

PRODUTO 2

ANÁLISE COMPARATIVA –

RELATÓRIO DE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE CADA UM DOS MODELOS CONSIDERADOS VIÁVEIS, E SUA CAPACIDADE DE ATINGIR E ENTREGAR RESULTADOS.

REVISÃO JURÍDICA PARA APOIO AO GRUPO DE TRABALHO DE REVISÃO DA LEGISLAÇÃO DO FUNDO CLIMA.



A/C Karen Silverwood Cope

Coordenadora-Geral de Fomento e Apoio - Departamento de Monitoramento, Apoio e Fomento - Secretaria de Mudança do Clima e Florestas - Ministério do Meio Ambiente

c/c Daniel Ricas

GIZ – Cooperação Alemã
Contrato 83274509
Projeto: Sektorplane
Referencia : 13.9006.1-001.00

Ludovino Lopes Advogados

Equipe: Flavia Frangetto
Larissa Schmidt
Ludovino Lopes

Índice

1. Objeto	3
2. Matriz de análise comparativa	3
3. Notas explicativas sobre o processo analítico	7
4. Análise de características jurídicas dos entes/pessoas jurídicas integrantes dos modelos 1, 2 e 3 submetidos a análise da consultoria – Matriz	9
4.1. Fundo Privado	9
4.1.1 Considerações sobre os Fundos Públicos	9
4.1.2 Execução dos Fundos Públicos	14
4.1.3 Problemas enfrentados na implementação do atual Fundo	
Clima	15
4.1.4 Participação do poder público em fundos privados	17
4.1.5 Características jurídicas básicas dos fundos privados	20
4.2 Entes legais integrantes do modelo 2	22
4.3 Entes legais integrantes do modelo 3	25
4.4 Características jurídicas das Organizações Sociais	29
4.4.1. Características gerais	29
4.4.2 Contrato de gestão	32
4.4.3 Conselho de Administração da OS	35
4.4.4 Contratações das OS	35
5. Modelos concretos com potencialidade para serem analisados	43
5.1.. Fundo de Investimento na modelagem “Fundo Mezanino”	44
5.2. Sociedade de Economia Mista	45
6. Recomendações e considerações finais	48
7. Apêndice	53
8. Anexos	61

1. Objeto

O objeto do Produto 2 do presente contrato abrange a realização de uma análise comparativa entre cada um dos modelos considerados viáveis, e sua capacidade de atingir e entregar resultados.

Para a efetivação do exercício de comparação esta Consultoria elaborou uma Matriz que integrou os diversos modelos, identificou as suas características essenciais e enunciou critérios críticos para alcançar a viabilidade de cada um dos modelos submetidos à análise. Os resultados dessa matriz estão descritos neste relatório.

Para além da análise comparativa entre os modelos, e, meramente como exercício preliminar, esta consultoria enuncia, a título exemplificativo, dois modelos concretos não disponibilizados e potencialmente aplicáveis, como desenvolvimento do exercício de comparabilidade e viabilidade dos modelos abstratos apresentados, a saber:

- a) Fundo Privado “Fundo Mezanino” e
- b) o Modelo de “Sociedade de Economia Mista”.

Estes modelos concretos estão descritos na Seção 4 - “Modelos Concretos Potenciais”. A sugestão destes modelos potenciais não pretende esgotar a possibilidade de modelos aplicáveis nem pretende ser exaustiva na análise das características e estrutura das opções, devendo ser considerada como meramente exemplificativa.

2. Matriz de Análise Comparativa

A Matriz de análise comparativa está descrita abaixo, tendo a mesma sido composta pelos Modelos 1, 2 e 3 de forma abstrata em comparação analítica conjuntamente com os critérios abaixo descritos para determinação da viabilidade de cada modelo face aos fundamentos jurídicos enunciados no Produto 1, acrescidos, ainda, das características jurídico-econômicas

consideradas essenciais para a determinação da viabilidade de aplicação/adoção de cada modelo.

A matriz lista uma série de critérios que esta consultoria entendeu como importantes no contexto do presente estudo comparativo, necessários para proporcionar maior robustez e durabilidade e aproximar, o mais possível, as características de cada modelo naquilo que diz respeito às diretrizes e aos objetivos da Política Nacional sobre Mudança do Clima. Os critérios analisados são os listados abaixo:

Lista de Critérios:

1) Objeto e Estatuto Social:

- a) Robustez e durabilidade – quanto mais forte, melhor;
- b) Com fins lucrativos / sem fins lucrativos - capacidade de atuar como ambos é preferível;

2) Capacidade de permitir a participação e/ou aquisição de cota pelo poder público (governo)– critério desqualificador (se não permitir);

3) Capacidade de receber e captar recursos financeiros “privados” – quanto mais fácil, melhor;

4) Capacidade de receber e/ou captar recursos financeiros “públicos” - quanto mais fácil, melhor;

5) Capacidade de realizar e receber doações - quanto mais fácil, melhor;

6) Capacidade de administrar diversos recursos financeiros (públicos e/ou privados): grau de compliance da administração e da aplicação dos recursos – quanto menor o risco, melhor;

7) Capacidade para gerenciar recursos financeiros fora da estrutura de contingenciamento do orçamento público (essencial – critério desqualificador – se não estiver presente desqualifica o modelo);

8) Capacidade de executar operações de apoio financeiro reembolsáveis por meio de empréstimo com operador financeiro – a não realização pode ser critério de exclusão;

9) Capacidade de realizar operações financeiras de natureza não reembolsável – a impossibilidade de realização pode ser critério de exclusão;

10) Capacidade de celebrar contratos vinculantes com quotistas/acionistas públicos e privados – a possibilidade é preferível;

11) Proteção Patrimonial e Riscos (aos Fundadores – estrutura Internacional e nacional de análise de riscos) – possibilidade de Sistema de Monitoramento e Transparência – se possível, é melhor;

- 12) *Compliance* de Legislação Nacional e Internacional - alto nível de transparência e prestação de contas é preferível;
- 13) Capacidade de implementação de Regras de Governança: capacidade institucional de para práticas e usos de direitos e deveres dentro das organizações, além de viabilizar a gestão de forma transparente e alinhada com a estratégia e objetivos previstos. .
- 14) Agilidade e Flexibilidade: capacidade de gestão de natureza privada e/ou semelhante;
- 15) Agilidade Burocrática – baixo nível é preferível;
- 16) Custos de criação e implementação – custos e burocracia menores são preferíveis;
- 17) Custos de manutenção – custos baixos e não burocráticos são preferíveis;
- 18) Risco Institucional – baixo risco político e baixa exposição a riscos políticos é preferível;
- 19) Governança Privada – capacidade de criar estruturas de governança que permitam múltiplos níveis de decisão – estrutura de governança robusta;
- 20) Riscos Financeiros: capacidade de isolar a estrutura dos doadores e/ou financiadores internacionais dos riscos financeiros e apresentar garantia de gestão de acordo com critérios robustos – menor risco é preferível;
- 21) Riscos Comerciais – menor risco ou risco inexistente é preferível;
- 22) Riscos Trabalhistas – menor risco é preferível;
- 23) Impactos e Riscos fiscais e tributários – menor risco e/ou impacto é preferível;
- 24) Auditoria de Terceiros (monitoramento de atividades e resultados) – capacidade de permitir a realização de auditoria interna e externa é preferível;
- 25) Capacidade para estabelecer com menor impacto e respeito aos requisitos legais a transição de regime jurídico do Modelo Jurídico atual do Fundo Clima para o Novo Modelo a ser implementado – pode ser critério excludente ou pelo menos limitativo.

