

Versão 26.10.07

PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL ESTRATÉGICO E
ESTRUTURAÇÃO ORGANIZACIONAL DO
SISTEMA CEIVAP - AGEVAP

**R8 – ESTUDOS TÉCNICOS E
JURÍDICOS: O EXCESSO DE
CONTROLES SOBRE PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS E GERENCIAIS
DA AGEVAP**

- ATO CONVOCATÓRIO Nº 008/06 -

Outubro 2007

Contrato AGEVAP – Belmiro Castor e Francisco Lobato

SUMÁRIO

SEÇÃO	TÍTULO	PÁGINA
1	OBJETIVO E ESTRUTURA DO RELATÓRIO	3
2	A AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA	5
2.1	NATUREZA JURÍDICA	5
2.2	REGIME JURÍDICO	7
2.3	ATRIBUIÇÕES	8
2.4	PATRIMÔNIO E RECEITAS	9
3	A ASSOCIAÇÃO PRÓ-GESTÃO DAS ÁGUAS DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL – AGEVAP	11
3.1	NATUREZA JURÍDICA	11
3.2	REGIME JURÍDICO	11
3.3	ATRIBUIÇÕES	12
3.4	PATRIMÔNIO E RECEITAS	13
4	CONTRATO DE GESTÃO CELEBRADO COM A ANA	15
4.1	NATUREZA JURÍDICA	16
4.2	REGIME JURÍDICO	25
5	CONTROLES AO CONTRATO DE GESTÃO	32
5.1	CONTROLE INTERNO	33
5.2	CONTROLE EXTERNO	36
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
7	INICIATIVAS CONCRETAS PARA A CONVERGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À AGÊNCIA DE BACIA.	46

1 OBJETIVO E ESTRUTURA DO RELATÓRIO

Tendo por referência o Contrato de Prestação de Serviços nº 002/AGEVAP, celebrado em 10 de janeiro de 2007, bem como seu respectivo Aditivo, firmado em 4 de junho de 2007, o presente relatório R8 - Estudos Técnicos e Jurídicos abordará o excesso de controle sobre os processos administrativos e gerenciais da AGEVAP, tendo em vista a exacerbação de exigências em procedimentos burocráticos sobre esta associação civil, por parte de suas instâncias de controle.

Diante desta exacerbação de exigências em procedimentos burocráticos sobre a AGEVAP, necessário se faz o aprofundamento de dois tipos principais de problemas: (i) dificuldades de cunho burocrático e operacional, que podem ser equacionadas, em parte, mediante a flexibilização de procedimentos, negociação de metas previstas no Contrato de Gestão celebrado com a ANA e medidas similares; e, (ii) alteração da estratégia que predomina, na bacia e no país, para a condução de processos decisórios em recursos hídricos.

Desta forma, a elaboração do presente Estudo Jurídico será pautada pelos princípios constitucionais, pela legislação incidente ao objeto proposto, cabendo desenvolver os seguintes temas, a saber:

- 1 Aplicação dos princípios e obrigações pertinentes à Administração Pública em âmbito privado.
 - 1.1 Análise da natureza jurídica da AGEVAP, enquanto associação civil de direito privado.
 - 1.2 Análise do instrumento utilizado na relação jurídica que vincula o Poder Público (ANA) com entidade civil de direito privado (Lei nº 10.881/2004).
 - 1.3 Análise da competência originária do TCU com relação a entes privados quando da utilização de recursos públicos decorrentes de Contratos de Gestão celebrados entre a Agência Nacional de Águas e Entidades Delegatárias das funções de Agências de Águas.
- 2 Aplicação de recursos advindos da cobrança pelo uso dos recursos hídricos por entidade delegatária privada, regulamentada pela Resolução ANA 424/2004.

2.1 Aplicação de regras públicas a entes privados: limites e pressupostos.

3 Iniciativas concretas para a convergência da legislação aplicável à Agência de Bacia.

Tendo por premissa que as entidades gestoras da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do sul constituem um sistema, mister relevar que o formato jurídico dos entes que compõem este sistema é diverso, ensejando assim direitos e obrigações pertinentes às respectivas naturezas jurídicas. Desta forma, o presente Estudo, em sua primeira parte, discorrerá sobre a natureza jurídica da ANA, tendo em vista tratar-se de uma Agência Reguladora, integrante da administração indireta do Estado, bem como sobre a natureza jurídica da AGEVAP, enquanto associação civil de direito privado e entidade delegatária com funções de Agência de Bacia, por força do Contrato de Gestão nº 014/2004, celebrado entre a ANA e a AGEVAP, com interveniência do CEIVAP.

Disposta esta apresentação, a segunda parte do trabalho discorrerá sobre a aplicação dos princípios e obrigações próprios à Administração Pública em âmbito privado, sobre a aplicação de recursos advindos da cobrança pelo uso dos recursos hídricos por entidade delegatária privada, regulamentada pela Resolução ANA 424/2004, bem como apresentará iniciativas concretas para a convergência da legislação aplicável à Agência de Bacia.

2 A AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Conforme se depreende da leitura do art. 3º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Agência Nacional de Águas – ANA traduz uma autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

O conceito de autarquia se infere da leitura do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual define autarquia como sendo: "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Assim, incontroverso tratar-se a Agência Nacional de Águas de uma autarquia, ou seja, uma pessoa jurídica dotada de personalidade de Direito Público, que não desempenha atividade econômica em sentido estrito. Em que pese a entidade enquadrar-se no conceito de autarquia, não significa dizer que esta detém o mesmo regime jurídico de outras autarquias, cabendo, portanto, à sua lei instituidora definir o conjunto de princípios e regras aplicáveis.

Como bem esclarece Marçal JUSTEN FILHO, o significado de regime especial, apresentado no art. 3º da Lei nº 9.984/2000, consiste na:

...ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos. A produção dos atos de competência da autarquia não depende de aprovação prévia ou posterior da administração direta, tal como não se verifica uma competência de revisão destes atos.¹

Por se tratar de uma autarquia em regime especial, sua lei instituidora lhe conferiu aumento significativo de competência, comparativamente com outras autarquias existentes, como bem define Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética. 2002. p. 391.

O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo; e, ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. ²

O parágrafo único, do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67 dispõe acerca da necessidade de se vincular as entidades componentes da administração indireta aos Ministérios com os quais suas respectivas competências se relacionam. Considerando o disposto no art. 14, da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, compete ao Ministério do Meio Ambiente a administração da política nacional do meio ambiente e dos recursos hídricos estando, portanto, a ANA vinculada a este Ministério. ³

Essa vinculação não significa sua submissão hierárquica àquele Ministério, mas uma possibilidade de controle meramente finalístico, como bem alerta DI PIETRO: “Como autarquias que são, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Todavia, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo”.⁴

No que se refere ao fato de a ANA integrar o rol de entidades incluídas no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cumpre alertar que o arrolamento constante do art. 33 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, foi ampliado, não se confundindo a Agência Nacional de Águas com as chamadas "agências de águas", de que trata o inciso V do mesmo dispositivo legal.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1999. p.131.

³ Nesse sentido, observa-se a obrigatoriedade do Contrato de Gestão celebrado entre a ANA e a AGEVAP ter de ser submetido, após manifestação do respectivo ou dos respectivos Comitês de Bacias Hidrográficas, à aprovação do Ministério do Meio Ambiente, conforme se depreende da leitura do § 1º do art. 3º da Lei 10.881, de 9 de junho de 2004.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 132.

2.2 REGIME JURÍDICO

Como visto anteriormente, a natureza jurídica da Agência Nacional de Águas é a de uma autarquia em regime especial, significando dizer que se trata de uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de direito público, que não desempenha atividade econômica em sentido estrito. Esta qualificação de agência reguladora como autarquia não importa reconhecer a identidade de seu regime jurídico com o de outras autarquias, cabendo, portanto, a sua lei instituidora, a Lei nº 9.984/2000, definir o conjunto de princípios e regras a ela aplicáveis.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, o regime especial a que faz referência a Lei nº 9.984/2000 encontra-se intrinsecamente relacionado com a independência política da Agência - sensivelmente mais ampla do que nas autarquias comuns, por meio da utilização de instrumentos que garantam a separação entre os interesses políticos e partidários e os interesses puramente técnicos, administrados por essa nova figura do Direito Administrativo brasileiro. Em outras palavras, a atribuição desse regime especial às agências reguladoras, visa à despolitização do serviço público, que é assim conceituada por este Doutrinador:

...eliminação do conteúdo político desnecessário de decisões relativas a interesses públicos que podem ser tomadas com vantagem por entes técnicos ou comunitários. No caso dos entes técnicos, afasta-se a interferência inútil da política partidária e da burocracia, no caso dos entes comunitários, a esses efeitos se acresce o não menos relevante incremento da legitimidade das decisões.⁵

Já para Celso Antonio Bandeira de MELLO, a autonomia administrativa, financeira, patrimonial, bem como a ausência de subordinação hierárquica, são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente, sendo o que ocorre um grau mais ou menos intenso destas características.⁶

⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Agências Reguladoras (descentralização e deslegalização), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 152.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros. 2005. p. 161.

