla defesa na via administrativa. Precedentes. Agravo Interno a que se nega provimento. 1. Em razão de expressa determinação constitucional, na medida em que a atuação da Administração Pública é pautada pelo princípio da legalidade (CF, art. 37, caput), inexistente, em princípio, qualquer ilegalidade na atuação da União em proceder à inscrição do órgão ou ente nos cadastros de restrição. 2. In casu, diante de hipótese excepcional, autoriza-se a exclusão judicial da inscrição nos cadastros de inadimplência, no afã de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. 3. A anotação de ente federado em tais cadastros exige a prévia e efetiva observância do devido processo legal, em suas dimensões material e processual. 4. A tomada de contas especial é medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União. Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/2014; AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 20/03/2009. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

A crise estatal paralisou a prática de inúmeros serviços públicos garantidos pela Constituição Federal aos cidadãos, como o fornecimento gratuito de medicamentos, como também tornou ineficiente e deficitária a prestação de vários outros serviços públicos, como a assistência médica e educacional.

Frente a condição estatal insuficiente para deter o monopólio de produção, a ineficiência para concretização dos direitos e garantias constitucionais e a ineficácia em pacificação dos conflitos, o Judiciário foi acionado para se pronunciar sobre vários aspectos das políticas públicas, compelindo o poder Executivo a adotar medidas para a satisfação de direitos.

Neste contexto, a Administração Pública passou a adotar programas de contratação do setor privado para apoio das entidades estatais na prestação de serviços públicos. Da mesma forma, a iniciativa privada viu uma ótima oportunidade de negócio a criação de instituições por particulares para colaborar com órgãos da Administração, criadas exclusivamente com esse objetivo.

Na realidade desta demanda e visando fugir do regime publicístico é que surgiram várias organizações ao arrepio da legalidade, com práticas infratoras que possibilitaram a aplicação de recursos orçamentários duas vezes sobre uma mesma finalidade, a aplicação de objetivos escusos e fraudulentos para complementação financeira por via oblíqua, a compra e estocagem de produtos longe dos controles oficiais, embora às custas de verba pública e a burla aos objetivos institucionais originalmente de sua criação.

3 DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO

O regime jurídico de direito público se funda na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público.

Para a jurista Maria Sylvia Di Pietro (DI PIETRO, 2006, p. 248):

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas competências. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal mediante concurso público e a responsabilidade civil do estado é objetiva. Violada uma norma de direito público, o Estado tem o poder-dever – não a faculdade – de restabelecer a ordem jurídica vulnerada.

Além disso, normalmente os atos do Poder Público são auto-executáveis, independentemente de intervenção judicial. Os atos públicos sujeitam-se a controles específicos, tanto por parte do próprio Poder que o praticou, como dos demais poderes.

As empresas públicas e sociedade de economia mista são instrumentos de ação do Estado e por isso são tidas como auxiliares do Poder Público na busca de interesses coletivos. Por tal essencialidade, a lei estabelece a supremacia acionária votante terá de ser governamental e possuem regime jurídico próprio de direito público, diferente do regime aplicado às empresas privadas, visando assegurar-lhes a eficiência, mas também para estabelecer as indispensáveis limitações que obstem ação descomedida dos próprios governantes (MELLO, 2015, p. 201).

Subordinadas ao regime de Direito Público, há dispositivos constitucionais que se aplicam a quaisquer sociedades de economia mista ou empresa pública, sendo eles:

a) artigo 5º, inciso LXXIII: confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural;

b) artigo 37, “caput”: submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

c) artigo 37, II: exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso em emprego público nas empresas públicas e sociedades de economia mista;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

d) artigo 37, inciso XVII: estende a proibição de acumular cargos empregos e funções públicas às sociedades de economia mista e às empresas públicas, salvo as exceções constantes da própria Constituição Federal;

e) artigo 37, XIX: criação das empresas públicas e sociedades de economia mista mediante autorização em lei específica;

f) artigo 37, XX: exigência de lei específica para criação de subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista e participação delas em empresas privadas;

g) artigo 14 que traz casos de inelegibilidade, para proteger a normalidade das eleições;

h) artigo 49, X: submissão dos atos da Administração Indireta à fiscalização e controle do Congresso Nacional;

i) artigo 52, VII: submete operações de crédito a limites e condições do Senado Federal;

j) artigo 71, II,III e IV: julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos e exame da legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, reforma e pensões pelo Tribunal de Contas;

k) artigo 165 §5º: devem observar a lei orçamentária anual;

l) artigo 169, § 1º: despesas com pessoal devem ter dotação orçamentária prévia.