Para maior facilidade cada critério está enunciado na matriz apenas pelo seu número de 1 a 25 no eixo horizontal e cada modelo no eixo vertical. Importa referir que, para efeito do exercício, se buscou expandir os conceitos de Fundo Privado tanto no Modelo 1 quanto no Modelo 2 (para incluir duas opções):

a) Opção de entendimento e interpretação da expressão Fundo privado exclusivamente dentro do quadro legal traçado pela regulamentação da CVM – Comissão de Valores Mobiliários;

b) Opção que interpreta a expressão Fundo Privado de forma estendida/ampla para englobar ente jurídico de natureza publico/privada que permita a realização de atividades de financiamento por meio de empréstimo e atividades de apoio financeiro não reembolsável).

Tabela 1 comparativa de características entre os modelos 1 , 2 e 3 (incluindo as variáveis de interpretação estendida [a) e b]) dos modelos 1 e 2):

	Características/Critérios																									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	
Modelos																										
Mod 1																										
a) FP/CVM	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Vermelho	Verde	Amarelo	Vermelho	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	
b) FP/Ente Pub/Privado	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	
Mod 2																										
) FP/CVM	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Vermelho	Verde	Amarelo	Vermelho	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	
b) FP/Ente Pub/Privado	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	
OGSocial	Amarelo	Vermelho	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Verde	Vermelho	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	
Mod 3																										
FPrivado	Amarelo	Vermelho	Verde	Vermelho	Amarelo	Vermelho	Verde	Amarelo	Vermelho	Vermelho	Amarelo	Verde	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Vermelho
OGSocial	Amarelo	Vermelho	Verde	Verde	Verde	Amarelo	Verde	Vermelho	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	Amarelo	Verde	Amarelo	Amarelo	Amarelo	Verde	Verde	Amarelo	

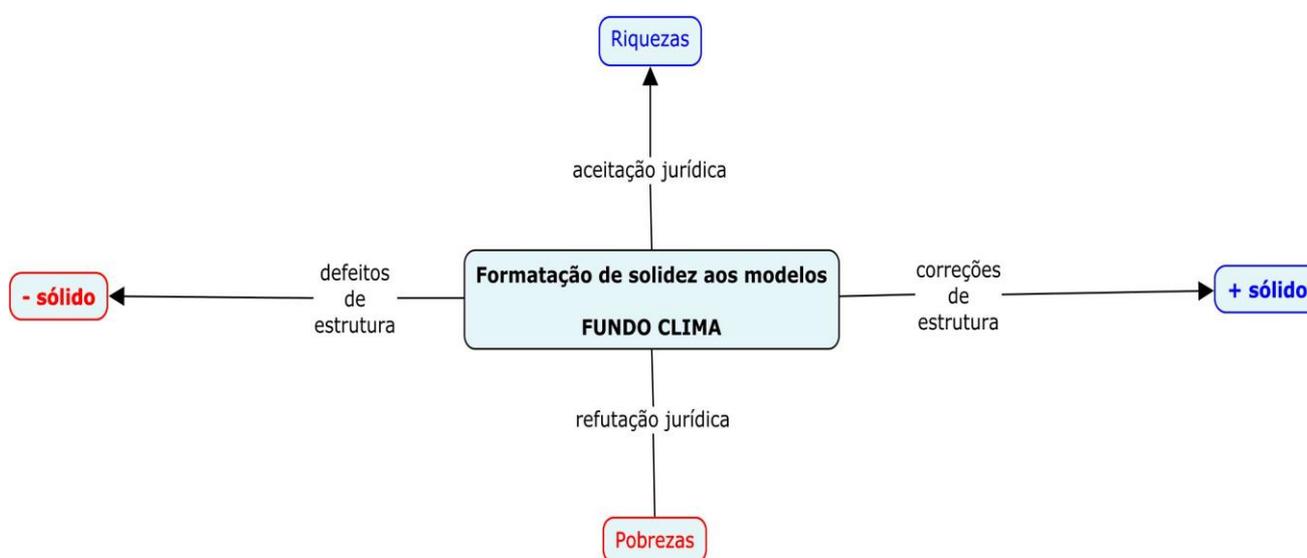
Legenda: **Verde** : cumpre o critério
Amarelo : cumpre com condicionantes e/ou riscos
Vermelho : inviável por não cumprir o critério

3. Notas explicativas sobre o processo analítico

No processo analítico realizado ao longo da redação do Produto 2, verificou-se a necessidade de se fazer uso de ferramenta para a configuração e projeção dos impactos jurídicos futuros dos modelos, a ponto do modelo ideal (idealizado no mundo do dever ser¹) ser viabilizado juridicamente — o que se denominou “análise de viabilidade”, ou seja, o processo de tomar para si os instrumentos e regramentos do Direito para que o objeto em formação (*in casu*, novo Fundo Clima) se torne juridicamente viável. Neste processo, é preliminar perpassar pelas limitações dos marcos legais preexistentes e — constatadas “fragilidades” ou não “riscos” — traçar-se um caminho para viabilizar a estrutura jurídica visualizada como desejada.

Nesse sentido, a Figura “Formatação de solidez aos modelos”, abaixo, ilustra os efeitos do citado exercício de viabilização/análise de viabilidade:

Figura 1



Explica-se: a definição da estrutura e do modelo jurídico a ser dada aos modelos em análise como potenciais escolhas para o Fundo Clima exige um trabalho de avaliação dinâmica na direção do modelo ideal, i.e., que tenha o condão de — pelos testes de refutação jurídica — elidir as fragilidades/riscos conceituais e regulatórios que impediriam ou dificultariam uma constituição

¹ No mundo do dever-ser as coisas se passam segundo a vontade racional do homem. Assim, a um dado antecedente, se liga determinado conseqüente.

sólida e, ainda, atrair para si as riquezas conceituais e regulatórias do modelo que se quer ideal e que seja exequível.

Desta forma, os modelos 1, 2 e 3, na medida em que foram analisados, precisaram ser “testados”, do que resultaram ilações (também passíveis de serem objeto de viabilização, por sua vez). Nestas ilações foi possível identificar as supostas “inviabilidades” operacionais e de estrutura dos modelos.

Dadas as condições postas (e atendendo a exiguidade do tempo disponível para maturar cada rodada de viabilização do modo mais perfeito — que, em tese, demandaria incluir todas as múltiplas e desdobráveis variáveis de hipóteses de maior ou menor segurança vs risco jurídico), os exercícios realizados por esta consultoria, levaram à conclusão de que pelo menos dois dos modelos submetidos à análise apresentam condições de viabilidade (ainda que em grau de viabilidade/risco com diferentes nuances).

Nesse sentido, os resultados desta consultoria apontam dois modelos como viáveis que atendem a maioria das características e requisitos legais pré-existentes, sendo que um deles congrega um maior número de elementos e critérios de maior robustez e segurança jurídica do que o outro.