2.3 ATRIBUIÇÕES

As atribuições da Agência Nacional de Águas abarcam duas grandes objectualidades: competências concernentes à política nacional de recursos hídricos e atribuições referentes às águas de domínio da União.

A função precípua da Agência Nacional de Águas - ANA vem a ser colaborar, no âmbito de suas competências, na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, mediante o desempenho das atividades discriminadas no art. 4º da Lei nº 9.984/2000, como segue:

Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe:

I – supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos;

II – disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;

III – (Vetado);

IV – outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º;

V - fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União;

VI - elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei no 9.433, de 1997;

VII – estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica;

VIII – implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União;

IX – arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no art. 22 da Lei no 9.433, de 1997;

X – planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios;

XI - promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos;

XII – definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas;

XIII - promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias;

XIV - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;

- XV - estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos;
- XVI - prestar apoio aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos;
- XVII – propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos.
- XVIII - participar da elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos e supervisionar a sua implementação.

Não obstante tal função cumpre à ANA participar da realização das demais atividades discriminadas no art. 32 da Lei nº 9.433/97, dado que passou a integrar o rol de entidades que compõem o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Art. 32. Fica criado o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, com os seguintes objetivos:

- I - coordenar a gestão integrada das águas;
- II - arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos;
- III - implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos;
- IV - planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos;
- V - promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos.

2.4 PATRIMÔNIO E RECEITAS

Sobre o patrimônio da ANA, pouco ficou esclarecido na Lei nº 9.984/2000, que se limitou a dizer que este é constituído pelos "bens e direitos de sua propriedade, os que lhe forem conferidos ou que venha a adquirir ou incorporar".⁷

Em virtude da natureza autárquica da entidade, cumpre ressaltar que seus bens são considerados públicos de uso especial. Neste sentido, bem esclarece Paulo Roberto Ferreira MOTTA:

Os bens das agências reguladoras são, como é elementar, bens públicos, com destinação especial e por ela administrados. Nesses termos, podem ser utilizados, onerados e alienados, na forma prevista em seus regulamentos, independentemente de autorização legislativa especial. Isso porque, se a agência para onerar um de seus bens necessitar de autorização legislativa, vai, conseqüentemente, perder parcela significativa de sua autonomia, ficando a mercê de uma autorização parlamentar, que no ritmo próprio do processo legislativo, poderá chegar de modo tardio.⁸

⁷ Art. 19 da Lei nº 9.984/2000

⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Manole. 2003.

As receitas das agências reguladoras provêm de uma pluralidade de fontes, fontes estas expressamente determinadas em suas leis instituidoras.

A Lei nº 9.984/2000 explicita em seu art. 20 as receitas da ANA, a saber: (i) os recursos que lhe forem transferidos em decorrência de dotações consignadas no Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais e transferências e repasses que lhe forem conferidos; (ii) os recursos decorrentes da cobrança pelo uso de água de corpos hídricos de domínio da União, respeitando-se as formas e os limites de aplicação previstos no art. 22 da Lei nº 9.433/97; (iii) os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas nacionais ou internacionais; (iv) as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; (v) o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrições em concursos; (vi) retribuição por serviços de quaisquer natureza prestados a terceiros; (vii) o produto resultante da arrecadação de multas aplicadas em decorrência de ações de fiscalização de que tratam os arts. 49 e 50 da Lei nº 9.433/97; (viii) os valores apurados com a venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade; (ix) o produto da alienação de bens, objetos e instrumentos utilizados para a prática de infrações, assim como do patrimônio dos infratores, apreendidos em decorrência do exercício do poder de polícia e incorporados ao patrimônio da autarquia, nos termos de decisão judicial; e, (x) os recursos decorrentes da cobrança de emolumentos administrativos.

Com relação às receitas provenientes da cobrança pelo uso da água em corpos hídricos de domínio da União, estas serão mantidas à disposição da ANA em conta única do Tesouro Nacional, mas deverão ser aplicadas de acordo com o previsto no art. 22 da Lei nº 9.433/97, com vista ao alcance dos objetivos previstos no art. 19 do mesmo diploma legal.⁹

⁹ Parágrafo elaborado de acordo com o art. 21 da Lei nº 9.984/00.

3 A ASSOCIAÇÃO PRÓ-GESTÃO DAS ÁGUAS DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL - AGEVAP

Criada em 20 de junho de 2002, a Associação Pró Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul - AGEVAP foi constituída para o exercício das funções de secretaria executiva do CEIVAP, desenvolvendo também as funções definidas no art. 44 da Lei nº 9.433/97, que trata das competências das Agências de Bacia, principalmente no que se refere à elaboração do Plano de Recursos Hídricos e à execução das ações deliberadas pelo Comitê para a gestão dos recursos hídricos da Bacia.

3.1 NATUREZA JURÍDICA

Conforme se depreende da leitura do art. 1º de seu estatuto, a Associação Pró Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul - AGEVAP é uma entidade constituída na forma de uma associação civil, sem fins lucrativos, com sede e foro na Estrada Resende – Riachuelo, nº 2535, no município de Resende, Estado do Rio de Janeiro, estando devidamente registrada no 1º Ofício de Registros de Pessoas Jurídicas de Resende, sob nº 4188.

3.2 REGIME JURÍDICO

Por se tratar de uma associação civil de direito privado, a AGEVAP é regida por seu estatuto, seu regimento interno e pelas disposições dos artigos 53 e seguintes do Código Civil.

Por força de sua qualificação como entidade delegatária de funções de Agência de Bacias, preconizada pelo Contrato de Gestão celebrado com a ANA, observará, conforme disposto no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.881, de 9 de junho de 2004, os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, princípios estes próprios da Administração Pública, quais sejam: princípio de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Desta forma, a AGEVAP enquadra-se no regime jurídico de direito privado, devendo observar os princípios próprios da Administração Pública, quando da execução do Contrato de Gestão celebrado com a ANA.

3.3 ATRIBUIÇÕES

Conforme o art. 3º de seu estatuto, a AGEVAP tem por finalidade básica dar apoio técnico e operacional à gestão dos recursos hídricos da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, promovendo o planejamento, a execução e o acompanhamento de ações, programas e projetos determinados, de acordo com o Plano de Recursos Hídricos da Bacia, pelo Comitê para Integração da Bacia do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP, criado pelo Decreto Federal nº 1.842, de 22 de março de 1996, objetivando: (i) apoiar técnica, administrativa e operacionalmente os órgãos e entidades, públicas ou privadas, relacionados ao gerenciamento de recursos hídricos na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, visando à gestão integrada, descentralizada e participativa; (ii) incentivar o uso racional e múltiplo dos recursos hídricos; (iii) elaborar estudos e pesquisas e identificar tecnologias que visem contribuir para melhoria das condições de saneamento, redução da poluição, conservação e recuperação do solo e da flora, controle da erosão, racionalização do consumo de água e demais ações que visem melhoria da qualidade de vida da população da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul; (iv) desenvolver programas de educação ambiental e promover, produzir e divulgar informações e conhecimentos, técnicos e científicos, relacionados à conservação e à recuperação dos recursos hídricos, inclusive tendo em vista um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a promoção do desenvolvimento sustentável; (v) apoiar tecnicamente os municípios e os usuários da água da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul na preparação e implementação de ações previstas no Plano de Recursos Hídricos da Bacia, inclusive na prevenção de calamidades públicas ocasionadas por eventos hidrológicos críticos (enchentes e secas), de origem natural, decorrentes do uso inadequado dos recursos hídricos ou agravados pelo uso inadequado do solo; e, (vi) executar outras ações e atividades

compatíveis com os seus objetivos sociais, que venham a ser estabelecidas pelo Conselho de Administração.

Dependendo de prévia autorização do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP, a AGEVAP poderá prestar apoio técnico e operacional a outros comitês de bacias hidrográficas, legalmente constituídos na área de atuação da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

3.4 PATRIMÔNIO E RECEITAS

Conforme preceitua o art. 7º do estatuto da AGEVAP, integram o patrimônio da Associação Pró Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul os bens e direitos que a qualquer título lhe venham a ser destinados.

