**2º RELATÓRIO CONTENDO MAPEAMENTO DOS MODELOS JURÍDICOS POSSÍVEIS, COM VANTAGENS E DESVANTAGENS DE CADA FORMA DE GESTÃO, CONFORME PREVISTO NO CONTRATO DE CONSULTORIA.**

**PRODUTO 02**

**Introdução**

No dia 10 de junho de 2013, na cidade de São Paulo, ocorreu o segundo workshop com a presença da Consultora para dar prosseguimento ao plano de trabalho decorrente do contrato firmado com o BID para dirimir questões jurídicas a respeito da criação do SEFAZ Nacional, sob o ponto de vista jurídico.

Estiveram presentes na reunião as seguintes pessoas: Eudaldo Jesus (ENCAT-Bahia); Vinicius Freitas (RS); Álvaro (ENCAT-Bahia); Élcio Tarrallo (ACCENTURE); Mauricio Andrade (SP); Alex Otsuki (SP); Mario Takaoka (SP); Andreas Plata (SP); Vicente Silveira (RFB); Luiz Dias Neto (AM); José Guilherme Koury (PA); Marcelo Luiz Fernandez (SP); Paulo Yamada (SP); Dra. Lenir Santos (consultora); Ma. Virginia de Vasconcellos (BID).

Na ocasião, a Consultora apresentou aos participantes o trabalho que segue abaixo contendo definições das diversas formas de atuação das atividades estatais e das atividades privadas de interesse público, respondendo questões e promovendo as necessárias interações durante a reunião.

Abaixo segue o trabalho apresentado e as questões que foram respondidas por solicitação dos participantes.

**PARTE I**

**FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO DECRETO-LEI 200, DE 1964.**

A Administração Pública direta e indireta atua por meio de suas estruturas administrativas criadas por lei ou mediante autorização legislativa específica, para o exercício do feixe de suas atribuições constitucionais.

A ação direta do Poder Executivo exige sejam seus órgãos de atuação públicos dotados de competência legal, sendo seus agentes servidores públicos, o patrimônio público, a governança e forma de execução destinadas exclusivamente para a realização de objetivos públicos. O controle e a supervisão institucional também são exercidos pelo Poder Público sem interferência de terceiros.



ADMINISTRAÇÃO DIRETA

|  |  |
| --- | --- |
| Órgãos públicos e suas atividades  Competências constitucionais.  Administração Pública superior com poder de autoridade.  Criação dos órgãos por lei para o exercício das competências constitucionais. | Regime jurídico  Regime jurídico 100% Constitucional, submetido a todos os regramentos da CF, em especial as do art. 37, conforme explicitado em quadro abaixo. |

A ação indireta do Poder Executivo se dá quando há a decisão de exercer as suas atividades, para atingimento de seus objetivos públicos, mediante a instituição de pessoa pública, de direito público ou privado, ou até mesmo mediante relações de parceria e colaboração executadas mediante contrato ou convênio com terceiros, no sentido de fomentar a atividade de interesse público.

A Administração Indireta se compõem pela Autarquia (que pode ser de regime especial ou não), Fundação Pública de direito público ou de direito privado, Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista.

O consórcio público se constitui também como uma forma de descentralização administrativa de competências públicas para a execução interfederativa de atividades públicas de competência dos entes cooperados.



Há ainda as entidades privadas que podem manter colaboração com o Poder Público mediante qualificação, nos termos da lei. As entidades que atuam em parceria ou colaboração com o Poder Público nessa modalidade são as organizações sociais, a organização da sociedade civil de interesse público, as entidades beneficentes de assistência social e o serviço social autônomo.

As duas primeiras recebem do Poder Público uma qualificação; a terceira um certificado de entidade beneficente de assistência social e a última tem a sua autorização dada pela lei que lhe confere poderes de recebimento de contribuição social própria, recolhida das entidades corporativas e sindicais para as quais presta serviços de interesse público, sempre voltados para aquela categoria profissional.

1. **Administração Indireta**

I – entidades administrativas de direito público correspondem à administração autárquica, fundação pública de direito público e associação pública.

II – entidades administrativas de direito privado: empresa estatal, sociedade de economia mista, fundação pública de direito privado e consórcio público com personalidade jurídica de direito privado.

As atividades típicas do Estado como regulamentação, regulação, controle das atividades administrativas, defesa do Estado e das instituições democráticas, tributação, orçamentação e previdência social devem ser realizadas por entidades de direito público.

As atividades ou serviços públicos não privativos do Estado, passiveis de serem prestados por entidades privadas, em caráter complementar ou concomitante, direcionada à área social ou ao mercado, podem ser executados por entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado.

1. **Autarquias**

Pessoas jurídicas de direito público executoras de atividades públicas. As autarquias tem capacidade exclusivamente administrativa; tem titularidade para realizar atividades públicas. Suas atividades são típicas da administração pública.

Cabe à lei atribuir às autarquias, quando instituídas como de regime especial, maior grau de autonomia administrativa ou funcional em razão de sua especialidade, finalidade e competências. As agências reguladoras são autarquias de regime especial, assim como o são a maioria das universidades públicas.

Sujeitam-se à supervisão pública do órgão ao qual se vincula, ao controle interno e externo do Poder Público, ao regime público de licitação e contratos, regime estatutário de pessoal. Seus bens são indisponíveis, emitindo precatórios. Gozam de imunidade tributária.

1. **Fundação Pública ou Estatal**

Depende de lei autorizadora ou instituidora. Pode ser instituída sob o regime do direito público ou do direito privado, cabendo à lei essa definição.

A fundação pública de direito privado não tem finalidades lucrativas; é instituída por ente da federação, mediante autorização do legislativo, e destina-se a exercer atividade ou prestar serviços públicos sociais não privativos do Estado.

A área de atuação da fundação pública de direito privado (fundação estatal) observa o disposto na lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37 da CF.

A instituição da fundação pública de direito privado independe de dotação inicial de bens. Ela goza de imunidade tributária, na forma da CF (art. 150, § 2º).

Há o PLP 92/2007 em tramitação no Congresso Nacional para dispor sobre o campo de atuação das fundações. Enquanto não é votado vigora o art. 5º, IV, do Decreto-lei 200 no tocante a esse tema.

1. **Consórcio Público – Lei 11.107, de 2005**

Pessoa jurídica de direito público, instituída mediante lei por dois ou mais entes federados, para exercer atividades públicas descentralizadas. A Associação Pública adquire personalidade jurídica mediante a vigência das leis dos entes da federação que a instituírem.

O consórcio público é conceituado como a livre associação de entes federativos para a consecução de objetivos comuns, mediante contrato. Trata-se de uma forma de associação pública interfederativa que adquire personalidade jurídica e integra a Administração Pública indireta.

A lei possibilita a modelação do direito privado, submetido, contudo, aos regramentos do direito público. Os consórcios são formados por um Estado e municípios de seu território; por dois ou mais estados; por dois ou mais municípios. A União poderá participar de consórcios entre estados e municípios. A União somente pode participar de consórcio de municípios se o estado estiver presente no consórcio.