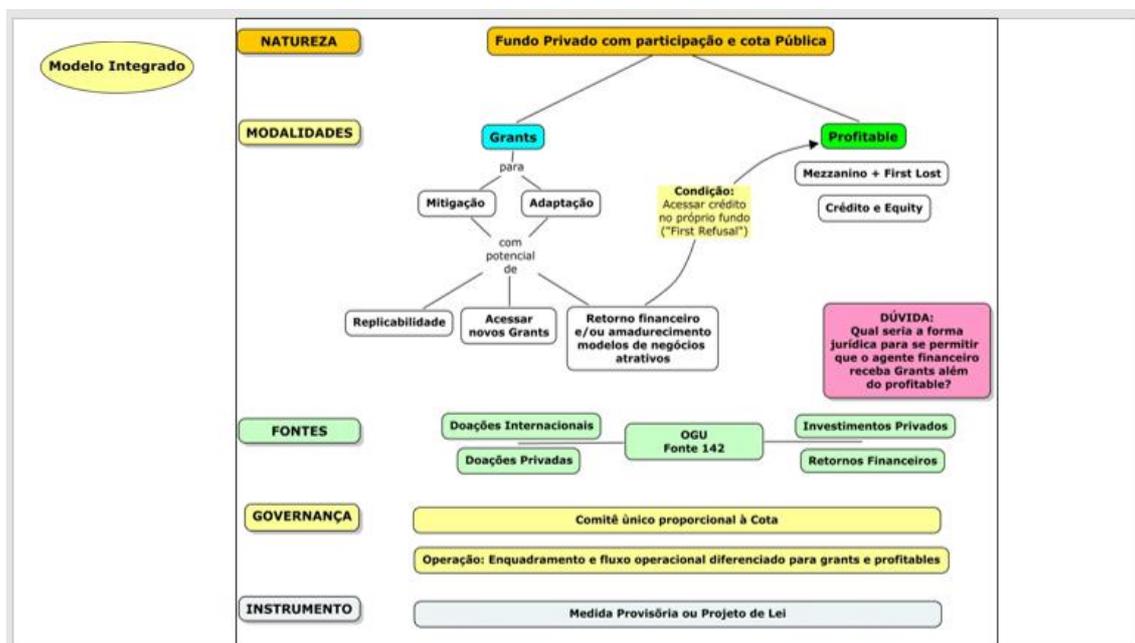
A sessão abaixo, sobre a designação “Análise de características jurídicas dos entes/pessoas jurídicas integrantes dos modelos 1, 2 e 3 submetidos a análise desta consultoria” (Item 4) contém a descrição das características dos elementos contidos nos modelos que, do ponto de vista jurídico, encontram guarida no mundo jurídico, especialmente no Direito brasileiro.

4. Análise de características jurídicas dos entes/pessoas jurídicas integrantes dos modelos 1, 2 e 3 submetidos a análise desta consultoria

4.1 MODELO 1 - FUNDO PRIVADO COM PARTICIPAÇÃO E COTA PÚBLICA:

A figura abaixo reproduz o desenho orgânico do modelo que foi submetido para análise:

MODELO 1



Antes da realização da análise específica são tecidas considerações sobre a legislação vigente e atual situação dos fundos públicos no Brasil.

4.1.1 Considerações sobre os Fundos Públicos

A Constituição de 1988 impôs quatro condições para criação de Fundos, quais sejam:

- a) que a criação do fundo não envolva vinculação de receita de impostos, ressalvados as exceções enumeradas pela própria CF;
- b) que a instituição do fundo, independentemente de sua natureza, conte com prévia autorização legislativa (art. 167, IX);

- c) que a programação do fundo conste da lei orçamentária anual (art. 165, § 5º) na forma indicada pela lei de diretrizes orçamentárias (art. 165, § 2º);
- d) que a instituição e o funcionamento do fundo se dê segundo as condições fixadas em lei complementar (art. 165, § 9º, II), se existente.

A criação de Fundos **Públicos** envolve necessariamente a **capacidade de mobilização de recursos**, seja para investimento, fomento de alguma área específica ou apoio para implementação de uma nova política pública. Lei específica deve prever as receitas que formarão o fundo e a forma de utilização dessas receitas a fim de que os objetivos específicos da criação do Fundo sejam atingidos.

O Decreto nº 93.872/86 buscou consolidar e regulamentar a questão dos fundos:

Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

§ 1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.

§ 2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica.²

² Dispõe ainda o Decreto: Art. 72. A aplicação de receitas vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional (Lei nº 4.320/64, art. 72). Art. 73. É vedado levar a crédito de qualquer fundo recursos orçamentários que não lhe forem especificamente destinados em orçamento ou em crédito adicional. Art. 74. A aplicação de recursos através de fundos especiais constará de programação e será especificada em orçamento próprio, aprovado antes do início do exercício financeiro a que se referir. (...) . Art. 76. Salvo expressa disposição de lei em contrário, aplicam-se à execução orçamentária de fundo especial as mesmas normas gerais que regem a execução orçamentária da União. Art. 77. Não será permitida a utilização de recursos vinculados a fundo especial para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados. Art. 78. A contabilização dos fundos especiais geridos na área da administração direta será feita pelo órgão de contabilidade do Sistema de Controle Interno, onde ficarão arquivados os respectivos documentos para fins de acompanhamento e fiscalização. Parágrafo único. Quando a gestão do fundo for atribuída a estabelecimento oficial de crédito, a este caberá sua contabilização e remeter os respectivos balanços acompanhados de demonstrações financeiras à Secretaria de Controle Interno, ou órgão de atribuições equivalentes, para fins da supervisão ministerial. 9 Art. 79. O saldo financeiro apurado em balanço de fundo especial poderá ser utilizado em exercício subsequente, se incorporado ao seu orçamento (Lei nº 4.320/64, art. 73). Art. 80. Extinguir-se-á o fundo especial inativo por mais de dois exercícios financeiros. Art. 81. É vedada a constituição de fundo especial, ou sua manutenção, com recursos originários de dotações orçamentárias da União, em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, salvo quando se tratar de estabelecimento oficial de crédito.”

O quadro a seguir apresenta uma sistematização das diferentes modalidades de Fundos criados por legislação específica, inclusive o Fundo Clima:

Tabela 2 - Modalidades de Fundos Públicos

MODALIDADE I	EXEMPLOS
Fundos de repartição de receitas	FPE e FPM – repartição da receita de IR e IPI
Fundos de incentivos fiscais	FINOR e FINAM – apoiar desenvolvimento regiões Nordeste e Amazônica • Atuação por meio de instituições oficiais crédito (BNB e BASA) sob supervisão de SUDAM e SUDENE
Fundos constitucionais de financiamento	FNO, FNE e FCO - financiamento de setores produtivos
MODALIDADE II	EXEMPLOS
Fundos que não são fundos	FNDE – é autarquia federal FINAME – é empresa pública subsidiária do BNDES
Fundos que não integram setor público	FGTS • Natureza parafiscal – recursos de terceiros para atendimento de objetivos sociais
Fundos garantidores	FGE – Fundo de Garantia à Exportação • Oferecem garantias e avais com base em ativos reais do seu patrimônio
MODALIDADE III	EXEMPLOS
Fundos “contábeis”	UO 73111 – Recursos sob supervisão do MMA • Transferência de recursos decorrentes de concessões florestais (repassa a Estados, DF e Municípios)
Fundos “financeiros”	Órgão 74000 – Operações Oficiais de Crédito • UO 74916 – Recursos sob Supervisão do FNMC • Financiamento de Projetos para Mitigação e Adaptação à Mudança do Clima
MODALIDADE IV	EXEMPLOS
Fundos orçamentários	Fundo Nacional do Meio Ambiente, Fundo Nacional de Mudança do Clima, Fundo Penitenciário Nacional, Fundo Nacional de Cultura • Execução de ações programáticas • São unidades orçamentárias (UO) da administração direta • Atributos: i) receitas especificadas; ii) vinculação a objetivos pré-determinados; iii) inclusão na LOA; iv) preservação dos saldos.