Diante de todos estes requisitos legais, dentre outros estabelecidos na legislação, a privatização, entendida no sentido de busca pelo regime jurídico de direito privado para a Administração Pública, foi a forma encontrada para flexibilização de seu regime jurídico, superando a idéia de que os atos e contratos administrativos devem corresponder a fórmulas previstas e delineadas pelo direito positivo.

Foram criados instrumentos para a desestatização da atividade econômica e da prestação de serviços públicos, livrando-se, assim, das amarras impostas pelas Leis nºs 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e 8.967/95 (Lei de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Concessão e Permissão de Serviços Públicos) (KURTZ, 2004). E isso porque, até então, não dispunha o Estado de outros mecanismos legais para promover a participação da iniciativa privada em obras indispensáveis à recuperação, melhoria ou expansão de serviços e obras públicas de grande importância econômica e social, a não ser através daquelas modalidades previstas nas legislações federais, regedoras das licitações e contratos administrativos e de concessões e permissões de serviços públicos.

Neste sentido, foram criadas, por meio da Lei 9.790/1999, as sociedades civis de interesse público, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e sobre o termo de parceria a ser celebrado entre essas entidades e o poder público.

O objetivo desta formatação é instituir a parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado, atuando na área dos serviços públicos chamados não exclusivos do Estado, como os serviços sociais, a saúde, a educação, a cultura, dentre outros (DI PIETRO, 2008, p.249).

As características destas organizações são as seguintes: são entidades privadas, instituídas por particulares, desempenham serviços não exclusivos do Estado, se receberem ajuda estatal ficam sujeitas ao controle da Administração Pública e pelo Tribunal de Contas e seu regime é de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público.

Algumas características foram trazidas pela Lei 9.637/98 que rege as organizações civis, dispondo sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, exigindo que elas se enquadrem nos princípios constitucionais que regem a gestão e proteção do patrimônio público, sendo necessária:

- a) a exigência de licitação para a escolha da entidade;
- b) a comprovação de que a entidade já existe, com sede própria, patrimônio,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

capital;

c) a qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;

d) a submissão aos princípios da licitação;

e) as limitações salariais quando depender do Estado para pagar os funcionários e

f) a prestação de garantia (DI PIETRO, 2008, 262).

Foram criadas também as fundações de apoio a entidades públicas e cooperativas prestadoras de serviços públicos, a par da legalidade e dos princípios constitucionais que regem a gestão e proteção do patrimônio público (DI PIETRO, 2008, p.279).

Neste sentido é que foi possível constatar que a própria Administração Pública passou a utilizar indevidamente a parceria com o setor privado como forma de fugir ao regime jurídico publicístico, o qual é centralizado, burocrático e vinculado à prestação de contas.

4 DAS FUNDAÇÕES DE APOIO A ENTIDADES PÚBLICAS

Existem inúmeras pessoas jurídicas criadas com o fim específico de dar apoio a entidades públicas, em geral a fundações ou autarquias instituídas pelo Poder Público.

A preferência é pela forma fundacional, mas também existem, como acima mencionado, as associações e as cooperativas instituídas com esta finalidade.

Embora haja diferenças entre os tipos de entidades de apoio, elas obedecem, em regra, a determinado padrão:

a) a cooperação com a Administração se dá, em regra, por meio de convênios;

b) o ente de apoio exerce atividades próprias da entidade com a qual celebra o convênio, os tendo inserido em seu estatuto;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

c) a sede das duas partes, às vezes, se confunde, já que o ente de apoio nem sempre possui sede própria;

d) o ente de apoio assume a gestão de recursos públicos.

e) grande parte dos empregados do ente de apoio são servidores da entidade pública com que cooperam.

f) o local da prestação de serviços é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua.

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na sede da entidade pública, com equipamentos do seu patrimônio, só que quem arrecada e administra a receita e a entidade de apoio, que o faz sob as normas das entidades privadas, sem observância da exigência de licitação e realização de concurso público para contratação de pessoal.

Por esta flexibilização do regime publicístico, foi possível verificar que a instituição de muitas fundações de apoio padece de vícios, já que seu patrimônio é irrisório em relação aos objetivos institucionais e, portanto, desnatura a figura da fundação, a qual é um patrimônio a que a lei outorga personalidade jurídica.

Outro aspecto importante é que tais acordos de cooperação, muitas vezes, são firmados por meio de convênios.