1. **Empresa estatal**

É pessoa jurídica de direito privado de fins econômicos, controlada direta ou indiretamente por ente da federação. Executa serviços públicos que explorem atividade econômica caracterizada pela produção ou comercialização de bens e pela prestação de serviços em geral. Pode ainda atuar na prestação de serviços públicos de cunho social, como é o caso da saúde, educação etc., contudo não gozará de imunidade tributária.

1. **Regime administrativo das entidades administrativas de direito privado**

Incide sobre a entidade administrativa de direito privado o regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado no que não conflitar com as normas de direito público previstas na Constituição ou em leis específicas regulamentadoras da administração pública e nas disposições específicas da lei que autorizou a sua criação.

O regime jurídico de direito privado aplica-se especialmente à gestão administrativa da entidade pública de *direito privado*, inclusive quanto à remuneração de pessoal; quanto ao pagamento e execução de créditos e débitos; e ainda quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Contudo há um mínimo das regras do direito administrativo que são aplicáveis às entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, as quais derrogam as normas de direito privado, quais sejam: o controle interno e externo; o regime de compras de bens e serviços (licitação e contratos); o regime de admissão e demissão de pessoal; a acumulação de cargos e empregos públicos.

Desse modo, a entidade pública com regime de direito privado se sujeita ao controle interno da administração que a supervisiona; à lei das licitações e contratos; ao concurso público para a contratação de pessoal, ainda que pelo regime da CLT, e ao regime de acumulação de cargos e empregos públicos.

As autarquias se sujeitam integralmente ao regime do direito público tanto quanto às fundações públicas de direito público. As empresas públicas e as fundações públicas de direito privado se submetem ao mínimo do direito administrativo, conforme apontado acima, estando a primeira sujeita ao regime de penhora especial e não pode gozar de privilégios fiscais que não sejam conferidos ao setor privado. As fundações públicas de direito privado gozam de imunidade tributária e também se sujeitam ao regime de penhora especial. Seu pessoal é contratado pelo regime da CLT. Submetem-se ainda ao controle do órgão supervisor ao qual se mantém vinculada, na forma da lei autorizativa.

O consórcio público, quando instituído sob a forma de associação regida pelo direito privado, submete-se ao mesmo regime das fundações estatais e empresas estatais.

Todos esses entes necessitam de leis autorizativas para a sua instituição.

No caso do consórcio público cada ente instituidor deverá aprovar uma lei autorizativa.

Antes da lei autorizativa é necessário celebrar um protocolo de intenções. Aprovadas as leis, o protocolo de intenções passa a ser o contrato de consórcio e a sua instituição formal se dará mediante registro no cartório competente. À sua criação segue-se a necessidade de se firmar o contrato de rateio e o contrato programa.

1. **Regime administrativo aplicável às entidades públicas**

**Quadro 1**

|  |  |
| --- | --- |
| **Direito Administrativo integral do art. 37 da CF.**  **Aplicável às entidades publicas de direito público: autarquias, fundações públicas de direito público e consorcio público de direito público.** | **Patrimônio: patrimônio inteiramente público submetido ao princípio da indisponibilidade. Emitem precatórios.**  **Orçamento e finanças: orçamento público submetido aos ditames da lei 4.320.**  **Pessoal: regime estatutário; admissão mediante concurso e demissão mediante processo administrativo. Cessão de pessoal ou qualquer outra movimentação somente de acordo aos estatutos de cada ente federativo definidos em lei.**  **Aquisição de bens e serviços: submetido à lei de licitações e contratos.**  **Controle: controle público do Poder Legislativo, auxiliado pelos tribunais de contas; controle interno; e controle social.** |

Quadro 2

|  |  |
| --- | --- |
| **Direito Administrativo mínimo em relação ao art. 37 da CF.**  **Aplicável às entidades públicas de direito privada: fundações públicas de direito privado, empresas públicas, consórcios públicos de direito privado, sociedades de economia mista.** | **Patrimônio: público, mas não emite precatório e fica sujeito a regime especial de penhora.**  **Orçamento e finanças: orçamento submetido à lei da contabilidade geral que regem as entidades privadas.**  **Pessoal: regime da CLT; admissão mediante concurso púbico. Demissão motivada. Cessão de pessoal de acordo com as normas do ente.**  **Aquisição de bens e serviços: submetido à lei de licitações e contratos, podendo fazer regulamento mais simplificado, mas observa as regras e diretrizes gerais.**  **Controle: controle público do Poder Executivo, auxiliado pelos tribunais de contas; controle interno; controle social.** |

Quadro 3

|  |  |
| --- | --- |
| **ADMINISTRAÇÃO INDIRETA**  ***Formas jurídicas***  **Autarquias**  **Fundações públicas de direito público**  **Consórcio público de direito público**  **Fundações públicas de direito privado**  **Consorcio público de direito privado**  **Empresas públicas**  **Sociedades de economia mista**  **Subsidiarias** | **REGIME JURÍDICO APLICÁVEL**  ***Regime jurídico administrativo constitucional***  **Integral do art. 37 da CF**  **Integral do art. 37 da CF**  **Integral do art. 37 da CF**  **Direito administrativo mínimo**  **Direito administrativo mínimo**  **Direito administrativo mínimo**  **Direito administrativo mínimo** |

**PARTE II**

**SEFAZ Nacional - Qual o modelo institucional mais adequado?**

No caso específico de criação de uma entidade que congregue todos os secretários de fazenda pública estaduais e a Receita Federal para a realização de atividades de interesse comum (conforme descrito em documentos do grupo de trabalho), no âmbito dos modelos públicos descritos na Parte I, ou seja que integram a Administração Pública, o melhor modelo seria o do consórcio público regido pelo direito privado, uma vez que a empresa pública não tem finalidade compatível com o objeto que se pretende e a autarquia é de difícil instituição e execução dada a sua natureza pública e interfederativa.

Além do mais não há consenso entre os juristas brasileiros quanto à possibilidade de haver autarquia interfederativa, dada a necessidade de sua vinculação a um ente instituidor para efeito de supervisão institucional e o regime estatutário de seus servidores. O regime estatutário seria de qual ente instituidor? Por isso não há na Administração Pública autarquias interfederativas em razão dessas dificuldades, o que contudo não a elimina.

1. **O modelo fundacional**

Ainda que na Bahia exista a *fundação estatal saúde da família*, uma fundação pública de direito privado, criada por 69 municípios em 2009, um modelo mais inovador que tem por finalidade congregar esses municípios para executarem de comum acordo programas de saúde da família, mediante contrato de gestão entre a fundação e os municípios instituidores, a Consultora não opinaria por esse modelo para a Sefaz Nacional tendo em vista a sua burocrática forma de instituição que é a de aprovação de leis nas casas legislativas e análises jurídicas de todas as procuradorias dos estados interessados em participar como instituidor dessa fundação.

Esse modelo fundacional seria mais complexo para a Sefaz Nacional por exigir que os secretários (as pessoas físicas) a instituíssem, surgindo, assim, apartada dos secretários, a entidade pública de direito privado, que também se submeteria as mesmas exigências do consórcio público de direito privado, sem nenhuma diferença: lei autorizadora; regime de pessoal CLT mediante concurso; regime de licitação e contratos, regime especial de penhora etc. Além do mais a fundação deve contar com a supervisão do Ministério Público, o que implica a aprovação de seus estatutos.