O art. 8º do mesmo diploma descreve as fontes de recursos da AGEVAP, a saber: (i) convênios, contratos, empréstimos, financiamentos ou quaisquer outros ajustes firmados com pessoas jurídicas, públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais; (ii) subvenções sociais que lhe sejam transferidas pelo Poder Público; (iii) remuneração dos próprios serviços, na forma aprovada pelo Conselho de Administração, observado o disposto no § 5º; (iv) rendimentos de aplicações de seus ativos financeiros e outros pertinentes ao patrimônio sob sua administração; (v) doações, legados ou heranças; (vi) outros bens, valores ou direitos que porventura lhe sejam destinados; (vii) os saldos do exercício; e (viii) o produto da alienação de seus bens.

Como se pode verificar da leitura do art. 8º de seu estatuto, as origens dos recursos financeiros da AGEVAP podem ser públicas ou privadas.

Com relação às fontes oriundas de recursos públicos, estas se referem, até o presente momento, à cobrança pela utilização de recursos hídricos da bacia do Paraíba do Sul, transferidas pela ANA, como órgão responsável pela emissão de outorgas de direito de uso da água em corpos hídricos de domínio da União.

Além dos recursos transferidos à AGEVAP por conta da cobrança pela utilização dos recursos hídricos da bacia do Paraíba do Sul, poderão ser

destinados recursos orçamentários de diversas origens, seja pelo reconhecimento da AGEVAP como entidade delegatária de comitês instalados em rios afluentes de domínio estadual, seja pela destinação de recursos orçamentários diversos, no âmbito da Administração Federal, dos governos estaduais ou dos municípios abrangidos pela bacia

Com relação às fontes oriundas de recursos privados, estas se referem aos recursos decorrentes da prestação de serviços compatíveis com os objetivos estatutários e associativos da AGEVAP, devidamente aprovados por seu Conselho de Administração.

4 OS CONTRATOS DE GESTÃO

Como visto anteriormente, a natureza jurídica das agências reguladoras se enquadra na de autarquias em regime especial, significando dizer que se trata de uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de direito público, que não desempenha atividade econômica em sentido estrito. Da mesma forma, este reconhecimento como autarquia não importa reconhecer a identidade de seu regime jurídico com o de outras autarquias, cabendo, portanto, a sua lei instituidora, no caso da ANA, a Lei nº 9.984/2000, definir o conjunto de princípios e regras aplicáveis à sua gestão.

Tendo em vista o reconhecimento desta autonomia, o parágrafo 4º do art. 4º, de sua lei instituidora, prevê que a ANA poderá delegar ou atribuir a agências de água ou de bacia hidrográfica a execução de atividades de sua competência, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.433/97, e demais dispositivos legais aplicáveis.

Esta delegação de competências da ANA se dará, conforme previsto no art. 1º da Lei nº 10.881 de 9 de junho de 2004, mediante a celebração de Contratos de Gestão, *in verbis*:

Art. 1º A Agência Nacional de Águas – ANA poderá firmar Contratos de Gestão, por prazo determinado, com entidades sem fins lucrativos que se enquadrem no disposto pelo art. 47 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que receberem delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH para exercer funções de competência das Agências de Água, previstas nos arts. 41 e 44 da mesma Lei, relativas a recursos hídricos de domínio da União.

Sendo o Contrato de Gestão o instrumento hábil para a delegação de competências para que as agências de bacias exerçam as funções previstas nos arts. 41 e 44 da Lei nº 9.433/97, importante se faz a análise desta figura jurídica, tendo por base sua natureza jurídica, bem como as especificidades envolvidas na celebração deste instrumento jurídico firmado entre um ente da Administração indireta e uma Associação Civil de direito privado.

4.1 NATUREZA JURÍDICA

A figura jurídica do Contrato de Gestão foi criada pela Emenda Constitucional nº 19/98 que, incluindo o parágrafo 8º ao art. 37 da Constituição Federal, disciplinou o seguinte:

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

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Inicialmente, tem-se a considerar que o referido artigo menciona a ampliação de competências mediante instrumento de natureza contratual. Tal interpretação literal acarretaria a inconstitucionalidade deste parágrafo, visto que, caberia a lei determinar, nos limites das disposições constitucionais, a autonomia assegurada aos órgãos integrantes da Administração indireta, como se evidencia no inciso XIX, do art. 37, da Constituição Federal:

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 e, também, ao seguinte:

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Esclarecendo, Bandeira de MELLO enfatiza que competências não se transacionam, e muito menos pela via contratual, dada que a autonomia das autarquias e fundações decorre de lei e estas não podem ultrapassar o que nela se dispõe, tornando o Contrato de Gestão “uma figuração juridicamente inconstitucional, um “nada” perante o Direito.”¹⁰

Complementando esta idéia, MEIRELLES:

¹⁰ Idem.

Note-se, contudo, que não será o *Contrato de Gestão* que concederá as vantagens adicionais à autarquia ou fundação qualificada como *agência executiva*. Como na Administração Pública domina o princípio da legalidade, o *Contrato de Gestão* não é fonte de direitos. Ele é simplesmente um fato jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei. A ampliação da autonomia e outras vantagens a serem concedidas às agências executivas devem estar previstas em lei.¹¹

Neste sentido, a natureza jurídica dos Contratos de Gestão firmados entre a Administração direta e indireta, para Hely Lopes MEIRELLES, trata-se de um “acordo operacional” pelo qual é estabelecido o programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, cronograma da liberação de dotação orçamentária, critérios de avaliação de desempenho, prazos de execução e limites para despesas.¹² Continuando, o ilustre Doutrinador enfatiza que o Contrato de Gestão, “não é fonte de direitos”, sendo simplesmente o instrumento jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei.¹³

Contemporâneo aos princípios e normas da Administração Pública editadas pela Emenda Constitucional nº 19, a Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998, concebe o Programa Nacional de Publicização, o qual buscou uma forma de atribuir às entidades privadas sem fins lucrativos, em parceria com o Estado, a prestação de serviços públicos à sociedade num regime distinto da concessão ou permissão, partindo do pressuposto que esses serviços empreendidos no setor estatal possam vir a ser desenvolvidos mais eficientemente num setor público não estatal¹⁴, o chamado terceiro setor.

Neste ponto, importante se faz a constatação de que esta qualificação instituída mediante a promulgação da Lei nº 9.637/98, guarda estreita relação com os chamados Serviços Sociais Autônomos, ressaltando-se o fato de que estas entidades foram criadas na vigência da Constituição de 1946, quando

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 344.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

¹³ Idem. p. 257.

¹⁴ A noção do público não-estatal contribui para assinalar a importância da sociedade como fonte do Poder político, atribuindo-lhe um papel expresso - bem além do voto - na conformação da vontade política, assim como reivindicando suas funções de crítica e controle sobre o Estado e, em geral, sua preocupação pela *res publica*. Mas o tema do público não-estatal também se vincula à atribuição por parte da sociedade de uma responsabilidade na satisfação de necessidades coletivas, mostrando que tampouco neste campo o Estado e o mercado são as únicas opções válidas. In: Bresser-Pereira, L.C. e Nuria Cunill Grau, orgs., *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. p. 30.

não havia, no direito brasileiro, normas específicas sobre a administração indireta, quer na Constituição Federal quer na legislação ordinária.

Tal similitude advém do fato de que o Estado, mediante incentivos e subvenções, fomentava (e ainda fomenta) atividades econômicas de interesse público em benefício do particular, criando entidades aptas a atuar paralelamente às atividades próprias do Estado, não importando tal criação na integração desses entes na Administração Pública Indireta.

Neste sentido, bem esclarece Maria Sylvia DI PIETRO:

Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.¹⁵

Corroborando para este entendimento, discorre Hely Lopes MEIRELES:

...embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições parafiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.¹⁶

Conceituando Serviço Social Autônomo, disciplina Hely Lopes MEIRELLES:

...são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.¹⁷

No mesmo sentido, JUSTEN FILHO:

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 185.

¹⁶ idem

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 338

Entidade paraestatal ou Serviço Social Autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei, atuando sem submissão à Administração Pública, promovendo o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.¹⁸

Tendo em vista este caráter de colaboração, atuando a entidade privada paralela e autonomamente ao Estado, firmou-se o conceito de entidades paraestatais, conceito este que não encontra consenso entre os doutrinadores, em especial após a edição do Decreto nº 200/67.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, a expressão abrange pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário. Não abrange as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Trata-se de pessoas privadas que exercem função típica do Estado.