Fonte: MPOG³

³ Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de orçamento federal. **Gestão de Fundos Governamentais: perspectiva orçamentária.** junho/2017. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/sof_gestao-de-fundos-governamentais.pdf

Na área ambiental, o Fundo Nacional do Meio Ambiente é o mais antigo fundo da América Latina. O FNMA é uma unidade do Ministério do Meio Ambiente (MMA), criado pela lei nº 7.797 de 10 de julho de 1989, com a missão de contribuir, como agente financiador, por meio da participação social, para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA.⁴ Afirma o Ministério do Meio Ambiente que foram aplicados ao longa da sua história a ordem de R\$ 270 milhões voltados às iniciativas de conservação e de uso sustentável dos recursos naturais⁵. A questão é que este valor significa uma média, baixa, de pouco mais de 7 milhões de aplicação/ano.

Um dos Fundos públicos ambientais mais recente a ter entrado em funcionamento é o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios, criado pela Lei nº 13.123/2015 e regulamentado pelo Decreto nº 8.772/2016. O principal objetivo do Fundo é promover a valorização do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados no Brasil. É vinculado ao MMA e tem como fontes de receitas: I - dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais; II - doações; III - valores arrecadados com o pagamento de multas administrativas aplicadas em virtude do descumprimento desta Lei; IV - recursos financeiros de origem externa decorrentes de contratos, acordos ou convênios, especialmente reservados para as finalidades do Fundo; V - contribuições feitas por usuários de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado para o Programa Nacional de Repartição de Benefícios; VI - valores provenientes da repartição de benefícios; e VII - outras receitas que lhe vierem a ser destinadas. O Comitê Gestor do Fundo é composto por órgãos da administração pública federal que detêm competências sobre: as ações de conservação; defesa dos direitos de Povos Indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais e Agricultores Familiares; administração financeira; controle das atividades de ciência, tecnologia e inovação; e os representantes da Sociedade

⁴ Brasil. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Fundos ambientais estaduais com potencial de apoio ao desenvolvimento florestal / Ministério do Meio Ambiente. Serviço Florestal Brasileiro. -- Brasília : MMA, 2016. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/apoio-a-projetos/fundo-nacional-do-meio-ambiente>. Acesso em: 13 fev 2018.

⁵ Idem.

Civil com a participação de representantes de Povos Indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais e Agricultores Familiares e do setor acadêmico. Importante mencionar que uma parte das receitas do Fundo decorre de valores provenientes da repartição de benefícios de entes privados e que deverão ser direcionados de modo específico a provedores de recursos genéticos ou de conhecimento tradicional, o que demandará demonstrações contábeis em separado das demais receitas do Fundo.

Já do ponto de vista dos Estados, em um levantamento realizado em 2016 pelo Serviço Florestal Brasileiro foram identificados 75 fundos estaduais, sendo 25 fundos ambientais, 21 fundos de recursos hídricos, 10 fundos florestais, 07 fundos de direitos difusos e 12 fundos afins¹. Deste total, 2/3 encontram-se ativos e estão financiando projetos por meio da descentralização de recursos ou realizando execução direta. Embora tenha se verificado que houve, nos últimos 10 anos, um incremento substancial no número de fundos: de 50 para 75 fundos e uma capacidade orçamentária destes fundos em um valor médio por fundo por ano foi de R\$ 21 milhões por fundo⁶. O que o levantamento apurou, todavia, foi de que há uma **substancial lacuna quanto à articulação destes atores de fomento e financiamento de políticas públicas ambientais**.

Dos cinquenta fundos, vinte e seis afirmaram que realizam e quatorze afirmaram que não realizam nenhum tipo de articulação institucional. Dentre os que praticam a articulação, a maioria o faz com órgão do próprio governo estadual e com os órgãos integrantes dos Conselhos. Cabe destacar que na Amazônia é mais frequente a articulação com instituições internacionais.⁷ (grifo nosso)

Com relação à execução dos fundos públicos federais, a seguir são apresentados alguns dados recentes de análise do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

⁶ Brasil. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Fundos ambientais estaduais com potencial de apoio ao desenvolvimento florestal / Ministério do Meio Ambiente. Serviço Florestal Brasileiro. -- Brasília : MMA, 2016, p. 10.

⁷ Idem.

4.1.2 Execução dos Fundos Públicos

O governo federal instituiu uma série de novos Fundos nos últimos anos, voltando-se, recentemente, para a participação em fundos privados ou arranjos público-privados. Deve ser ponderado, todavia, que há uma baixa capacidade de execução dos Fundos no Brasil. Dados compilados pelo Ministério do Planejamento, em 2017, indicam índices muito baixos de execução:



Fonte: MPOG⁸

Oswaldo Maldanha Sanches, analisando os Fundos públicos, afirma possuírem como desvantagem a criação de algumas áreas de rigidez no processo de definição do programa de trabalho do governo e, ainda, a elevação de custos operacionais da administração pública pela imposição de registros

⁸ Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria De Orçamento Federal. Gestão de Fundos Governamentais: perspectiva orçamentária. junho/2017. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/sof_gestao-de-fundos-governamentais.pdf

individualizados de cada fundo.⁹ Por outro lado, afirma que possuem como vantagens:

- garantir que um conjunto de receitas seja destinada a um setor, entidade, área geográfica para a executar determinada programação ou para realização de objetivos pré-estabelecidos;
- descentralizar a execução de um programa de trabalho;
- viabilizar melhores avaliações dos resultados obtidos com a execução da programação;
- possibilitar um controle mais sistemático e efetivo sobre as receitas geradas com a prestação de determinados serviços, realização de certas atividades ou produção de bens em contraste com os seus principais custos (quando os recursos são vinculados a um fundo o seu gestor tende a se interessar mais pela eficácia da arrecadação e racionalidade dos gastos);
- assegurar que os recursos financeiros destinados às finalidades do fundo e não utilizados num exercício sejam preservados para uso no exercício seguinte (o que evita desperdício de recursos pelo atabalhoado comprometimento dos saldos nos finais de exercício, embora tal resultado possa ser obtido pela simples adoção de boas práticas de administração).¹⁰

4.1.3 Problemas enfrentados na implementação do atual Fundo Clima

A Lei nº 12.114/2009 determinou que o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC possui natureza jurídica de fundo contábil para atuar no apoio a financiamento a projetos e estudos capazes de mitigar ou promover a adaptação aos efeitos das mudanças climáticas. Conforme foi analisado no Produto 1, a aplicação das receitas do Fundo envolve finalidades e/ou projetos que podem ser de natureza reembolsável ou não reembolsável.

O regime aplicado para o Fundo atual é total ou precipuamente de direito público (senão na totalidade, eventualmente, misto) e o agente financeiro atual é o BNDES. Este pode habilitar outros bancos públicos para atuação, embora continue sendo o responsável para suportar os riscos perante o Fundo. O BNDES também define as formas de garantia para os financiamentos do FNMC

⁹ MALDONADO SANCHES, Osvaldo. **Fundos Federais: origens, evolução e situação atual na Administração Federal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/artigos/antes-de-2005/Artigo130.pdf>

¹⁰ MALDONADO SANCHES, Osvaldo. **Fundos Federais: origens, evolução e situação atual na Administração Federal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/artigos/antes-de-2005/Artigo130.pdf>

embora seja de responsabilidade legal do Conselho Monetário Nacional – CMN a definição das normas reguladoras dos empréstimos a serem concedidos pelo FNMC. Mais especificamente, o CMN deve definir quais os encargos financeiros e prazos, bem como as comissões devidas pelo tomador de financiamentos a título de administração e risco das operações.