1. **O modelo da autarquia interfederativa**

No caso da autarquia interfederativa haveria também a necessidade de serem aprovadas 27 leis estaduais nas casas legislativas dos estados; e se a União for participar, há que ter uma lei federal aprovada no Congresso Nacional. Esses projetos de leis deveriam guardar semelhança ou serem quase que uníssonos, o que não se pode garantir dada a liberdade das casas legislativas na sua votação. O rito processual no interior do Poder Executivo também seria demorado, tendo em vista a necessidade de se obter parecer das procuradorias jurídicas e outros órgãos dos governos estaduais, conforme forem as exigências de suas organizações administrativas.

Por isso não é possível precisar o tempo que isso levaria, mas certamente não seria nunca inferior a dois anos ou até mesmo poderia um ou outro ser arquivado ou não ser aprovado em alguma casa legislativa.

1. **Modelo consorcial de direito privado (forma associativa)**

No caso do consórcio, seria necessário que cada estado interessado em se consorciar aprovasse uma lei autorizadora para poder constituir o consórcio e se firmar um protocolo de intenções (que se tranforma no contrato de consórcio após a aprovação do protocolo de intenções nas casas legislativas).

O contrato de rateio dos recursos que irão garantir sustentabilidade à entidade e suas atividades, deve constar dos orçamentos públicos de cada ente, conforme os montantes previstos no contrato. Poderá se instituir valores para a manutenção de suas atividades básicas e decidir-se que cada ente consorciado irá celebrar contrato de serviço específico e necessário à sua atividade e remunerá-lo para o consórcio, o qual, então passaria a contar com recursos para o financiamento das suas atividades.

O rito processual do Poder Executivo para o consorcio é o mesmo para uma autarquia, conforme demonstrado acima. Idem quanto ao rito do processo legislativo. Ambos se assemelham, com a única vantagem de o consórcio ser um modelo jurídico sem as dificuldades do modelo autárquico, uma vez que o consórcio não precisa ser vinculado a uma entidade para fins de supervisão institucional. Ela conta com uma governança interna que já prevê essa supervisão.

E como dissemos acima, a empresa pública e a sociedade de economia mista não podem ser utilizadas para as finalidades pretendidas pela Sefaz Nacional.

Assim como dissemos acima, sobram o consórcio com todos os ritos processuais e legislativos e a autarquia, com todas as suas dificuldades e falta de consenso na doutrina administrativa quanto a sua forma interfederativa. Tanto no consórcio quanto na autarquia a contratação de pessoal se faz por concurso e o regime de compras é pela lei de licitação e contratos, havendo que prestar contas aos tribunais de contas.

1. **Haveria outro modelo a ser adotado?**

Nesse passo, importante destacar as finalidades da associação dos secretários fazendários estaduais e indagar se não haveria outra hipótese que se mantivesse fiel às suas finalidades, contudo de forma menos complexa do ponto de vista de sua instituição e execução.

Os secretários estaduais fazendários e a Receita Federal pretendem unir seus esforços no sentido de implantar, administrar e manter ambiente tecnológico de natureza computacional comum a todas as associadas, unificando-se, assim, as suas atuações no sentido do que determina a CF.

Essas atividades somente ganharão eficiência e corpo, se puderem ser desenvolvidas por uma entidade própria, criada para essa finalidade, a qual deverá manter em seu sistema de governança a participação de todos os órgãos interessados para que, de maneira consensual, possam decidir e garantir a todos os serviços tecnológicos de natureza computacional, de forma harmônica e solidária. Na realidade estamos falando de uma atividade de compartilhamento de atuações em nome do interesse público visando maior eficiência e efetividade ao agir administrativo público.

1. **Vínculos de cooperação e fomento público: associação de secretários sob a forma de associação civil sem fins lucrativos**

A vista do que foi exposto neste documento sobre as formas de atuação da Administração Pública, seria importante pensar se essa entidade poderia situar-se no âmbito dos vínculos de cooperação e fomento entre o poder público e as entidades de direito civil.

A entidade a ser criada poderia se utilizar de precedentes já existentes no nosso ordenamento jurídico e ser instituída sobre o formato de associação civil privada, ainda que suas finalidades sejam de interesse público, nos moldes de algumas instituições existentes: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS); Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS); CONSAD (Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração), entre outros.

O CONASS e o CONASEMS, que atuam na área da saúde, cuja existência remonta há mais de 25 anos, foram recentemente reconhecidos como entidades que devem integrar o Sistema Único de Saúde (SUS), definindo-se por lei suas competências no âmbito do SUS e permitindo a celebração de convênios com a União para apoio financeiro ao exercício de suas finalidades que sempre foram reconhecidas como de interesse público e necessárias ao melhor desempenho político-administrativo do SUS (Lei 12.466, de 2011).

O CONASS é uma associação de secretários estaduais da saúde que tem por finalidade ser uma instância de deliberação superior no âmbito do SUS para definir, junto ao Ministério da Saúde e aos municípios, representados pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde CONASEMS, aspectos comuns da gestão da saúde pública brasileira, o SUS. Ambas as entidades tem a finalidade precípua de representar seus pares nas instancias deliberativas de gestão do SUS que são as Comissões Intergestores Tripartite e a Comissão Intergestores Bipartite. A primeira é composta pelo Ministro da Saúde e os Secretarios de Estado da Saúde representados pelo CONASS e os Secretários Municipais de Saúde, o CONASEMS; a segunda, pelo Secretario de Estado da Saúde e pelo conjunto dos municípios estaduais, representados pelo COSEMS.

Eles deliberam sobre políticas nacionais e estaduais de saúde; sobre a gestão compartilhada; o financiamento tripartite ou bipartite da saúde, dentre outros aspectos da gestão do SUS nacional ou estadual.

O CONASS e o CONASEMS mantem convenio com o Ministério da Saúde e hoje podem receber recursos do orçamento público federal por força da Lei 12.466, de 2011, que reconheceu o seu papel de deliberação nas instâncias de pactuações do SUS.

Há ainda a ATRICON (Associação de Membros dos Tribunais de Contas do Brasil) que também são entidades associativas privadas que congregam agentes públicos no sentido de melhorar a atuação dessas entidades, serem mais harmônicas e sistêmicas.

A entidade SEFAZ Nacional poderia seria instituída sob o formato de uma associação civil, sem fins lucrativos, mediante a agregação de secretários de fazenda interessados na sua criação, em numero suficiente para se configurar uma associação que poderia ser um mínimo de nove secretários.

A associação SEFAZ Nacional poderia estabelecer convênio com a União e Estados para apoio e fomento de suas atividades de interesse público, bem como com os estados-membros.

Quais as vantagens de uma associação privada ao invés de uma associação pública nos moldes do consórcio?

A sua instituição não depende de lei autorizativa; os secretários podem se associar a qualquer tempo, passando a integrar a associação; as secretarias de fazenda poderão firmar convênio com a associação para desenvolvimento de atividades de interesse comum.