Como ensina o professor de Direito Administrativo Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 1997, p. 359):

Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Há outros aspectos que diferenciam o convênio do contrato, são eles:

a) os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem pelo convênio para alcançá-los;

b) os partícipes do convênio têm competências institucionais comuns;

c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

d) no convênio, há mútua colaboração, por isso não se cogita de preço ou remuneração;

e) no convênio, não há vinculação contratual, assim os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência e

A celebração de convênio entre entidades públicas ou entre estas e entidades particulares e, neste último caso, não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento, onde o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, na forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor das entidades privadas sem fins lucrativos que realizem atividades úteis à coletividade.

O convênio, sendo disciplinado pelo artigo 116 da Lei 8.666 e pelo Decreto 6170/2007, não depende de licitação e no caso de receber verba pública, este ficará vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, cabendo ao executor administrar bem o dinheiro público.

A problemática gerada na Administração Pública é que os termos de parceria firmados por meio de convênios têm mais natureza de contrato propriamente dito e sendo contrato, deveria seguir o regime de direito público, não podendo ser firmados sem licitação, havendo a necessidade e obrigatoriedade da realização de prestação de contas ao órgão público, os funcionários deveriam ser servidores concursados, pois eles prestam serviços em uma entidade particular, mas recebem vencimentos da entidade pública.

Assim, o relacionamento com as fundações de apoio fraudava a gestão da coisa pública. A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, 2008, p.281), analisando parecer do Tribunal de Contas da União, conclui:

Muitas fundações de apoio têm existência legal apenas aparente, porque, no mundo dos fatos, elas não existem. Elas só podem se manter em função do convênio com a entidade pública que apóiam, a tal ponto que, extinta esta, elas perderão o objeto e sua fonte de recursos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

A criação de determinadas fundações de apoio foi a forma que se encontrou para, sob a forma de ente de cooperação, fazer a entidade privada assumir o papel que a lei outorgou à entidade pública.

O Ministério Público também é o órgão que combate a contratação de fundações fora das regras publicísticas do Direito Público.

É possível trazer aqui como exemplo a Ação Civil Pública 5006319-95.2011.404.7102/RS ajuizada pelo Ministério Público Federal para apuração de atos de improbidade administrativa praticados pelos gestores da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, ao contratar a FATEC, Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência, mediante a dispensa de licitação, cuja sentença foi julgada parcialmente procedente para condenar criminalmente os envolvidos, inclusive para devolução dos valores gastos indevidamente em prejuízo aos cofres públicos e a decretação da indisponibilidade de exercer cargos públicos.

Neste sentido, é que a situação aqui analisada está a necessitar de apreciação mais detida pela Administração Pública, em especial pelos órgãos de controle, não só sob o aspecto da legalidade e da moralidade, mas também sob o aspecto da economicidade a que se refere o artigo 70 da Constituição Federal⁶ e mesmo o da eficiência, fazendo-se ajustar estas situações às normas vigentes ou para propor as alterações pertinentes no direito positivo.

5 DAS COOPERATIVAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Outro tipo de entidade que se forma com o objetivo de desempenhar serviço público é a cooperativa.

⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

No Brasil, a matéria ainda não está positivada, apesar de que no âmbito do direito privado, as cooperativas já estão disciplinadas na Lei 5764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das cooperativas, estabelecendo no seu artigo 4º algumas características, para estas sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

- a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- b) variabilidade do capital social representado por quotas-partes;
- c) limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;
- d) inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;
- e) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
- f) quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;
- g) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;
- h) indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;
- i) neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social;
- j) prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

k) área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

As cooperativas, mesmo prestando serviços públicos, continuam sendo entidades privadas regidas pela Lei 5.764/71, mas a medida que prestam serviços públicos precisam se sujeitar ao regime jurídico de direito público, em especial, às normas para assegurar o respeito aos princípios da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade entre usuários, gratuidade, etc.

Se as cooperativas forem criadas para prestar serviços públicos comerciais, deverão se sujeitar a Lei 8.987/95 e o artigo 175⁷ da CF, que trata das concessões e permissões de serviços públicos.

Mas se forem criadas para prestar outro tipo de serviço, sem possibilidade de autofinanciamento, elas terão que ser remuneradas pelo ente titular do serviço, o que descaracteriza o ajuste como contrato de concessão, tratando-se de terceirização do serviço público.

Logo, é possível constatar que não existe positividade para cooperativas prestadoras de serviços públicos, sendo que, à semelhança das fundações de apoio e das organizações sociais, são utilizadas como uma roupagem de que se revestia o órgão público para permitir a atuação sob os moldes da empresa privada, muitas vezes permeadas de irregularidades que oneram os cofres públicos (DI PIETRO, 2008, p. 288).

CONCLUSÃO

O entusiasmo pela privatização não pode afrontar o princípio da legalidade, Porque sem este não se pode falar em Estado de Direito.