Como já apresentado anteriormente, para Marçal JUSTEN FILHO, entidade paraestatal é sinônimo de Serviço Social Autônomo, sendo esta uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei, atuando sem submissão à Administração Pública.

Para Hely Lopes MEIRELES, trata-se de pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei específica, que realizam atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado. Para este doutrinador, excluem-se deste conceito as autarquias e as fundações públicas.

Segundo Maria Sylvia DI PIETRO, os Serviços Sociais Autônomos, juntamente com as Organizações Sociais, as entidades de apoio e as organizações da sociedade civil de interesse público, constituem entidades paralelas, realizando atividades de interesse público, sem se confundir com o serviço público próprio do Estado.

O exemplo mais conhecido desse tipo de entidade é o Sistema “S”, formado pelo SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, a quem cabe a educação profissional e a prestação de serviços de assistência técnica e tecnológica às empresas do setor; o SESI – Serviço Social da Indústria, que

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

tem por objetivo a promoção da melhoria da qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes por meio de ações em educação, saúde e lazer; o IEL - Instituto Euvaldo Lodi, o qual promove o desenvolvimento da indústria mediante a capacitação empresarial e o apoio à pesquisa e à inovação tecnológica; o SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, que tem por objetivo a educação profissional para trabalhadores do setor de comércio e serviços; o SESC - Serviço Social do Comércio, o qual tem por objetivo a promoção da qualidade de vida dos trabalhadores do setor de comércio e serviços; o SENAR - Serviço Nacional de Aprendizagem Rural o qual tem por objetivo a educação profissional para trabalhadores rurais; o SENAT - Serviço Nacional de Aprendizagem em Transportes, o qual tem por objetivo a educação profissional para trabalhadores do setor de transportes; o SEST - Serviço Social de Transportes, que tem por objetivo a promoção da qualidade de vida dos trabalhadores do setor dos transportes; o SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Pequenas e Médias Empresas, o qual tem por objetivo a implantação de programas de apoio ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas; e, o SESCOOP - Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, o qual tem por objetivo o aprimoramento e desenvolvimento das cooperativas e capacitação profissional dos cooperados para exercerem funções técnicas e administrativas.¹⁹

Tais entidades do Sistema “S” foram instituídas pelo Poder Público mediante o Decreto-Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, e Decreto-Lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946, que atribuíram, respectivamente, à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem o Serviço Social da Indústria - SESI e o Serviço Social do Comércio – SESC.

Com relação a esta atribuição de competência, bem esclarece DI PIETRO:

Note-se que as leis instituidoras não criaram diretamente as entidades, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre em relação às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público; as leis atribuíram às Confederações Nacionais da Indústria e do Comércio o encargo de fazê-lo. O Poder

¹⁹ Disponível em: <<http://www.senai.br/br/ParaVoce/faq.aspx>> acesso em: 21/10/2007.

Público, por meio dos referidos decretos-leis, garantiu a sua manutenção por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores aos chamados Serviços Sociais.²⁰

Desta forma, em plena sintonia com a reforma do aparelho do Estado, preconizada pela Emenda Constitucional nº 19, bem como, guardando estreita relação com os Serviços Sociais Autônomos, a Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, em Organizações Sociais, organizações estas aptas a celebrar Contratos de Gestão com o Poder Público.

O conceito de Organizações Sociais é assim esclarecido por Paulo Eduardo Garrido MODESTO:

... pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Executivo, criadas por iniciativas de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.²¹

A definição de Contrato de Gestão para a Lei nº 9.637/98, está disposta em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por Contrato de Gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Como bem dispõe o art. 5º supracitado, o Contrato de Gestão visa à formação de parceria entre as partes. Nesse sentido, bem esclarece Marçal JUSTEN FILHO:

O ato apresenta natureza *consensual*, mas não contratual. Não se trata de um acordo de vontades destinado a gerar direitos e obrigações para uma ou ambas as partes, com natureza ampliativa do universo de relações jurídicas de que participam. Os partícipes da avença não podem sequer ser considerados como *partes* distintas e autônomas. São sujeitos integrantes de uma mesma órbita jurídica, sem qualquer contraposição ou dissociação de interesses.²²

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 185.

²¹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 210, p. 201, out./dez. 1997 p. 199.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 409.

Vindo ao encontro das disposições contidas na Lei nº 9.637/98, a qual qualifica uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos para celebrar Contratos de Gestão com o Poder Público, a Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999, cria a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP destinada a entidades de direito privado, sem fins lucrativos, com o intuito de celebrar Termos de Parceria, objetivando a formação de um vínculo de cooperação entre o Poder Público e uma entidade do terceiro setor com vistas ao fomento e a execução de atividades de interesse público, conforme disciplina o art. 9º da Lei nº 9.790/99:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Com relação à similitude entre o Contrato de Gestão previsto na Lei nº 9.637/98 e o Termo de Parceria previsto na Lei nº 9.790/99, esclarece Maria Sylvia DI PIETRO:

O objetivo em ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o Poder Público e uma organização não governamental qualificada pelo Poder Público, sob certas condições, a prestar atividade de interesse público mediante variação da forma de fomento pelo Estado. (...) O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas do legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.²³

Tendo por base os instrumentos jurídicos criados pela Lei nº 9.637/98, instituindo o Contrato de Gestão, bem como pela Lei nº 9.790/99, instituindo o Termo de Parceria, inegável se faz a similitude com o “Contrato de Gestão” instituído pela Lei nº 10.881/04, a qual dispõe que a ANA poderá firmar Contratos de Gestão com entidades sem fins lucrativos que se enquadrem no disposto pelo art. 47 da Lei nº 9.433/97, que receberem delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH para exercer funções de

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 198.

competência das Agências de Água, previstas nos arts. 41 e 44 da mesma Lei, relativas a recursos hídricos de domínio da União.

Desta forma, tem-se um órgão do Poder Público, a ANA, participante da Administração indireta do Estado, celebrando um Contrato de Gestão com uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, mediante sua prévia qualificação como entidade delegatária, para desempenhar funções de competência das agências de bacias.

Diante do todo exposto, vislumbra-se, portanto, que tais parcerias celebradas entre a Administração Pública e entidades de direito privado, sem fins lucrativos, quais sejam, o Contrato de Gestão idealizado para as Organizações Sociais, o Termo de Parceria para as OSCIPs, bem como o “Contrato de Gestão”²⁴ celebrado entre a ANA e as Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos, têm a natureza jurídica de um ato administrativo complexo, visto que há uma solidariedade de interesse entre as partes, e, por isso, conjugação de vontades e de meios e não de um contrato, em que há composição de interesses divergentes e, por isso, estabelecimento de reciprocidade de prestações.

Desta forma, conforme bem esclarece Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, trata-se de um acordo e não de um simples contrato administrativo, demonstrando que enquanto no contrato as vontades se *compõem*, não se adicionam, delas resultando assim uma terceira vontade autônoma ficta, que é a vontade do contrato (lei entre as partes), no ato complexo elas se *somam*, atuando paralela e autonomamente, gerando conteúdos obrigacionais *sui generis* de colaboração entre o ente administrativo e as entidades constituídas pela sociedade para este fim.²⁵

Em que pese a similitude entre os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais e as OSCIPs, há diferenças básicas que merecem aqui ser elencadas. Da análise pertinente às respectivas legislações incidentes, pode-se apontar, ainda que de forma perfunctória, que:

²⁴ O termo se encontra entre aspas em virtude de precisão terminológica, haja vista a expressão contrato de gestão não ser a mais adequada no caso da relação firmada entre a ANA e a AGEVAP.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 133.

- a) nos Serviços Sociais Autônomos, o Estado subsidia à iniciativa privada a execução de serviços de interesse público, instituindo para este fim contribuição parafiscal ²⁶ para a consecução de suas atividades;
- b) a instituição dos Serviços Sociais Autônomos decorre de lei; a obtenção da qualificação de OSCIP decorre de iniciativa de particulares; já a qualificação de Organização Social, em que pese decorrer o pleito da iniciativa de particulares, submete-se a juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público;
- c) a qualificação de uma entidade como organização social advém de um ato discricionário, ao passo que a qualificação de OSCIP traduz ato vinculado por parte do Poder Público; já os Serviços Sociais Autônomos não são detentores de qualificações;
- d) as Organizações Sociais firmam Contratos de Gestão; as OSCIPs Termos de Parceria; já os Serviços Sociais Autônomos não possuem instrumento específico para se relacionarem com o Poder Público.
- e) somente as Organizações Sociais estão autorizadas a receber servidores (para nelas prestar serviços) e bens públicos;
- f) ao contrário das Organizações Sociais, que ao serem qualificadas, também são declaradas como entidades de interesse social e de utilidade pública, as OSCIPs não recebem automaticamente outros títulos; já os Serviços Sociais Autônomos, repita-se, não sofrem nenhum processo de qualificação.
- g) o Poder Público participa dos quadros diretivos apenas nas Organizações Sociais, havendo nas OSCIPs (e também nos Serviços Sociais Autônomos) um distanciamento maior do Estado;
- h) o objeto de atividades dos Serviços Sociais Autônomos relaciona-se à assistência ou ensino a certas categorias sociais

²⁶ O tributo é parafiscal quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas.

ou grupos profissionais; já as Organizações Sociais atuam nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação de meio ambiente, cultura e saúde; e, por último, as OSCIPs que têm por escopo leque mais amplo, alcançam praticamente todas as atividades reconhecidas pelo Poder Estatal como de relevante interesse público.