Com o tempo poderá, ainda, de acordo com o interesse público e necessidade de sua institucionalidade, ser reconhecida a sua existência por uma lei federal, aos moldes do Conass e Conasems, garantindo-se assim à SEFAZ Nacional segurança jurídica em suas decisões consensuais voltadas para a melhoria dos processos tecnológicos computacionais das secretarias de fazenda, com vistas ao alcance de atuação uniforme e harmônica num ambiente de compartilhamentos e solidariedade das atuações federativas no campo fazendário.

Conforme foi discutida amplamente na reunião do dia 10 de junho de 2013, a associação civil deverá ser instituída por secretários fazendários de estado interessados. O financiamento de suas atividades poderá ser dar mediante contratos de prestação de serviços que vier a realizar com o poder público e convênios de cooperação e fomento a ser realizado com o Poder Público (União e Estados). Os contratos que as secretarias vierem realizar com a Sefaz Nacional dependem de licitação, podendo em determinadas situações ser reconhecida, se houver, a inexigibilidade de licitar, ante a especificidade da entidade e suas atividades que não permitiriam instaurar-se competição por ser a única a deter os serviços prestados. Os convênios por sua vez não dependem de licitação, aplicando-se a eles o que couber da lei de licitação e contratos, como prazo e algumas formalidades.

A cessão de pessoal sempre irá depender dos regramentos impostos nas leis estaduais e na lei federal, sempre com prejuízo de vencimento para o cedente.

Em resumo, a SEFAZ Nacional se tomar a forma de autarquia, fundação pública de direito publico ou consórcio público de direito público sua instituição será dependente de lei e seu regime administrativo será o previsto no quadro 1 (regime do direito administrativo integral).

Se optar-se pelo formato de consórcio público de direito privado seu regime administrativo será o do quadro 2 (regime do mínimo do direito administrativo).

Nas duas situações acima integrará a Administração Pública indireta.

Somente o formato associativo privado o levará a observar o regime do direito privado para todas as situações previstas em ambos os quadros, sendo que seu relacionamento com o poder público será sempre mediante contrato ou convênio, situando-se no campo da cooperação e parceria pública.

1. **Aspectos relevantes explorados nos debates durante a reunião**

Outros aspectos importantes ainda no que diz respeito ao financiamento de suas atividades, as regras para a instituição da associação civil e demais aspectos foram aprofundadas no debate que ocorreu na reunião do dia 10 de junho, podendo ser destacadas as seguintes:

1. A associação poderá ser criada mediante a conjugação do interesse de pelo menos uns sete a nove secretários de fazenda e seus estatutos deverão ser registrados no cartório competente;
2. A associação deve ser de secretários e não de secretarias, uma vez que se a opção for por secretarias poderá envolver a necessidade de autorização legislativa;
3. A associação deverá conter de forma explicita as suas finalidades estatutárias, as quais não podem ser objeto de modificação, sob pena de se instituir outra entidade. Sugiro sejam amplas as finalidades estatutárias, sempre dentro do escopo pretendido.
4. A associação, depois de sua formalização jurídica, poderá firmar convênio de cooperação ou de fomento com o Poder Público estatual e federal, os quais poderão conceder auxílio para o financiamento de suas atividades, desde que sejam reconhecidas como de interesse público ou social.
5. Os convênios independem de licitação e os contratos de prestação de serviços, se os mesmos contiverem especificidades próprias em relação à sua entidade poderão ter declarada a sua inexigibilidade ante a impossibilidade jurídica de se instaurar competição. Se a Sefaz for a única entidade capaz de prestar os serviços desejados pela Administração Pública, havendo uma exclusividade, não haverá como impor competição para obtenção de melhor proposta para a Administração Pública.
6. Há, conforme já foi apresentado nesse trabalho, entidades semelhantes no nosso ordenamento jurídico, como é o caso do CONASS, CONASEMS, CONSAD (Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração), ATRICON, está última uma associação de membros dos tribunais de contas estaduais e municipais.
7. Conforme já foi dito em documento anterior, a SEFAZ Nacional se for criada sob a forma associativa não integrará a Administração Pública, inserindo-se no setor privado como uma entidade que não tem finalidade de lucro, mas sim de atuar de forma desinteressada em benefício público.
8. Ela deverá ser controlada pelo seu órgão superior que poderá ser um conselho deliberativo composto pelos associados. Não há relação de subordinação entre a SEFAZ Nacional e o Poder Público
9. Deverá prestar contas de recursos recebidos mediante convênio ao ente ou órgão responsável pelo convênio. Ela não se submete ao controle dos tribunais de contas e nem ao controle interno da Administração Pública.
10. Poderá, mediante contrato, prestar todo e qualquer serviço que esteja no âmbito de suas finalidades estatutárias. Se as suas finalidades estatutárias for somente a de prestar serviços a associados, não poderá fazê-lo a quem não o for.
11. Os recursos advindos de convênios públicos e subvenção pública necessitaram sejam prestados contas aos entes repassadores; os contratos não necessitam de prestação de contas. Basta a certificação de que o serviço foi realizado.
12. Qualquer tipo de serviço que venha a ser desenvolvido pela SEFAZ Nacional para os estados associados poderá ser disponibilizado para os associados na medida em que se regrar o tema em reuniões da associação.
13. O conselho deliberativo deverá ter autonomia para decidir todas as questões que forem surgindo ao longo de sua existência. Por isso é importante que os estatutos da entidade definam as competências dos seus órgãos de deliberação superior para que situações futuras possam ir sendo decididas pelos seus órgãos de governança.

E para finalizar segue anexo, antes dos dois quadros contendo a comparação entre as entidades mencionadas neste trabalho, um quadro-gradiente da Administração Pública, apresentado de forma integral para se ter a noção de como ela se estrutura, compreendendo, ainda, as formas de colaboração com o setor privado, campo em que situaria a SEFAZ Nacional, como entidade de colaboração com o poder público mediante convênio ou contrato. Ela se situaria nos vínculos contratuais (que também compreendem os convênios) e poderia, futuramente, enquadrar-se como de utilidade pública, ou como de representação institucional dos secretários de fazenda estaduais, se isso vier a ser reconhecido por lei.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| MODELO JURÍDICO PÚBLICO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | | |
| Sociedade de Economia Mista | Não aplicável ao Sefaz Nacional. | Atividade restrita à atividade econômica do Estado. |
| Empresa Pública | Não aplicável ao Sefaz Nacional. | Atividade restrita á atividade econômica do Estado e serviços públicos concedidos e permitidos. |
| Autarquia | Aplicável, com as ressalvas descritas no Mapeamento Jurídico apresentado como Produto 2. | Atividade pública de direito público, desconcentrada. |
| Consórcio público | Aplicável. | Funções públicas comuns. |

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| MODELO JURÍDICO PÚBLICO E PRIVADO APLICÁVEL AO SEFAZ NACIONAL | | | | | | |
| Consórcio Público | Regime de compras: licitação | Regime de Contabilidade e controle interno e externo: a) Lei 4.320. Contabilidade pública, com empenho.  b) regime de controle interno do órgão e controle externo do tribunal de contas. | Regime de pessoal: CLT, mediante concurso público. | Regime de arrecadação de recursos: contrato de rateio que deve integrar a lei orçamentaria de cada ente consorciado. | Instituição: mediante lei autorizadora de cada ente federativo. | Prazo: impossível avaliar. Vai depender dos processos administrativos de cada ente e dos processos legislativos. No mínimo dois anos |
| Associação civil (fora do âmbito público) | Regime de compras: pesquisa de preço | Regime de Contabilidade: contabilidade do regime geral privado;  b) controle externo do tribunal de contas e interno de cada ente. | Regime de pessoal: CLT, sem necessidade de concurso público. | Regime de arrecadação de recursos: regime privado: contratos e convênios. Pode firmar contrato e convenio com o Poder Público, a depender da conveniencia ou não do Poder Público. | Instituição mediante registro da ata de instituição e dos estatutos no cartório competente. | Prazo: depende da agilidade na decisão e elaboração, aprovação dos estatutos. Um prazo mínimo de seis meses seria exigível. |

A recomendação da Consultora é que a figura da associação civil sem fins lucrativos é a mais adequada às atividades da Sefaz Nacional e às suas exigências de agilidade, tanto na sua instituição quanto no seu funcionamento.