O relatório do Fundo Clima, emitido pelo MMA referente ao ano de 2011, indicou inúmeras dificuldades operacionais para o início dos trabalhos do Fundo, o qual nasceu como um instituto legal regulamentado por decreto e com atividades diluídas em uma gerência de mudança do clima, sem equipe técnica específica e sem os meios normativos e administrativos de operação.¹¹ O Relatório de 2011 apontou limitações e dificuldades relativas à implantação do Fundo Clima durante o ano de 2011, algumas citadas a seguir em função da sua relação com o presente trabalho e que devem ser consideradas pelo poder público para a criação de um novo ente ou arranjo jurídico:

- o Fundo Clima não foi estruturado previamente ao início de suas operações, e, segundo o MMA, **“praticamente tudo foi feito com visão de curto prazo, tendo como horizonte dezembro de 2011, pois a lógica orçamentária exige execução dos recursos disponíveis, que serve de parâmetro para o orçamento do ano seguinte”**, assim como “não foram desenvolvidos ainda indicadores capazes de monitorar os resultados dos projetos, mas apenas a execução individualizada”.
- as “diretrizes e prioridades discutidas nas reuniões do Comitê Gestor não auxiliaram efetivamente a estruturação operacional do Fundo, mesmo com o planejamento restrito ao curto prazo e não foi realizada uma “distinção clara de projetos estruturantes, que estabelecessem, por um lado, os instrumentos básicos de análise, controle e monitoramento das emissões, e, por outro, demandas de um amplo universo de instrumentos voltados à adaptação das populações mais vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas, ainda longe de serem consolidados”;
- o quadro de funcionários se mostrou “insuficiente em para tarefas de acompanhamento e competências específicas relacionadas às finalidades”;
- a **“morosidade dos procedimentos burocráticos no Governo Federal em geral, e do MMA, em particular, atrasou consideravelmente tanto a estruturação legal do Fundo, a**

¹¹ Brasil. Ministério do Meio Ambiente. **Fundo Nacional sobre Mudança do Clima**. Relatório 2011 Brasília, dezembro de 2011, p.5

tramitação de processos” e as “dificuldades crônicas da burocracia pública foram agravadas pelo impacto das denúncias, ao final do segundo semestre, sobre irregularidades em convênios com entidades privadas sem fins lucrativos em outros ministérios, generalizando-se as críticas e aumentando o grau de restrições e exigências para os processos com parceiros dessa natureza”; e

- a utilização do Siconv, pouco flexível, dificultou a gestão dos projetos, com consequências para a montagem dos processos.¹²

Considerando a situação atual do Fundo Clima, o **modelo 1** sugerido pelo GT/governo demandará um ente jurídico que seja o responsável pelo “novo” Fundo, de natureza privada. As discussões do GT acabaram se voltando para soluções de financiamento com base num modelo privado buscando-se manter o aporte orçamentário que existe no momento atual, mesmo com todas as limitações que vem sendo aplicadas à execução do orçamento público federal.

O Grupo justificou que acabou se voltando às alternativas privadas porque não foram encontradas, no âmbito da regulação puramente pública, soluções pertinentes que envolvam as características para garantir a efetividade desejada do Fundo Clima.

4.1.4 Participação do poder público em fundos privados

A criação ou participação em fundos privados tem sido considerada pelo governo federal para diversos novos arranjos jurídicos. Uma das propostas mais recentes enviada para apreciação do Congresso Nacional é a Medida Provisória nº 809, a qual propõe a regulamentação dos depósitos pecuniários para fins de pagamento da compensação ambiental. A Medida Provisória (MP) provavelmente será objeto de discussões, pois permanecem questões-chave não resolvidas pela norma, como a falta de menção expressa da vinculação dos recursos do fundo à unidade de conservação impactada, a promoção da

¹² Brasil. Ministério do Meio Ambiente. **Fundo Nacional sobre Mudança do Clima**. Relatório 2011 Brasília, dezembro de 2011, p.5

desapropriação a ser realizada por uma instituição financeira, assim como prevê dispensa da licitação para a escolha da instituição financeira¹³ que será responsável pelo Fundo. Ademais, o § 2º do art. 1º da MP proposta afirma que o depósito integral do valor fixado pelo órgão licenciador desonera o empreendedor das obrigações relacionadas à compensação ambiental, o que pode ser objeto de alegação de inconstitucionalidade em face do art. 225 da Constituição Federal. Ademais, a norma não propõe a criação de novo ente, apenas transferem-se os recursos para um agente financeiro.

No final do ano de 2017, o governo federal também anunciou que pretende criar um fundo privado para apoiar pesquisas de alto nível no país. O governo almeja arrecadar R\$ 2 bilhões por ano por meio de valores oriundos de empresas dos setores elétrico, de bioenergia e petróleo, de telecomunicação e de mineração, que têm que investir ou por contrato, ou, ainda, por dispositivos legais cerca de 1% da receita líquida em pesquisa e desenvolvimento.¹⁴

A Lei 13.529, de 4 de dezembro de 2017, já estabeleceu um novo fundo a ser criado, administrado e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União, funcionando sob o regime de cotas. De acordo com o art.1º da Lei:

§ 1º As cotas poderão ser adquiridas e integralizadas por pessoas jurídicas de direito público e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, estatais ou não estatais.

§ 2º O fundo não terá personalidade jurídica própria, assumirá natureza jurídica privada e patrimônio segregado do patrimônio dos cotistas e da instituição administradora.

§ 3º O patrimônio do fundo será constituído:

I - pela integralização de cotas;

II - pelas doações de estados estrangeiros, organismos internacionais e multilaterais;

III - pelos reembolsos dos valores despendidos pelo agente administrador na contratação dos serviços de que trata o art.

1º desta Lei;

¹³ LANNA, Luciana; MEIRELES AGUIAR, Paula. **Medida Provisória regulamenta pagamento da compensação ambiental**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/opiniao-mp-regulamenta-pagamento-compensacao-ambiental>.

¹⁴ Folha de São Paulo. **Governo vai criar fundo privado para financiar pesquisa e inovação**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2017/11/1935534-governo-ira-criar-fundo-privado-para-financiar-pesquisa-e-inovacao.shtml>

IV - pelo resultado das aplicações financeiras dos seus recursos;
e
V - pelos recursos derivados de alienação de bens e direitos, ou de publicações, material técnico, dados e informações.

A Lei 13.529/2017 autorizou a participação da União em fundo de natureza privada sob regime de cotas com finalidade exclusiva de contratar serviços técnicos profissionais especializados, visando apoiar a estruturação e o desenvolvimento de projetos de concessão e parcerias público-privadas (PPP) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como alterar as Leis nº 12.712, de 30 de agosto de 2012. O governo anunciou que deverá repassar ao fundo R\$ 40 milhões. Serão mais R\$ 70 milhões em 2018 e o mesmo valor no ano seguinte.¹⁵

A Lei permitiu a contratação de um agente administrador, **sem necessidade de licitação**, para desenvolver as atividades e serviços técnicos necessários para viabilizar dos projetos. A instituição gestora será a Caixa Federal e o Conselho de Participação no Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas da União, d Os Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - FEP aprovou, em 22 de janeiro de 2018, o estatuto do Fundo e formas de participação da União. O FEP Caixa não contará com qualquer garantia ou parte da administração pública e permite, dentre as fontes de recursos, doações de estados estrangeiros e organismos internacionais e multilaterais. Os chamamentos públicos são utilizados como forma de realização de concessões ou parcelas públicas privadas.