- i) as OSCIPs e os Serviços Sociais Autônomos (enquanto entidades de direito privado) podem atuar sem qualquer vínculo com o Poder Público, ao contrário do que se poderia cogitar em relação às Organizações Sociais, indissociavelmente vinculadas à pactuação de um Contrato de Gestão com a Administração Pública, ainda que detentoras de natureza jurídica privada;
- j) apenas nos Termos de Parceria celebrados pelas OSCIPs é necessária a aprovação prévia por parte dos conselhos de políticas públicas;
- k) há divergência na Doutrina quanto às Organizações Sociais e os Serviços Sociais Autônomos serem ou não entidades não governamentais e, conseqüentemente, pertencerem ou não ao terceiro setor, ao contrário das OSCIPs que têm indubitável natureza não governamental; e,
- l) a extinção do Serviço Social Autônomo dá-se mediante lei, enquanto que para as Organizações Sociais e para as OSCIPs a desqualificação ocorre, respectivamente, por descumprimento ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria, sempre por processo administrativo.

4.2 REGIME JURÍDICO

Tanto os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais, como as OSCIPs e, no caso a AGEVAP (na qualidade de Entidade Delegatária de Recursos Hídricos), ao realizarem contratações ou aquisições com recursos recebidos do Estado (no caso da AGEVAP, recebidos da ANA), devem fazê-lo de acordo com procedimento licitatório prévio, elaborado nos termos das

respectivas leis incidentes, bem como de acordo com os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, submetendo-se, assim, parcialmente às regras de direito público.

Tal consideração se faz importante, visto que o regime jurídico a ser seguido pelo Contrato de Gestão ou Termo de Parceria celebrado entre o Poder Público e a organização de direito privado deverá ser pautado pelo regramento específico disposto na legislação pertinente à qualificação de entidades privadas como Organizações Sociais, OSCIPs e Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos, e não por procedimentos próprios a entes públicos, como a aplicação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Exemplificando este regramento específico a ser seguido pelas organizações de direito privado, quando celebram com o Poder Público Contrato de Gestão ou Termo de Parceria, citam-se as especificações concernentes à aquisição e alienação de bens e para a contratação de obras e serviços.

Com relação às OSCIPs e às Organizações Sociais, tais regramentos são propostos pelas organizações civis sendo posteriormente aprovados pelos respectivos órgãos públicos parceiros.

No caso dos Serviços Sociais Autônomos, estes devem elaborar e publicar regulamentos próprios definindo as regras relativas aos contratos que venham a ser celebrados com o Poder Público.

No caso da AGEVAP, por força do Contrato de Gestão celebrado com a ANA, o regramento a ser aplicado quando da aquisição, alienação de bens e para a contratação de obras e serviços, seguirá os ditames da Resolução ANA nº 424, de 4 agosto de 2004, conforme seu art. 1º, a seguir transcrito:

Art. 1º Este regulamento estabelece normas para a aquisição e alienação de bens e para a contratação de obras e serviços no âmbito das Entidades Delegatárias das funções de Agência de Água.

Tal assertiva é da maior importância tendo em vista a edição do Decreto nº 5.504, em 05 de agosto de 2005, o qual impõe aos entes públicos e privados a utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, quando da contratação de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência da

transferência voluntária de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Afirma o Decreto, em seu art. 1º, que:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União, deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações, a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

(...)

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos Contratos de Gestão ou Termos de Parceria.

Descabido, temerário e flagrantemente ilegal impor, mediante Decreto, que entidades privadas sejam vinculadas a procedimentos exigíveis somente a entes e órgãos da Administração Pública, ainda mais quando se tratar de Organizações Sociais e de organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs que, como é notório, possuem regulamentação específica – respectivamente, a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998 e a Lei 9.790, de 23 de março de 1999.

As legislações que regulamentam as Organizações Sociais e as OSCIPs surgiram ao encontro do que se convencionou chamar de Reforma do Estado (materializada com a EC nº 19/98), movimento este que, no intuito de alcançar maior eficiência no trato da coisa pública, introduziu novos institutos no direito privado. É nesse contexto e com o perfil de organização particular, isto é, alheia à estrutura estatal, que tais entidades foram criadas, ou qualificadas, ou seja, são entes particulares que não pertencem à estrutura governamental, não obstante com o Poder Público possam manter parceria no intuito de implementar ações de interesse coletivo. São pessoas jurídicas de

direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares e devidamente qualificadas pelo Poder Público.

Importa esclarecer que a qualificação e a posterior celebração de Termo de Parceria ou Contrato de Gestão com o Poder Público, não implica na alteração da natureza jurídica de direito privado da entidade, não retira a sua autonomia para atuar e não a vincula à adoção de procedimentos afetos ao Poder Público. Pelo contrário, a qualificação tão somente subsume a entidade às normas previamente explicitadas na respectiva legislação regulamentadora.

Quanto às exigências pertinentes à natureza Jurídica, cumpre apontar que, de acordo com o Código Civil Brasileiro, as organizações do terceiro setor podem assumir a forma jurídica de associações civis ou de fundações de direito privado. De acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.790/99, considera-se sem fins lucrativos:

... a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que as aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Assim, as normas regulamentadoras das Organizações Sociais e das OSCIPs, que são leis ordinárias, elencam elas mesmas quais as regras e competências devem constar de seus estatutos para o pleito das respectivas qualificações. Tal constatação se faz importante para salientar que o Chefe do Executivo Federal, ou mesmo de qualquer outra esfera, não pode simplesmente ignorar essa norma e editar regra que foge de sua competência.

A própria lei 9.790/99 apregoa que as OSCIPs devem editar regulamento próprio no intuito de disciplinar a contratação de suas obras, serviços e compras determinando que esta, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura de Termo de Parceria, publique regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do

Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do artigo 4º desta mesma Lei.²⁷

Fácil concluir que a exigência de regulamento próprio advém do fato da entidade deter natureza jurídica de direito privado, não estando, portanto, submetida a normas gerais de licitações e contratações pertinentes a órgãos e entes da Administração Pública.

Nesse sentido, uma vez inquestionável encontrar-se o Poder Executivo Federal vinculado ao princípio da legalidade, a este não se faz possível editar e impor, além dos limites constitucionais, regras que submetam entidades de direito privado ao regime da Lei 8.666/93, ou da Lei 10.520/2002, principalmente quando se tratar de uma OSCIP ou de uma organização social, as quais se encontram devidamente regulamentadas por lei ordinária.

A restrição em comento encontra guarida, primeiramente, na própria Constituição Federal, a qual estatui em seu art. 22, inciso XXVII, ao tratar da competência da União para legislar, que:

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

Cumprе enfatizar que normas gerais correspondem a regras fundamentais e básicas que têm como objetivo orientar as demais normas regulamentares que serão editadas. Englobam princípios e definições, mas em momento algum alcançam questões procedimentais e de cunho formal, cuja competência legislativa pertence aos demais entes federados.

A própria Lei nº 8.666, editada em 21 de junho de 1993, afirma em seu artigo 1º que:

Art. 1º. Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as

²⁷ Parágrafo elaborado de acordo com o art.14 da Lei nº 9.790/99.

empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Também a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual instituiu a modalidade pregão, em momento algum se atreve a impor sua aplicação, limitando-se a facultar a sua utilização, obedecendo assim os limites constitucionais. Como ilustração, cumpre transcrever alguns de seus artigos e parágrafos:

Art. 2º ...

(...)

§2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotoras da modalidade pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

Art. 11 As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Art. 12 A Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: “Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área de saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando o seguinte ...”

Percebe-se que em trecho algum a norma resta estendida a entidades que não estejam a ela submetidas, ou melhor, que não tenham sido referidas expressamente pela Constituição Federal, ou mesmo pela Lei Geral de Licitações e Contratos.