**Campinas, 29 de julho de 2013.**



**Lenir Santos**

**Referências:**

[**http://www.atricon.org.br**](http://www.atricon.org.br)

[**www.conasems.org.br**](http://www.conasems.org.br)

[**www.conass.org.br**](http://www.conass.org.br)

[**www.consad.org.br**](http://www.consad.org.br)

Quadro Anexo final: fonte: Valeria Salgado.



PARTE III

ADENDO AO PRODUTO 2 POR SOLICITAÇÃO DE MEMBROS DA EQUIPE T ÉCNICA APÓS O ENCAMINHAMENTO DO PRODUTO 2 PARA CONHECIMENTO E ACEITE

O Produto 2 foi encaminhados aos participantes do Grupo para apresentarem suas considerações e solicitarem adendos que julgassem necessários.

Segue abaixo o Adendo ao Produto 2 contendo respostas às perguntas dos integrantes do Grupo, srs. José Roberto de Souza Motta Kouri e Marcelo Luiz Alves Fernandez.

Respostas a perguntas pontuais:

1. **Pergunta:**

1. “A associação poderá ser criada mediante a conjugação do interesse de pelo menos uns cinco a sete secretários de fazenda, e seus estatutos deverão ser registrados no cartório competente;”

(pg.13).

Questões: Qual o cartório competente. A sede seria de livre escolha. Digamos que a associação seja criada por um grupo que não inclua o DF, isto significa que a associação não poderá ser sediada em Brasília?

**Resposta:** A sede é de livre escolha da entidade e o cartório competente é o da sede da entidade. Se a escolha recair sobre Brasília, será o cartório das pessoas jurídicas de Brasília o competente para o registro da entidade. A sede não tem a ver com o domicílio ou sede da pessoa associada, mas sim com a sede da entidade a ser criada.

1. **Pergunta:**

"2. A associação deve ser de secretários e não de secretarias, uma vez que se a opção for por secretarias poderá envolver a necessidade de autorização legislativa;" (pg.14).

Questões: A associação será de pessoas ou de cargos (conjunto de atribuições conferidas a um servidor público). Poderá haver delegação de poderes para representar o Secretário nas suas atividades associativas?

**Resposta:** A associação será de pessoas que detém um determinado cargo público, no caso, o de secretario da fazenda estadual. É condição para estar na associação ser detentor do cargo; no caso de perda do cargo a pessoa física deixa de ser associada. O estatuto poderá prever a delegação de competência para representação nas reuniões da associação. Essa decisão compete aos associados quando forem elaborar os estatutos da entidade.

1. **Pergunta:**

"3. A associação deverá conter de forma explicita as suas finalidades estatutárias, as quais não podem ser objeto de modificação, sob pena de se instituir outra entidade." (pg. 14).

Questões: A modificação da finalidade da associação não seria lícita na hipótese de autorização expressa de todos os seus componentes? Não entendi a razão deste item.

**Resposta:** Se se cria uma associação para atividade de saúde, não se pode mudar essa finalidade, dizendo que ela será de cultura, por exemplo. Se deixar de ser de saúde perde a finalidade para a qual foi instituída. Por isso não pode mudar a finalidade; seus objetivos estatutários podem ser alterados, desde que compatíveis com as finalidades.

1. **Pergunta:**

"4. A associação, depois de sua formalização jurídica poderá firmar convênio de cooperação ou de fomento com o Poder Público estatual e federal, os quais poderão conceder auxilio para o financiamento de suas atividades, desde que sejam reconhecidas como de interesse público ou social." (pg.14).

Questões: Qual o procedimento para o reconhecimento da associação como interesse público ou social? Quais os pré-requisitos? Este reconhecimento é condição necessária para a celebração de convênios?

**Resposta:** Não existe reconhecimento formal de uma entidade de *interesse* público. Desde que ela seja sem finalidade lucrativa e o Poder Público julgue que suas atividades são de interesse para aquela área, ele poderá estabelecer parceria. Trata-se de ato discricionário do administrador público. Há o reconhecimento de entidade de utilidade pública pelo legislativo municipal e estatual e pelo Ministério da Justiça (federal). Pode-se até haver uma entidade reconhecida como de utilidade pública e o Poder Público não celebrar com ela nenhum convênio, se assim julgar oportuno e conveniente em nome do interesse público. A utilidade pública é um caminho para se obter outras certificações ou qualificações, como de organização social, de entidade beneficiente de assistência social, organização da sociedade civil de interesse público.

1. **Pergunta:**

"5. Os convênios independem de licitação e os contratos de prestação de serviços dependem de licitação, exceto nos casos de dispensa e nos de inexigibilidade de licitar; se os mesmos contiverem especificidades próprias em relação à sua entidade, poderão ter declaradas a sua inexigibilidade ante a impossibilidade jurídica de se instaurar competição."(pg.14).

Questões: Qual a finalidade do convênio e do contrato. Uma forma substitui a outra? Teríamos convênio para os custos fixos e investimentos e contratos para o uso dos sistemas?

**Resposta:** Nos contratos os interesses não são convergentes. Nos convênios os interesses são comuns. Ex.: Duas entidades pretendam realizar uma pesquisa sobre educação; elas, mediante convênio, podem unir seus esforços para a consecução de um objetivo comum: a pesquisa sobre educação. No convênio o objetivo é comum a ambos os convenentes. No contrato os interesses são divergentes. Não se pode substituir uma forma pela outra. A finalidade é que vai estabelecer se se trata de contrato ou se se trata de convênio. Não há livre escolha, mas sim vinculação pela finalidade.

Não entendi a pergunta sobre custos fixos da associação e custos de sistemas. É preciso ficar claro que uma entidade privada precisa ter dentro do seu escopo a forma como ela pretende arrecadar recursos para o seu financiamento. Essa é uma questão interna da entidade e que somente ela poderá resolver.

1. **Pergunta**

"6. Há, conforme apresentado nesse trabalho, entidades semelhantes no nosso ordenamento jurídico, como é o caso do CONASS, CONASEMS, CONSAD (Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração), ATRICON, está última uma associação de membros dos tribunais de contas estaduais e municipais." (pg.14).