¹⁵ Brasil. **Congresso Nacional**. Medida Provisória nº 786, de 2017 cria Fundo para o PAC. <http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/130047>

4.1.5 Características jurídicas básicas dos fundos privados

O GT que analisou a reformulação do Fundo Clima ponderou que as soluções relativas a um fundo privado devem contemplar, dentre outras:

- A) mínimo impacto fiscal;
- B) custo efetividade na gestão;
- C) possibilidades de captação internacional;
- D) capacidade de avaliar e responder do ponto de vista macroeconômico a setores específicos da NDC;
- E) alavancagem de recursos do setor privado.¹⁶

Tratando-se de fundos patrimoniais, estes são arranjos ou estruturas (e não entes) podem ser utilizados para dar sustentabilidade financeira a uma organização sem fins lucrativos. Em geral os fundos patrimoniais são criados com a missão de preservar perpetuamente o valor doado, utilizando seus rendimentos para cumprir os objetivos ou metas da organização.

Os Fundos de Investimento em Participações (FIP) integram um grupo denominado *private equity* e/ou *venture capital* e atuam na administração de recursos ou capital comprometido por um ou mais investidores. Referidos fundos são regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) por meio das suas instruções normativas as quais estabelecem regras para sua constituição, administração e funcionamento.

Entende-se que o **modelo 1** demanda uma entidade de natureza privada e/ou gerida de acordo com critérios de direito privado que permitam a participação do poder público e/ou a detenção de cotas conforme a definição prevista na Instrução CVM nº 555/2014 e outros regulamentos. Assim, pessoa jurídica (já que o Fundo não deterá personalidade jurídica) deverá estar devidamente autorizada pela CVM para gerir a carteira de fundo de investimento, e passa a ser a sua representante legal, respondendo por prejuízos a que der

¹⁶ Reunião do GT Legislação Fundo Clima realizada em 24 de novembro de 2017.

causa. Ademais, os fundos de investimento, como integram o mercado financeiro, são regidos por princípios aplicados aos contratos, como boa-fé, supremacia do interesse público e a moralidade. Uma dúvida atinente ao modelo 1 – privado — deve ser respondida pelo governo, no sentido de como se daria uma articulação ótima entre a política pública e a execução do fundo para atender aos interesses da referida política.

Dúvida apresentada pelo GT:

Qual é a forma jurídica para se permitir ao agente financeiro receber *grants* além do rentável?

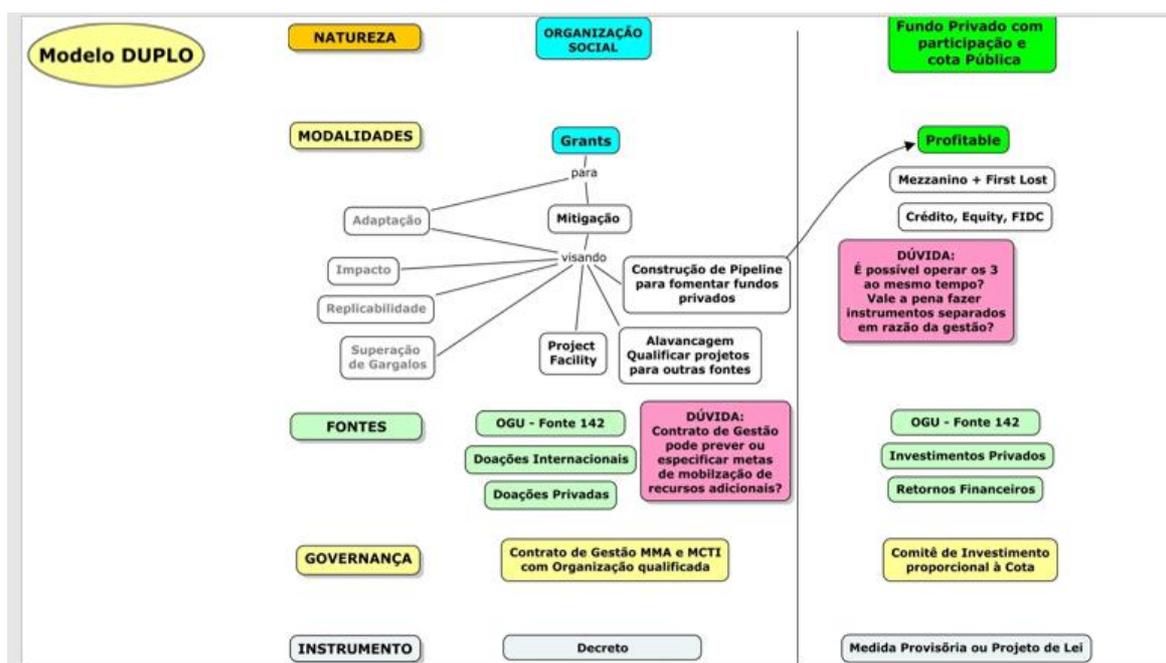
A resposta a essa indagação suscita que os modelos sejam retrabalhados, de acordo com as “Notas explicativas sobre o processo analítico” (item 3) e conforme as anteriores afirmações autoexplicativas, bem como as recomendações feitas no item 5 (“Modelos Concretos com potencialidade para serem analisados”), as considerações finais desse capítulo e observações constantes do apêndice.

De qualquer forma a modelagem regulatória dos chamados Fundos Privados regulados pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários, não prevê a possibilidade de gestão e/ou aplicação de recursos não reembolsáveis, uma vez que a lógica da sua construção está assente no mercado financeiro de capitais e de investimentos com fins lucrativos. O Brasil não tem ainda, como foi descrito no Produto 1 deste trabalho, a modalidade regulada de “*endowment fund*” (tal como acontece nos USA, com a *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act* (UPMIFA)⁶, *Uniform Prudent Investor Act* (UPIA), e a *Third Restatement of Trusts*, assim como na França, com o advento da Lei n° 2008-776, de 4 de Agosto de 2008 — lei de modernização da economia — “*Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie (JO du 5 août 2008)*”, que permitem a criação de entes jurídicos que usufruem de benefícios e isenções fiscais específicas e que têm como finalidade a aplicação de verbas de capital sem fins lucrativos. No Brasil, os modelos jurídicos que mais se assemelham a essa modelagem não estão na categoria de fundos, mas sim na categoria de Fundações Privadas. Como já referido, o modelo 1 não permitirá, caso se interprete a expressão “Fundo Privado” como sendo ente regulado pela CVM, a gestão de recursos não reembolsáveis, sendo necessário, para que a

referida tipologia de atividade possa caber no leque de atividades permitidas por lei, que o conceito possa ser interpretado extensivamente (para além do quadro legal da CVM) para englobar entidades jurídicas de natureza privada ou pública/privada que possam captar, gerir e aplicar verbas financeiras com finalidade não reembolsável. Nesse caso, o modelo 1 poderá então alcançar a capacidade de cumprimento de tal requisito legal pré-existente face ao quadro vigente para o Fundo Clima e permitir a gestão de tais recursos pelo futuro modelo.

4.2 Entes legais integrantes do modelo 2

MODELO 2



O modelo 2 encerra, pela sua natureza, um Modelo Puramente Dual, integrado por duas instituições diversas, o Fundo Privado e a Organização Social.

Como resultado das análises e exercício comparativo foi possível verificar que o modelo 2 (no que concerne ao Fundo Privado com cota e participação pública) sofre as mesmas condicionantes que o modelo 1 no que

diz respeito às capacidades de cumprir e alcançar parte dos requisitos colocados pela natureza jurídica e pelas atividades que o Fundo Clima deverá desempenhar nuclearmente (como referenciado no Produto 1 – as atividades de apoio financeiro reembolsável por meio de operador financeiro).