É de se ressaltar, também, que não há sequer obrigatoriedade na adoção do pregão nas licitações para a aquisição de bens e para a contratação de serviços comuns, haja vista o caráter facultativo do pregão, conforme se depreende da leitura do artigo 1º da Lei nº 10.520/02:

Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei.

Diante do exposto, irrefutável a conclusão de que inexistente previsão legal no sentido de legitimar a imposição a entidades de direito privado, devidamente qualificadas como sendo Organizações Sociais, OSCIPs, ou mesmo como Entidade Delegatária de recursos hídricos, de regramento

aplicável à administração direta, às autarquias e fundações públicas, ainda que estas recebam recursos públicos quando da celebração de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria.

Concluindo, não se faz possível ampliar, ainda que mediante decreto, a abrangência de aplicação das normas em comento, sem que tal ato conote, a um só tempo, flagrante extrapolação das atribuições do Chefe do Poder Executivo Federal e afronta direta ao princípio da legalidade.

5 CONTROLES AO CONTRATO DE GESTÃO

Como já identificado anteriormente, pode-se vislumbrar similitudes entre os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais, as OSCIPs e a AGEVAP, quando investida na qualificação de Entidade Delegatária de Recursos Hídricos. Tais similitudes se referem ao fato de que tais entidades ao se vincularem com o Poder Público criam regramentos específicos, que nortearão as relações jurídicas mantidas com o próprio Estado.

Da mesma forma, previamente à celebração de parcerias com o Poder Público, este exige certas qualificações do ente privado, quer seja pela qualificação como Organização Social, quer seja pela qualificação como OSCIP, ou mesmo pela qualificação como Entidade Delegatária de Recursos Hídricos.

Esta prévia qualificação do ente privado e posterior celebração do acordo/parceria com o Poder Público não acarreta, repita-se, qualquer modificação ou alteração da sua natureza jurídica de direito privado, não lhe retira a autonomia para atuar, assim como não cria vinculação com procedimentos típicos da área pública, mas apenas imputa-lhes determinadas responsabilidades e encargos, advindos de suas disposições estatutárias e de cláusulas contidas nas respectivas parcerias celebradas com o Poder Público.

Desta forma, pode-se dizer que a entidade de direito privado, sem fins lucrativos, quando vinculada ao Poder Público, por força de um Contrato de Gestão, Termo de Parceria ou instrumento que lhe faça às vezes, sofrerá dois tipos de controles: o controle interno, controle este próprio de suas disposições estatutárias, bem como o acompanhamento, avaliação e fiscalização exercida pelo órgão público a que esta entidade está vinculada; e, o controle externo, por força do parágrafo único, do art. 70 da Constituição Federal, o qual dispõe que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária, sendo este controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

5.1 CONTROLE INTERNO

O primeiro controle interno sofrido pelas entidades de direito privado, sem fins lucrativos, advém de suas próprias disposições estatutárias, podendo o estatuto instituir órgão específico para fiscalizar e acompanhar as contas da entidade.

A Lei nº 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais exige, conforme seu art. 4º, que para fins de qualificação, o estatuto da entidade disponha expressamente sobre a competência privativa de seu Conselho de Administração em fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas no Contrato de Gestão celebrado com o poder público, *in verbis*:

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Da mesma forma, a Lei nº 9.790/99 dispõe, em seu art. 4º, da necessidade em se constituir um Conselho Fiscal, órgão este competente para fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas no Termo de Parceria celebrado com o Poder Público, *in verbis*:

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

(...)

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

Em consonância com as disposições estatutárias das Organizações Sociais, das OSCIPs e, do regulamento das entidades do Sistema "S", a AGEVAP prevê em seu estatuto um Conselho Fiscal, órgão este competente para fiscalizar as contas desta Associação Civil, conforme disposto nos arts. 25, 26 e 27 de seu estatuto social, *in verbis*:

Art. 25. O Conselho Fiscal é o órgão fiscalizador da ASSOCIAÇÃO, composto por três membros designados pela Assembléia Geral.

Parágrafo único. O Regimento Interno da ASSOCIAÇÃO disporá quanto à Presidência do Conselho, mandato, substituição e afastamento dos Conselheiros, aplicando-lhes o disposto no art. 16, bem como quanto ao detalhamento das competências.

Art. 26. O Conselho Fiscal reunir-se-á:

I – ordinariamente, a cada dois meses; e

II – extraordinariamente, sempre que convocado por sua Presidência, pelo Conselho de Administração ou por dois terços dos associados da ASSOCIAÇÃO.

Art. 27. Compete ao Conselho Fiscal:

I – fiscalizar permanentemente a contabilidade da ASSOCIAÇÃO, inclusive examinando os livros de escrituração e demais elementos de informação correlatos, e analisar os balanços e relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para o Conselho de Administração e para a Assembléia Geral;

II – emitir pareceres prévios à deliberação do Conselho de Administração sobre as matérias previstas nos incisos IV, alíneas b, c e f, XI, IX e X do art. 20.

III – requisitar, ao Diretor ou aos Coordenadores, a documentação comprobatória das operações econômico-financeiras realizadas pela ASSOCIAÇÃO;

IV – determinar a realização de auditoria externa, quando entender necessário, às custas da ASSOCIAÇÃO; e

V – exercer outras funções correlatas que lhe sejam atribuídas pelo Conselho de Administração.

O segundo controle interno sofrido por estas entidades de direito privado, sem fins lucrativos, se refere ao acompanhamento, avaliação e fiscalização exercida pelo órgão público vinculado por força de um Contrato de Gestão ou por um Termo de Parceria.

No caso dos Serviços Sociais Autônomos, mais especificamente para as entidades participantes do Sistema “S”, este controle interno será exercido por um Conselho formado pelo Poder Público e entidades representativas do setor de atuação, o qual terá jurisdição para a coordenação e controle das atividades realizadas pela entidade, podendo inspecionar, fiscalizar e intervir nos atos realizados.

Para as Organizações Sociais e as OSCIPs, este controle se manifesta pela constituição de uma Comissão de Avaliação ao acordo avençado, tendo assim o órgão público condições de acompanhar periodicamente a execução da parceria mediante a análise das metas e resultados alcançados pela entidade privada, no período proposto.

A título ilustrativo cumpre demonstrar, a seguir, a previsão legal destas Comissões de Avaliação para a celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão com o Poder Público:

Lei nº 9.637/98

Art. 8º A execução do Contrato de Gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do Contrato de Gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do Contrato de Gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Lei nº 9.790/99

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Com relação ao acompanhamento, avaliação e fiscalização exercida pela ANA, quando da celebração de Contratos de Gestão, este não difere dos controles exercidos pelos órgãos públicos quando da celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais, visto que a Lei nº 10.881/04, em seu art. 3º, prevê similar instrumento para controle interno de suas parcerias, como segue:

Art. 3º A ANA constituirá comissão de avaliação que analisará, periodicamente, os resultados alcançados com a execução do Contrato de Gestão e encaminhará relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, à Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente e ao respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica.

Parágrafo único. A comissão de que trata o caput deste artigo será composta por especialistas, com qualificação adequada, da ANA, da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente e de outros órgãos e entidades do Governo Federal.

5.2 CONTROLE EXTERNO

O ordenamento jurídico brasileiro indica a necessidade de submissão dos Serviços Sociais Autônomos, das Organizações Sociais, das OSCIPs e das Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos ao controle externo, isso porque, a disposição constitucional acerca da obrigatoriedade de sujeição, inclusa no parágrafo único do art. 70, da Constituição Federal, estabelece que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”²⁸

Sobre o conteúdo do dispositivo constitucional acima transcrito, é preciso ponderar que estas entidades, sempre que estiverem utilizando, arrecadando, guardando, gerenciando ou administrando dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o Estado responda, ou quando em nome deste assuma obrigações de natureza pecuniária, deve prestar contas ao Tribunal de Contas da União,²⁹ de acordo com o preceituado no inciso II, do art. 71, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II – julgar as contas dos administrados e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

²⁸ Controle externo é aquele exercido por órgão díspar, que não pertence à estrutura do responsável pelo ato controlado, tal qual ocorre com o controle que o Poder Judiciário pode vir a realizar sobre os atos do Poder Público, bem como o controle direto ou indireto a cargo do Congresso Nacional e, ainda, o realizado pelo Tribunal de Contas.

²⁹ GUALAZI, Eduardo Lobo Botelho, definiu O Tribunal de Contas como órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional. In: *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992, p.187.