Questões: Após uma leitura rápida dos estatutos destas entidades, verifiquei que os seus objetos gravitam, ora em relação à representação política da vontade das administrações estaduais (nos moldes do próprio CONSAT), ora na representação dos interesses das classes (ATRICON). Assim, acho que estamos com um novo paradigma de entidade, salvo haja alguma entidade com objeto mais próximo ao que pretendemos.

**Resposta:** Desconheço outras entidades. Contudo nada impede que se crie uma associação de secretários fazendários para prestação de serviços que venham a equalizar atuações publicas, contribuir para a unicidade no campo das tecnologias de informação, que possam desenvolver produtos de interesse comum, desde que essa associação não tenha finalidade de lucro.

1. **Pergunta**

7. ”Conforme já foi dito em documento anterior a SEFAZ Nacional se for criada sob a forma associativa não integrará a Administração Pública, inserindo-se no setor privado como uma entidade sem finalidade lucrativa que tem por finalidade desenvolver atividade de interesse público.

8. Ela deverá ser controlada pelo seu órgão superior que poderá ser um conselho deliberativo composto pelos associados. Não há relação de subordinação entre a SEFAZ Nacional e o Poder Público." (pg.15).

Questões: A entidade poderá ser vinculada, de alguma forma, ao ENCAT? A vinculação ao ENCAT poderá ser de subordinação?

**Resposta:** A entidade não poderá estar vinculada a entes ou órgãos públicos, ato privativo da lei. Somente a lei pode criar essas vinculações. Ela não é controlada por um órgão externo. O conselho deliberativo é da própria associação. É esse conselho que ditará as regras maiores da entidade, como seu órgão interno superior; não é um órgão externo público que a supervisiona ou controla.

1. **Pergunta**

"9. Deverá prestar contas de recursos recebidos mediante convênio ao ente ou órgão responsável pelo convênio. Ela não se submete ao controle dos tribunais de contas e nem ao controle interno da Administração Pública." (pg.15).

Questões: Qual forma de prestação de contas dos recursos recebidos mediante convênio? A forma é legal ou convencional? Deve estar previsto no estatuto da entidade? Se for convencional, qual a consequência da ausência de previsão no instrumento?

**Resposta:** Toda entidade privada que recebe recurso público por intermédio de convênio fica obrigada a prestar contas, *na forma prevista pelo próprio convênio,* ao ente conveniado concedente do recurso. È o termo de convenio que dará as regras da prestação de contas que será feita ao próprio ente repassador dos recursos.

1. **Pergunta**

"10. Poderá, mediante contrato, prestar todo e qualquer serviço que esteja no âmbito de suas finalidades estatutárias. Se as suas finalidades estatutárias for somente a de prestar serviços a associados, não poderá fazê-lo a quem não o for" (pg.15).

"11. Os recursos advindos de convênios públicos e subvenção pública necessitaram sejam prestados contas aos entes repassadores; os contratos não necessitam de prestação de contas. Basta a certificação de que o serviço foi realizado." (pg. 15).

Questões: Qual forma de prestação de contas dos recursos recebidos mediante convênio? A forma é legal ou convencional? Deve estar previsto no estatuto da entidade? Se for convencional, qual a consequência da ausência de previsão no instrumento?

**Resposta:** a prestação de contas de recursos públicos recebidos por meio de convenio se faz na forma prevista no próprio convênio, conforme resposta acima.

1. **Pergunta**

"12. Qualquer tipo de serviço que venha a ser desenvolvido pela SEFAZ Nacional para os estados associados poderá ser disponibilizado para os associados na medida em que se regrar o tema em reuniões da associação. "(pg.16).

“13. O conselho deliberativo deverá ter autonomia para decidir todas as questões que forem surgindo ao longo de sua existência”. “Por isso é importante que os estatutos da entidade definam as competências dos seus órgãos de deliberação superior para que situações futuras possam ir sendo decididas pelos seus órgãos de governança.” (pg.16).

Questões: Ao final da consultoria, não seria interessante que tivéssemos uma minuta de ato constitutivo, já devidamente criticado em suas diversas dimensões, como a constituição (participantes, sede, subsedes, foro), finalidades, governança (diretoria, conselhos deliberativos, assembleia geral), patrimônio (composição, manutenção de fundo operacional mínimo, capitalização de recursos excedentes), formas de atuação (contratos, convênios, linhas de financiamento), regras específicas (procedimento seletivo prévio para contratação de bens e serviços, por exemplo).

**Resposta:** Não está no escopo do contrato da consultora com o BID elaborar atos constitutivos de entidade púbica ou privada. O escopo do contrato é dimensionar as formas jurídicas existentes, a maneira de cria-las, vantagens e diferenças entre uma forma e outra, forma de funcionamento e seu enquadramento no mundo jurídico para orientar a escolha do melhor modelo pelos interessados. Tal empreendimento seria outro contrato, de outro valor e prazo, ante a complexa e demorada forma de elaboração (uns seis meses no mínimo). Não se elabora um estatuto sem discuti-lo no mínimo umas cinco a seis vezes com os associados interessados. A consultora não assinou contrato com tal finalidade.

1. **Pergunta**

Marcelo Fernandez (SEFAZ/SP):

Prezados Senhores

Destacamos abaixo alguns comentários e dúvidas sobre os documentos disponibilizados, ressaltando que esta manifestação não esgota análises e discussões que ainda poderão ocorrer, e nem significa validação formal destes documentos.

**Resposta:** a validação dos produtos deverá ser feita na reunião do dia 22 de julho, com a presença dos participantes, conforme ficou acertado na reunião última e previsto no contrato de consultoria.

1. **Pergunta**

Comentários:

Quanto aos modelos jurídicos, fiz uma questão na última reunião presencial referente á possibilidade dos Estados trabalharem com a associação para aquisição dos serviços envolvendo documentos eletrônicos, sendo que a associação poderá contratar livremente no mercado, sem se sujeitar às regras de licitação. Isso não poderia ser interpretado como aplicação de recursos públicos (dos Estados) em aquisição de serviços sem passar pela lei de licitações? Ou ainda: esta é uma das hipóteses de dispensa de licitação? Sugiro deixar explícitas estas possibilidades (ou análise) no documento;

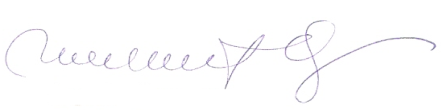
**Resposta:** A associação por ser uma entidade de direito privado está livre para realizar seus contratos com terceiros. Não há burla a licitação por ser essa regra própria dos entes da Administração Pública e a associação é privada. Exemplifico com a situação das organizações sociais: as organizações sociais são entidades privadas que celebram contrato de gestão com o Poder Público para gerir serviços públicos, geralmente de saúde, que lhe são transferidos mediante contrato. Os recursos são administrados pela entidade privada (OS) que observa seus próprios regramentos para estabelecer seus contratos de compras ou de serviços com terceiros, atendo-se, sempre, à consulta de no mínimo três preços para a escolha do melhor preço ou da melhor proposta. Essa regra tem sido usada por todas as entidades sem fins lucrativos quando usam dinheiro público. O governo federal tem regras próprias para prestação de contas decorrentes de convênio e forma de gasto do recurso; geralmente exige esse regramento de obtenção de proposta de três convidados e o menor preço. No tocante aos recursos decorrentes de contrato eles têm outro tratamento. Eles não se submetem à prestação de contas. A prestação de contas seria, vamos dizer de maneira simplificada, a realização do serviço, da obra ou a entrega do bem contratado, certificado pela administração.