O Fundo Privado na modelagem contida dentro dos limites traçados pela regulação da CVM (Opção a) FP/CVM — não cumpre a capacidade de captar, gerir e aplicar recursos não reembolsáveis pelo que não cumpriria os critérios e se tornaria inviável pela sua limitação jurídica. No entanto, como já mencionamos no caso em que seja possível fazer uma interpretação estendida/ampla do conceito Fundo privado para englobar uma instituição publico/privada - Opção b) FP/Ente Publico/Privado: o modelo permitirá não só captar, gerir e aplicar recursos não reembolsáveis, mas, igualmente, viabilizar a realização de atividades de apoio financeiro reembolsável por meio de operador financeiro, assim como permitirá a aquisição de cota e participação do governo no ente público/privado.

O modelo 2 apresenta um incremento em relação ao modelo 1 uma vez que integra o ente jurídico Organização Social e com ele a possibilidade de dividir as competências de captação, gestão e aplicação dos recursos não reembolsáveis atribuindo tal competência a essa entidade sem fins lucrativos aqui denominada para todos os efeitos como Organização Social.

Dessa forma o modelo 2 atende, pela sua natureza dual, aos critérios de:

- capacidade de permitir a participação e/ou aquisição de cota pelo poder publico (governo) dentro da modelagem de Fundo Privado;
- captação, gestão e aplicação de recursos reembolsáveis por meio de operador financeiro caso permita a interpretação estendida do conceito de Fundo Privado;
- captação, gestão e aplicação de recursos de apoio financeiro não reembolsável por meio da figura jurídica da Organização Social.

O modelo apresenta, em relação ao modelo 1, alguns diferenciais conceituais e ao mesmo tempo riscos agregados pela natureza do ente jurídico

Organização Social que estão enunciados abaixo na Secção 4.2.1 - Características jurídicas das Organizações Sociais, das quais vale a pena ressaltar como vantagens:

- a OS permite criar uma articulação estratégica facilitada junto ao governo para indução e execução de políticas científicas de interesse da indústria nacional,
- facilitação de recebimento de verbas por meio dos contratos de gestão,
- imunidades tributárias aplicáveis às suas atividades, e
- funcionários atuando em regime de CLT;

Já pelo lado dos condicionantes e riscos:

- a OS **não** poderá ser responsável por gerir os objetivos macro da PNMC, executando objetos claramente especificados no contrato de gestão, como o apoio ao cumprimento de temas da agenda climática e a articulação institucional entre os setores público e privado em áreas específicas.

- a OS tem apresentado riscos de *compliance* de gestão dos recursos públicos nos modelos de contratos de gestão os quais tem sido objeto de ações judiciais nos tribunais nacionais;

- a OS traz para o processo de transição entre o quadro legal vigente e a transição para um novo modelo uma carga burocrática considerável que envolve a necessidade de cumprimento de vários ritos para qualificar e assegura que “a seleção da entidade privada sem fins lucrativos a ser qualificada como organização realizada pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora da área” observe entre outras as seguintes etapas:

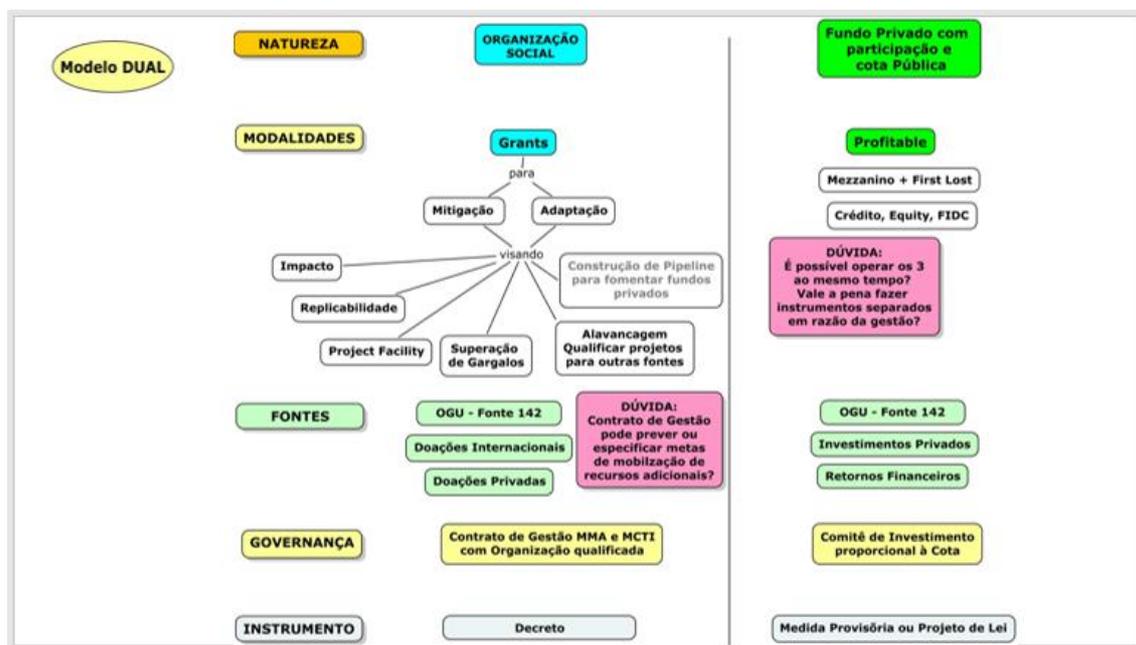
- a) divulgação do chamamento público;
- b) recebimento e avaliação das propostas;
- c) publicação do resultado provisório;
- d) fase recursal; e

e) publicação do resultado definitivo.

Assim, embora a OS seja um ente que apresentará uma facilidade para uma articulação dos objetivos traçados pelo poder público, suas limitações legais e jurisprudências devem ser observadas no que se refere as atividades publicizáveis e que deverão passar por verificação de resultados bastante específicos.

4.3 Entes legais integrantes do modelo 3

MODELO 3



O modelo dual (3) analisado, permitiria, ainda, com algumas restrições, realizar a atividade estabelecida no Inciso II do art. 5º, ou seja, efetuar apoio financeiro não reembolsável por meio da figura jurídica da OS, desde que seja promovida uma mudança na Lei nº 12.114/2009, notadamente no art. 7º da referida lei que estabelece a exclusividade ao BNDES como agente financeiro.

O modelo 3, compreende um modelo dual, integrado por duas instituições diversas, o Fundo Exclusivamente Privado e a Organização Social.

A diferença principal entre o modelo 3 e o modelo 2 é a de que a figura do Fundo Privado aqui se assume como Fundo Puramente Privado (portanto sem a participação do poder público com cota ou parte no capital da entidade Fundo Privado). Esse fato, como veremos no entendimento desta consultoria, tem impactos importante e decisivos na viabilidade jurídica do modelo 3 e da sua capacidade para garantir a transição/continuidade e cumprimento integral das tarefas e atividades que compõem o quadro legal vigente dado pelo Fundo Clima.

Nesse sentido, e como resultado das análises e exercício comparativo, foi possível verificar que o modelo 3 (em virtude da natureza dada de Fundo Exclusivamente Privado sem cota e participação pública), para além de sofrer as condicionantes já enunciadas para o modelo 1 dentro do conceito restrito do enquadramento legal da CVM, a ele acresce ainda uma limitação que no entendimento desta consultoria poderá ter o condão de inviabilizar a sua adoção.