Assim, em tendo a entidade ou órgão supervisor do Poder Público que assinou o Contrato de Gestão e/ou Termo de Parceria, responsabilidade pela fiscalização da execução do pactuado, tomando conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por entes do terceiro setor, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Caso não seja dado conhecimento, o responsável pela fiscalização da execução do Contrato de Gestão e/ou Termo de Parceria será considerado solidariamente responsável pelos danos que, por ventura, decorram da ilegalidade identificada e não informada.³⁰

Tem-se a considerar que a principal norma que vincula tais entidades privadas ao Poder Público são as disposições contidas nos Contratos de Gestão ou Termos de Parceria avençados.

Desta forma, o comprometimento destas entidades de direito privado às regras de natureza pública se dão mediante a observação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade em suas disposições contratuais, como segue:

Lei nº 9.637/98

Art. 7º Na elaboração do Contrato de Gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade...

Lei nº 9.790/99

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

Lei nº 10.881/04

Art. 9º A ANA editará, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, contado da data de publicação da Medida Provisória nº 165, de 11 de fevereiro de 2004, norma própria contendo os procedimentos que a entidade delegatária adotará para a seleção e recrutamento de pessoal, bem como para compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos públicos.

Parágrafo único. A norma de que trata o caput deste artigo observará os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal.

³⁰ No caso da AGEVAP, tal assertiva pode ser abstraída da leitura da alínea *f* do inciso II da Cláusula 3ª do Contrato de Gestão celebrado com a ANA; no caso das Organizações Sociais, da leitura do art. 10 da Lei nº 9.637/88; e, no caso das OSCIPs, da leitura do art. 12 da lei nº 9.790/99.

Além do atendimento aos princípios próprios da Administração Pública, as entidades de direito privado, qualificadas como Organizações Sociais, OSCIPs, as entidades participantes do Sistema “S”, bem como as Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos devem obedecer a regramentos específicos relacionados a aquisições, alienações de bens e contratações de obras e serviços.

Diante do exposto, vislumbra-se que apesar de tais entidades estarem vinculadas às regras de direito privado, devem observar os princípios próprios da Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal, bem como a regramentos próprios do parceiro público, quando da aplicação dos recursos advindos do órgão estatal, o que não significa submetê-las integralmente ao regime jurídico público.

Desta forma, o controle externo a ser exercido pelo Tribunal de Contas deverá ser pautado tendo em vista que as entidades do terceiro setor encontram-se excluídas, pela Constituição Federal, da obrigatoriedade de observar os parâmetros propostos acerca do controle fiscal, contábil e financeiro, nos moldes dos artigos 71 a 75, vez que estes são imperativos somente às pessoas jurídicas de direito público integrantes das administrações direta, indireta e fundacionais.

Apesar deste controle externo não ser exercido nos moldes dos artigos supracitados, tal controle, observando o Princípio da Eficiência,³¹ terá como parâmetro de aferição a consecução das metas previamente estabelecidas no Contrato de Gestão.

Neste sentido, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas a entidades de direito privado, em se tratando de Organizações Sociais, Serviços Sociais Autônomos, OSCIPs e Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos, tendo em vista o disposto no art. 70 da Constituição Federal, deverá ser

³¹ O princípio constitucional da eficiência administrativa, expressado na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98, já era implícito à estrutura do regime republicano. Sua natureza jurídica é, portanto, incontestada, haja vista não só a sua formalização constitucional, cuja ontologia é inafastavelmente normativa. Assim sendo, o princípio não deve ser considerado uma mera transposição de um parâmetro a administração privada, nem implica uma derrogação de qualquer outro princípio constitucional, notadamente o da legalidade. In: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p.147.

pautado, tendo em vista o vínculo jurídico de colaboração existente entre a entidade de direito privado e o ente da Administração Pública.

Em se tratando das entidades participantes do Sistema “S”, o Poder Público mediante lei atribuiu às Confederações Nacionais da Indústria e do Comércio o encargo de regulamentar este vínculo jurídico. Tendo por base o disposto nesta regulamentação, o controle destas entidades é realizado por um Conselho Nacional, o qual analisa e fiscaliza as contas da entidade, remetendo posteriormente tal prestação de contas do ente privado ao Tribunal de Contas da União.

Com relação às Organizações Sociais, o vínculo jurídico que se estabelece entre este ente privado e a Administração Pública ocorre mediante a celebração de Contrato de Gestão, firmado nos moldes da Lei nº 9.637/98. Conforme se depreende da leitura do art. 8º da referida Lei, este controle se dá mediante a apresentação, ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, do relatório pertinente à execução do Contrato de Gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. Da mesma forma prevê o mesmo artigo que os resultados atingidos com a execução do Contrato de Gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Após a análise da comissão esta deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

No mesmo sentido, o vínculo jurídico gerado entre uma OSCIP e a Administração Pública ocorre mediante a celebração de Termo de Parceria, firmado nos moldes da Lei nº 9.790/99, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99. Conforme se depreende da leitura do art. 11 da referida Lei, este controle se dá mediante o acompanhamento e fiscalização por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo. Ressalta-se que além deste controle

externo, os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser fiscalizados e analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão público parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Com relação às Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos, o vínculo jurídico existente entre estas entidades privadas e o Poder Público (qual seja, a Agência Nacional de Águas – ANA) dá-se mediante a celebração de Contrato de Gestão previsto na Lei nº 10.881/04. Conforme disposto no art. 3º da referida Lei, o controle exercido pela ANA dá-se mediante a instituição de comissão de avaliação a qual analisa, periodicamente, os resultados alcançados com a execução do Contrato de Gestão, encaminhando relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, à Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente e ao respectivo (ou respectivos) Comitês de Bacia Hidrográfica.

Além do controle externo sofrido pela AGEVAP, por força do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, vislumbra-se um controle social exercido pelo CEIVAP, visto que, conforme disposto no art. 4º do estatuto da AGEVAP, esta terá como associados somente membros do CEIVAP, ocasionando assim debilidade na representatividade social desta Agência.

Some-se ao controle social exercido pelo CEIVAP, o excesso de controles sobre os processos administrativos e gerenciais da AGEVAP, pois, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 10.881/04, a ANA encaminhará relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, à Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente e ao respectivo (ou respectivos) Comitê(s) de Bacia Hidrográfica.

A Procuradoria da ANA também exerce um controle externo sobre a AGEVAP, visto que, conforme disposto no art. 14 da Lei nº 9.984/00, caberá a esta Procuradoria executar as atividades de consultoria e de assessoramento jurídicos da ANA.

Demais disso, a AGEVAP experimenta as demandas da instância de controle interno do Ministério do Meio Ambiente, às quais se devem acrescentar as intervenções do Ministério Público.

Conforme demonstrado, pode-se observar que o controle exercido pela Administração Pública às entidades do terceiro setor, quando da celebração de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria, é definido mediante critérios estabelecidos na legislação ordinária nacional, quais sejam: a Lei nº 9.637/98, para as Organizações Sociais; a Lei nº 9.790/99, para as OSCIPs; e, a Lei nº 10.881/04, para as Entidades Delegatárias de Recursos Hídricos.

Ressalta-se que apesar de já existir critérios definidos em lei para que os órgãos da Administração Pública “convenientes” exerçam seu poder de controle sobre tais entidades do terceiro setor, o Tribunal de Contas da União, exercendo sua jurisdição de controle externo, mediante a Decisão Normativa TCU nº 71, de 7 de dezembro de 2005, estabelece diferentes critérios para que as entidades do terceiro setor apresentem suas prestações de contas.

Tem-se a observar que tal Decisão Normativa do Tribunal de Contas da União não é aplicada especificamente às entidades do terceiro setor, mas sim, de forma abrangente, às unidades jurisdicionais pertencentes à administração direta e indireta do Poder Público.

Vislumbra-se, portanto, que o Tribunal de Contas da União, ao exercer seu poder fiscalizador sobre entidades do terceiro setor, por força do art. 70 da Constituição Federal, principalmente no caso da AGEVAP, na qualidade de Entidade Delegatária de Recursos Hídricos, exacerba ao adotar integralmente os critérios de controles típicos da Administração Pública.