1. **Pergunta**

Em se tratando de associados, nos aprece que deve haver um conselho deliberativo técnico, formado por integrantes indicados por cada associado, responsável por demandar novos serviços, analisar e definir prioridades, bem como tratar de todas as questões administrativas que surjam e de assuntos de rateio. Seria necessário, então, fixar regras para indicação deste conselho, critérios de rodízio, de presidência, etc.

**Resposta:** Os estatutos devem tratar de todos esses temas. No caso de se optar por uma associação será necessário iniciar uma nova etapa do trabalho da SEFAZ Nacional para iniciar o processo de discussão dos estatutos e todas as suas regras de governança, cargos, competências, funções e demais atividades administrativas, financeiras e de estrutura da entidade, com vistas à instituição da entidade na forma determinada pelo Código Civil.

**Campinas, 29 de julho de 2.013.**



**Lenir Santos**

**Consultora BID**

**ANEXO**

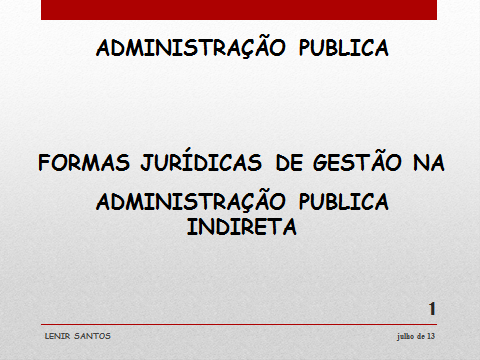
**Copia de apresentações – Power Points**

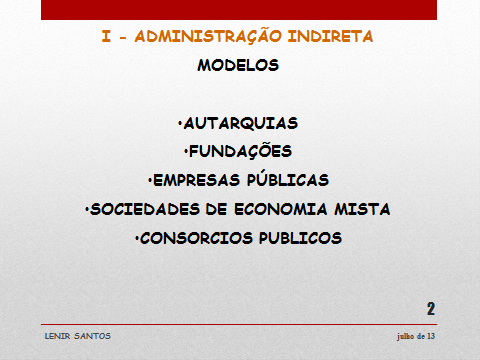
**Sobre**

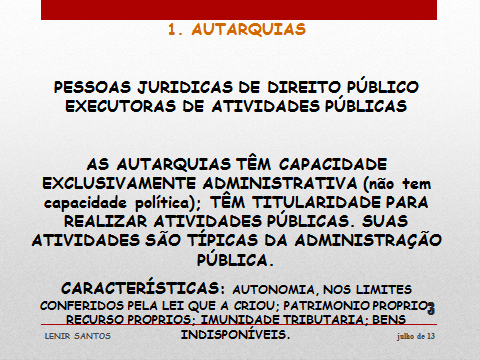
**Consórcios Públicos**

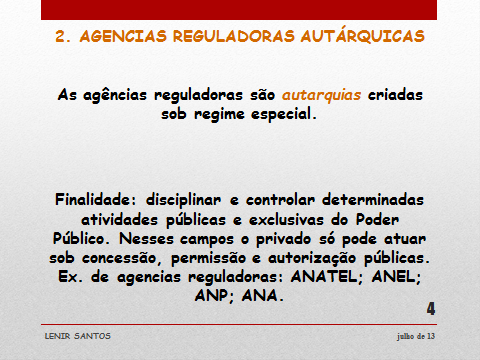
**e**

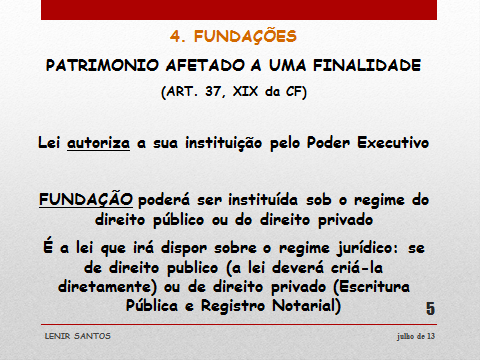
**Sobre as figuras da Administração Pública em geral**