No Brasil, não se tem uma jurisdição administrativa com função criadora do

⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

direito, logo, no direito administrativo, caso a Administração queira criar figuras contratuais novas, terá que procurar seu fundamento no direito positivo.

Também não é possível ignorar o regime jurídico de direito público, sem que se promovam alterações legislativas para esta finalidade.

O regime jurídico administrativo a que se submete a Administração implica a outorga de prerrogativas e privilégios de que não dispõe o particular, mas também impõe restrições a que o particular não se submete.

A Constituição Federal de 1988 exagerou nos formalismos impostos à Administração Pública, em especial à Administração indireta que recebeu tratamento rigoroso praticamente igual ao da Administração direta, por isso que a privatização é vista como uma forma de fugir deste regime de direito público, contudo, isso vem sendo feito de forma a atropelar o direito positivo, ao invés de procurar flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram.

Não há dúvidas de que tal conduta coloca em risco o princípio da legalidade, de forma perigosa quando se afirma que as decisões judiciais que determinam a observância da legalidade “atrapalham” a tão almejada reforma do Estado.

Sob o pretexto de ineficiência da Administração Pública, busca-se mecanismos privados de atuação. De qualquer forma, o que se verifica inaceitável é a perpetuação e a oficialização de um regime paralelo ao direito positivo, muitas vezes usado para ludibriar os controles jurídicos e orçamentários próprios do Direito Público.

Por outro lado, não se pode olvidar que o princípio da legalidade está acompanhado de uma série de outros direitos, valores e garantias constitucionais que a eficácia administrativa não pode desconhecer. A igualdade perante a lei, a liberdade de concorrência, a segurança jurídica, a ampla defesa, o devido processo legal, o controle efetivo dos gastos públicos, dentre outros, são pilares fundamentais do ordenamento jurídico da administração e que condicionam ou limitam o alcance do princípio da eficácia em garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

No tema parceria, encontram-se no direito brasileiro inúmeros exemplos de situações que são frontalmente ilegais ou, pelo menos, estão em zona fronteira com a ilegalidade e a imoralidade administrativa, sempre em nome da almejada eficiência.

Tais situações devem ser fiscalizadas e cerceadas, quando contrárias ao Direito, preservando-se o princípio da legalidade. Mudanças que se entendem necessárias deverão ser feitas por meio de alteração no direito positivo, sem criação de institutos paralelos ao ordenamento jurídico.

De toda sorte, a utilização indevida de parcerias com o setor privado e seu funcionamento ostensivo e irregular junto à Administração, com a tolerância de seus órgãos de controle, demonstra a necessidade de revisão do regime jurídico administrativo estabelecido no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo**. Disponível em: <http://lediorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121941896/o-que-e-direito-alternativo>. Acesso em: 16.09.2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 27.09.2017.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 4. ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 27.09.2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

_____. **Estado, Governo e Sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Aria Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20.11.2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

BOULANGER, Jean. *Principes généraux du Droit ET Droit Positif*. In ____: **Le Droit Privé Français au Milieu Du XX^o Siècle**. Paris: LHDJ, 1950.

CANEN, Doris. PEIXINHO, Manoel Messias. Parcerias da Administração Pública com a Iniciativa Privada como forma de garantir dos Direitos Fundamentais. **Anais Conpedi**. Disponível em www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4037.pdf. Acesso em 08/12/2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo: Teoria e Prática**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. **Princípios Gerais de Direito**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/professor/luizfernando/>. Acesso em: 18.10.2017.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves; CARVALHO, Ana Terra Teles de. Responsabilidade civil do estado: breve panorama evolutivo do direito brasileiro. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 3, n. 48 (2017).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2008.

D'ONOFRIO, Salvatore. **Metodologia do Trabalho Intelectual**. São Paulo: Atlas, 1999.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5^a Ed., Saraiva, 2000.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

JUNIOR, Rolf Koerner. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: Introdução à Problemática Científica do Direito. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?** Jurisprudência constitucional e política no STF pós – 88. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006. Acesso em: 15.10.2017.

KURTZ, Fábio Coutinho. **Parceria Público-Privada (PPP) X Lei de Licitações**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4060,61044.Parceria+PublicoPrivada+PP+P+x+Lei+de+Licitacoes>. Acesso em 29.10.2017.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. São Paulo: Forense, 2015.

PICAZO, Luís-Diez. *Los principios generales Del Derecho en el pensamiento de F. de Castro*. In____: **Anuario de Derecho Civil**, fasc. 3. Madri: 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Convênios e Consórcios Públicos. In: _____. **Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Editores, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011.