Desta forma, tais critérios de controle, estabelecidos na Decisão Normativa TCU nº 71/2005, não podem ser simplesmente transplantados para entidades do terceiro setor, visto que, em decorrência da celebração de Contratos de Gestão ou de Termos de Parceria, a lei ordinária nacional já estabeleceu critérios específicos de controle, não podendo, assim, o Tribunal de Contas da União, mediante ato normativo, contrariar disposição de lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto e, considerando os questionamentos elaborados pela AGEVAP, tem-se a concluir que:

A AGEVAP, em pese não se enquadrar literalmente nos conceitos de Organização Social e de OSCIP, possui, indubitavelmente, natureza jurídica de direito privado, vez que encerra uma associação civil de direito privado que, no máximo, pode ser enquadrada entre as organizações que pairam numa zona de intersecção entre o público e o privado. Nesse sentido Juarez FREITAS ensina que:

...as Organizações Sociais ocupam zona mesclada, intermediária ente o público e o privado, claramente integrantes do emergente e valiosíssimo terceiro setor. Convém notar, ainda, que essas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a “publicização” do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da Administração Pública Federal Indireta.³²

Assim, independentemente da qualificação atribuída pelo Poder Público, quer seja pelo enquadramento como Organização Social, como OSCIP, ou mesmo como Entidade Delegatária de Recursos Hídricos, tais entidades continuam a ser orientadas pela sua própria natureza jurídica de direito privado, devendo, simultaneamente, observar os princípios próprios da Administração Pública, quando do trato da coisa pública e nos limites estabelecidos na legislação e nos instrumentos jurídicos pertinentes, objetivando desta forma, a execução mais eficiente das atividades sociais delegadas.

Tendo por referência a instituição do Contrato de Gestão como instrumento jurídico hábil para operacionalizar as funções de agências de bacias, mediante a delegação de competências da ANA, importante se faz a contextualização e especificação deste instrumento quando de sua utilização entre os diversos órgãos da administração estatal, tendo como foco principal a descentralização de poderes (Contrato de Gestão entre órgãos públicos), bem como quando de sua utilização por um órgão da Administração Pública e uma

³² FREITAS, Juarez. Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. *Revista de Informação legislativa*, p.133-138.

organização de direito privado, tendo como foco principal a parceria, por colaboração, entre os pactuantes.

Desta forma, demonstra-se, por analogia, que o Contrato de Gestão celebrado entre a ANA e a AGEVAP guarda estreita relação com outros instrumentos jurídicos utilizados para a colaboração de entidades privadas, sem fins lucrativos para com o Estado. Por isso, vislumbra-se que o Contrato de Gestão celebrado entre a AGEVAP e a ANA tem a natureza jurídica de um ato administrativo complexo, visto que há uma solidariedade de interesses entre as partes, e, por isso, conjugação de vontades e de meios, não conotando, portanto, um contrato, em que há composição de interesses divergentes e, por isso, estabelecimento de reciprocidade de prestações.

A Constituição Federal no Título IV, da organização dos poderes, Capítulo I, *d* Poder Legislativo, Seção IX, ao tratar da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária disciplina como deve ser feito o controle dos entes da Administração Pública, direta, indireta, fundacional, bem como das sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Assim, resta cristalino que a AGEVAP, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, integrante do que se convencionou chamar de “terceiro setor”³³, encontra-se excluída, pela Constituição Federal, da obrigatoriedade de observar os parâmetros propostos acerca do controle fiscal, contábil e financeiro, nos moldes dos artigos 71 a 75, uma vez que estes são imperativos somente às pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração direta, indireta e fundacionais.

Noutras palavras, ao se afirmar que a AGEVAP não tem obrigação de se submeter aos dispositivos constitucionais que determinam tais formas de controle, se quer dizer que a Lei Maior brasileira somente disciplinou a fiscalização contábil, financeira e fiscal das entidades da administração direta, indireta e fundacionais, haja vista não haver disposição expressa que obrigue

³³ Apenas para melhor entendimento. Lembramos que Primeiro Setor é formado pelas entidades do Poder Público, seja no âmbito municipal, estadual ou federal, isto é, o conjunto das entidades que formam o Estado, e que as entidades do Segundo Setor são as empresas pertencentes a particulares que, atuando como entidades privadas, tem no lucro seu objetivo principal. (Barboza. Gestão contábil e sistemas de informações aplicáveis às entidades sem fins lucrativos: aspectos legais, normativos e deficiências. In; Espírito Santo. Ministério Público. Terceiro Setor: fundações e entidades de interesse social, p.292.

as entidades detentoras de personalidade jurídica de direito privado aos regramentos pertinentes aos órgãos integrantes da Administração Pública.

Resta identificar que a AGEVAP, como uma associação civil, sem fins lucrativos, submete-se a um controle interno advindo de suas próprias disposições estatutárias, isso porque o próprio estatuto prevê a instituição de órgão específico para fiscalizar e acompanhar as contas da entidade, qual seja, o Conselho Fiscal.

Concomitantemente, quando a AGEVAP reveste-se da figura de Entidade Delegatária de Recursos Hídricos, por força do Contrato de Gestão celebrado com a ANA, submete-se ao acompanhamento, avaliação e fiscalização deste órgão público, mediante a instituição de uma Comissão de Avaliação composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, indicados pela autoridade supervisora, qual seja, a ANA.

Não obstante as observações acima pontuadas, insta advertir que tanto as Organizações Sociais, como as OSCIPs e, inclusive, a AGEVAP – na qualidade de Entidade Delegatária de Recursos Hídricos, ao receberem “dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda” mediante Contrato de Gestão, Termo de Parceria ou instrumento equivalente, têm o dever de prestar contas, conforme o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.³⁴

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária

Marçal JUSTEN FILHO, ao tratar dos pressupostos necessários para a configuração de uma entidade como organização social registra que:

É fundamental a autonomia da entidade em face do Estado, incumbindo-lhe assumir os riscos da atividade que desenvolver em nome próprio e responder em face da comunidade pela eficiência na gestão dos recursos, bem e pessoal. Logo, a ausência

³⁴ 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.

de controles burocráticos deverá ser limitada. Deverão ser fixados objetivos a ser atingidos e estabelecidos índices objetivos para a avaliação da eficácia da atividade.³⁵

O autor citado, pois, propõem que a fiscalização a ser realizada sobre as Organizações Sociais e, por analogia, sobre as OSCIPs e sobre a AGEVAP, ocorra mediante controle de resultados, tendo em vista, como ponto primordial, a eficiência da atividade desempenhada e não os meios pelos quais foi atingido.

Neste sentido, o controle externo a ser exercido pelo Tribunal de Contas deve ser executado tendo em vista que as entidades do terceiro setor encontram-se excluídas, pela Constituição Federal, da obrigatoriedade de se observar certos requisitos formais próprios das pessoas jurídicas de direito público, integrantes das administrações direta, indireta e fundacionais. Desta forma, ao Tribunal de Contas cumpre atuar como ente fiscalizador, tendo por parâmetro que o próprio Contrato de Gestão caracteriza instrumento suficiente de controle por parte do Estado, visto que qualquer indício de malversação de recursos públicos repassados, mediante o referido instrumento, à organização de direito privado, pode ser prontamente detectada quando da análise quantitativa das metas e respectivos indicadores de desempenho, prévia e de comum acordo estabelecidos com o Parceiro Público.

³⁵ JUSTEN FILHO. op. Cit., p.36.

7 INICIATIVAS CONCRETAS PARA A CONVERGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À AGÊNCIA DE BACIA.

Embora as entidades gestoras da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul constituam um Sistema, e devam funcionar como tal para ampliar sua eficácia, é necessário ter em mente que o formato jurídico das instituições que o compõe é diverso, ensejando direitos e obrigações e impondo restrições à sua liberdade operacional igualmente diversos.

Neste sentido, o Contrato de Gestão celebrado entre a ANA e a AGEVAP representa um avanço na gestão compartilhada dos recursos hídricos, sendo este um dos princípios basilares da Lei nº 9.433/97.

Desta forma, cabe aos atores envolvidos no gerenciamento deste sistema efetivar a implementação deste princípio maior, mediante o reconhecimento de um regime jurídico especial, ao qual se encontram submetidas não só a AGEVAP, como também a Agência Nacional de Águas.

Vislumbra-se o reconhecimento de um regime especial na medida em que, no próprio Contrato de Gestão celebrado, faz-se possível, há um só tempo, primar pelos princípios norteadores da Administração Pública sem, com isso, macular a natureza privada do ente paraestatal, que com o Poder Público atua em colaboração em prol da operacionalização do Sistema Nacional de Recursos Hídricos, cujos princípios basilares vão ao encontro do que se convencionou chamar Estado Gerencial, modelo este incompatível com a exacerbação de controles que, em detrimento da averiguação dos resultados efetivamente alcançados, se fundam na natureza dos “meios”.

Assim, o que se propõe como caminho a ser perseguido, não vem a ser uma mera dicotomia dos modelos gerencial e burocrático, mas a interpenetração de ambos, haja vista o ordenamento jurídico pátrio abrigar, de forma incontestada, os mecanismos de descentralização necessários ao pleno funcionamento do Sistema de Gestão de Recursos Hídricos do Rio Paraíba do Sul.