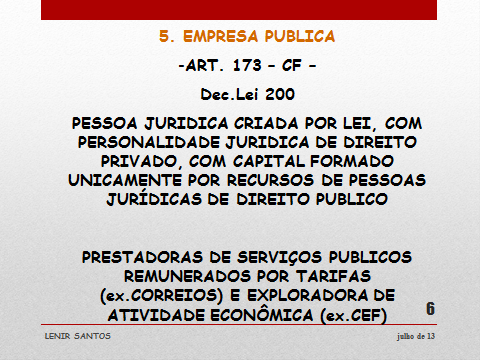


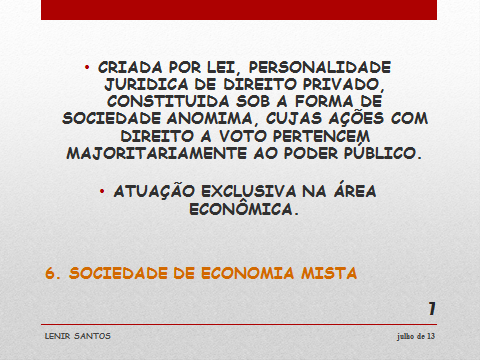


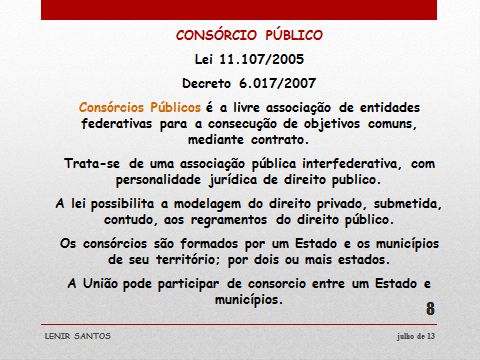


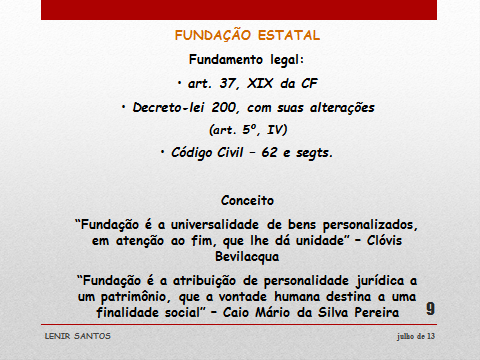




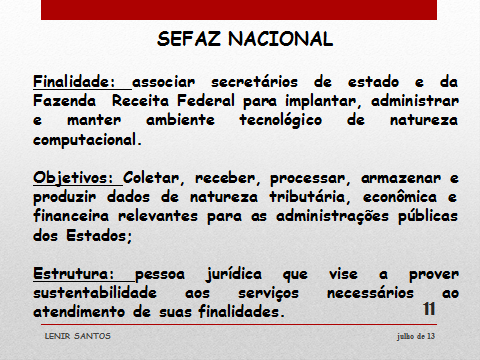


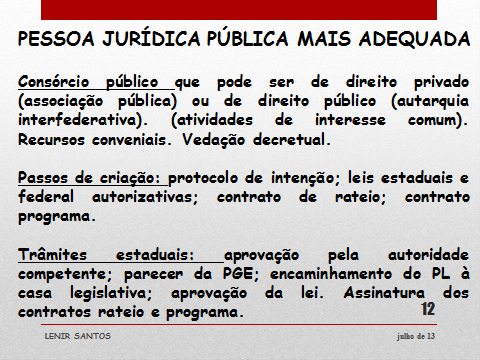


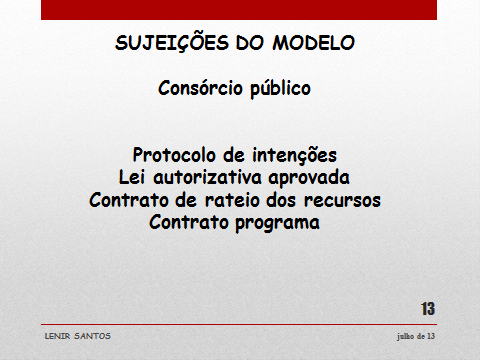


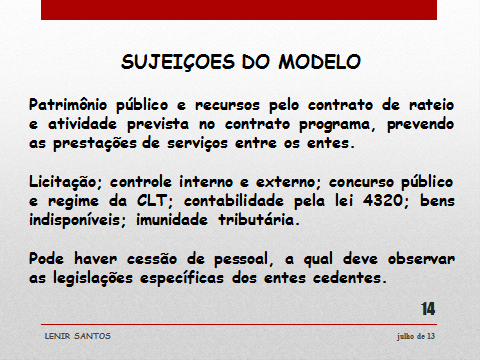


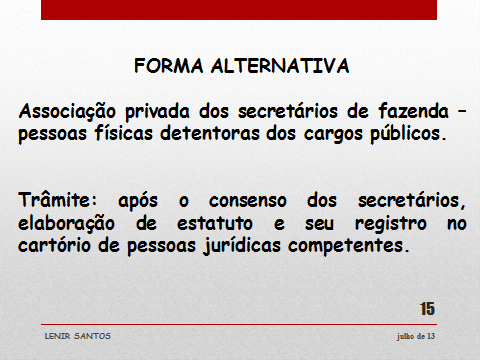


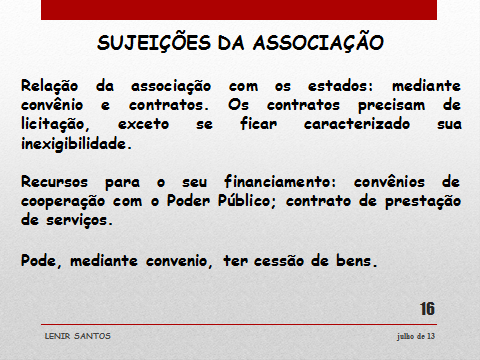


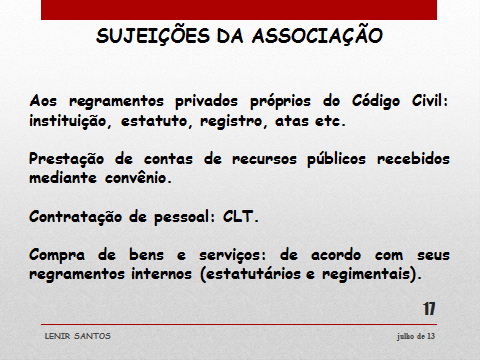


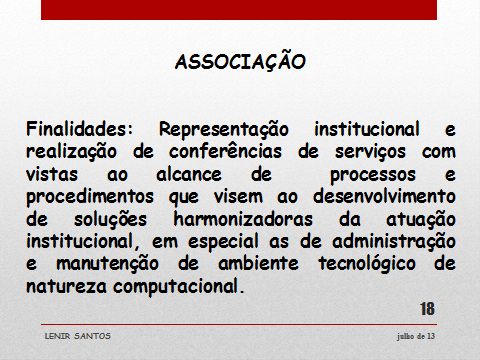


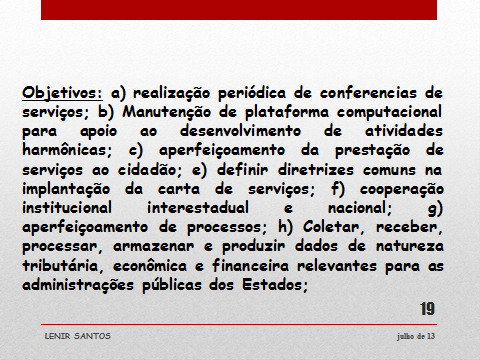


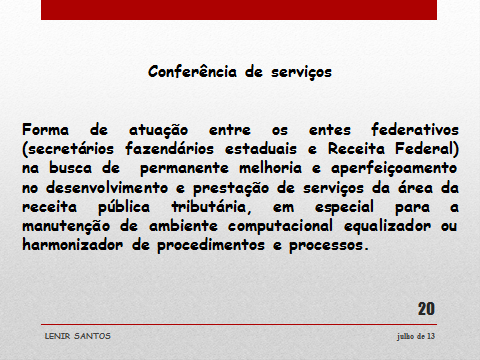


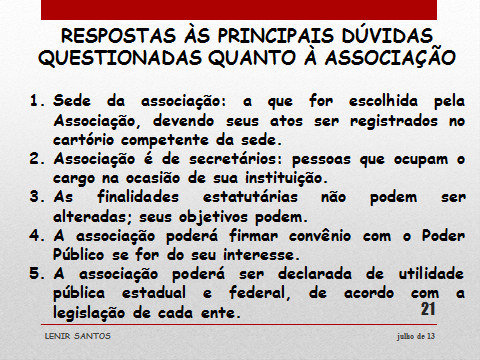


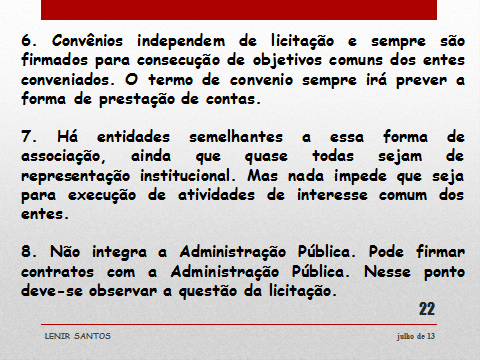


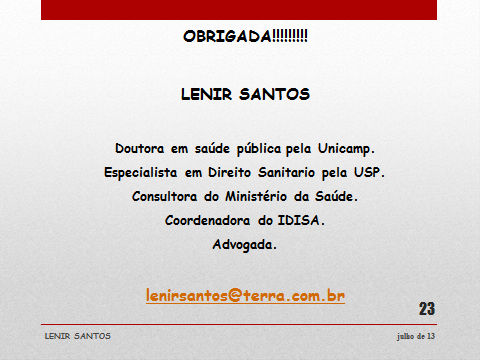












CONSÓRCIOS PÚBLICOS APRESENTAÇÃO POWER POINT