Nesse sentido a natureza puramente privada do Fundo determina que o mesmo não possa receber quaisquer recursos de natureza pública, sejam eles no momento da sua criação sejam eles aportados no decurso futuro da sua atividade. Esse fato colide com a impossibilidade de dar continuidade a gestão tanto dos projetos já em decurso que utilizam verbas públicas integradas no orçamento do Fundo Clima com natureza reembolsável e aplicadas por gestor financeiro e a isso já destinadas pelo Comitê Gestor, bem como, e com consequências maiores, a impossibilidade de no futuro poder receber verbas públicas a essa finalidade destinadas tanto do governo nacional quanto das entidades multilaterais internacionais e governos internacionais. No nosso entendimento tal condicionante impossibilita a continuidade e cumprimento de parte substancial e integrante das obrigações e quadro legal vigente dado pelo Fundo Clima, o que inviabilizaria, do ponto de vista jurídico, a transição e cumprimento dessas atividades e conseqüentemente a renúncia a esses recursos tanto no momento da criação quanto no futuro (e esperado igualmente que parte significativa dos recursos destinados a fomento e investimento em

clima – atendidas as competências do Fundo Clima, que deverão advir de fundos públicos nacionais e internacionais). É sempre admissível a futura tomada de decisão por parte do órgão governamental decisor pela renúncia a tais recursos, sua captação, gestão e aplicação, mas não cabe a esta consultoria tal conclusão dado que à mesma apenas é dada a análise dos impactos de natureza jurídica.

O modelo 3, assim como o modelo 2, apresenta um incremento em relação ao modelo 1 uma vez que integra o ente jurídico Organização Social e com ele a possibilidade de dividir as competências de captação, gestão e aplicação dos recursos não reembolsáveis atribuindo tal competência a essa entidade sem fins lucrativos aqui denominada para todos os efeitos como Organização Social.

Dessa forma, o modelo 3 atende, pela sua natureza dual, aos critérios de captação, gestão e aplicação de recursos de apoio financeiro não reembolsável por meio da figura jurídica da Organização Social.

O modelo 3, do mesmo modo como o modelo 2, apresenta, em relação ao modelo 1 alguns diferenciais conceituais e ao mesmo tempo riscos agregados pela natureza do ente jurídico Organização Social que estão enunciados abaixo na Secção 4.2.1 - Características jurídicas das Organizações Sociais, das quais vale a pena ressaltar como vantagens:

- a OS permite criar uma articulação estratégica facilitada junto ao governo para indução e execução de políticas científicas de interesse da indústria nacional;
- facilitação de recebimento de verbas por meio dos contratos de gestão;
- imunidades tributárias aplicáveis às suas atividades;
- funcionários atuando em regime de CLT.

Já pelo lado dos condicionantes e riscos:

- a OS não poderá ser responsável por gerir os objetivos macro da PNMC, executando objetos claramente especificados no contrato de gestão, como o apoio ao cumprimento de temas da agenda climática e a articulação institucional entre os setores público e privado em áreas específicas;

- a OS tem apresentado riscos de *compliance* de gestão dos recursos públicos nos modelos de contratos de gestão os quais têm sido objeto de ações judiciais nos tribunais nacionais;

- a OS traz para o processo de transição entre o quadro legal vigente e a transição para um novo modelo uma carga burocrática considerável que envolve a necessidade de cumprimento de vários ritos para qualificar e assegura que “a seleção da entidade privada sem fins lucrativos a ser qualificada como organização realizada pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora da área” observe entre outras as seguintes etapas:

- a) divulgação do chamamento público;
- b) recebimento e avaliação das propostas;
- c) publicação do resultado provisório;
- d) fase recursal; e
- e) publicação do resultado definitivo.

Assim, embora a OS seja um ente que apresentará uma facilidade para uma articulação dos objetivos traçados pelo poder público, suas limitações legais e jurisprudências devem ser observadas no que se refere as atividades publicizáveis e que deverão passar por verificação de resultados bastante específicos.

Para maior clareza e considerando-se, que o ente jurídico Organização Social está presente nos Modelos 2 e 3, a Seção seguinte passa a analisar as características jurídicas, bem como as vantagens e desvantagens da utilização desse ente no âmbito dos modelos sugeridos.

4.4 Características jurídicas das Organizações Sociais

4.4.1. Características gerais

As organizações sociais foram estabelecidas no direito brasileiro pela Medida Provisória nº 1.648, de 23/4/1998, convertida na Lei Federal nº 9.637, de 15/5/1998. A Lei Federal nº 9.637/1998 estabelece que:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

A *organização social* é uma qualificação, um título outorgado pela Administração Pública a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a realização de seus fins. Nos termos da Lei Federal nº 9.637, de 18.5.1998, o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesse mesmo diploma.

Integram o terceiro setor porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta; todas são organizações não governamentais. Embora seu regime jurídico seja

de direito privado¹⁷, este é parcialmente derogado por normas de direito público, precisamente em decorrência do vínculo que as liga ao Poder Público.¹⁸

Após a qualificação como organização social, a entidade fica apta a assinar contrato de gestão com o Poder Público, definido pela lei como “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” (art. 5º).

São requisitos básicos para constituição de Organização Social:

a) não ter finalidade lucrativa e todo e qualquer legado ou doação recebida deve ser incorporado ao seu patrimônio; de igual modo, os excedentes financeiros decorrentes de suas atividades devem ser reinvestidos;

b) finalidade social em qualquer das áreas previstas na lei: ensino, saúde, cultura, ciência, tecnologia e meio ambiente;

c) possuir órgãos diretivos colegiados, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade;

¹⁷ Para que se possa qualificar como OS, os seguintes requisitos devem ser atendidos: I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação; b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades; c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei; d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; f) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados se dá na forma prevista no estatuto; g) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; h) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados; II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

¹⁸ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo** - 27ª Ed. 2014. Ed. ATLAS. 2014, PG. 564-583.

d) publicidade de seus atos;

e) submissão ao controle do Tribunal de Contas dos recursos oficiais recebidos;

f) celebração de um contrato de gestão com o Poder Público, para a formação da parceria e a fixação das metas a serem atingidas e o controle dos resultados.¹⁹

Efetivamente, a OS tende a **criar uma articulação estratégica facilitada junto ao governo para indução e execução de políticas científicas de interesse da indústria nacional, facilitação de recebimento de verbas por meio dos contratos de gestão, imunidades tributárias aplicáveis às suas atividades, funcionários atuando em regime de CLT, entre outros benefícios**. Poderia tal OS, no que se refere à mitigação e à adaptação à mudança do clima, atuar no sentido de:

- promoção de atividades de avaliação de estratégias e de impactos econômicos e sociais das políticas, programas e projetos científicos, tecnológicos, de inovação e de formação de recursos humanos no que se refere à mitigação e adaptação;

- promover e realizar estudos e pesquisas prospectivas na área de educação, ciência, tecnologia e inovação com relação a atividades e setores responsáveis pela maior quantidade de emissões de gases de efeito estufa no Brasil;

- promover atividades visando aumento da utilização de tecnologias menos emissoras, incluindo-se biocombustíveis sustentáveis na matriz energética brasileira;

- fortalecimento do setor florestal e de mudança do uso da terra visando o desmatamento ilegal zero até 2030 e reflorestamento;

¹⁹ AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Organizações Sociais**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>. Acesso em: 11 set 2014.

- promoção da interlocução, articulação e interação dos setores de educação, ciência, tecnologia e inovação com o setor empresarial brasileiro e internacional que almeje investir em tecnologias; e

- prestação de serviços relacionados à sua área de atuação e difundir informações, experiências e projetos à sociedade brasileira no que se refere à mitigação e adaptação.

Tais finalidades podem, sem dúvida alguma, constar no objeto social da OS e como o modelo incluirá o estabelecimento de mecanismos de controle finalísticos, e não de controle processualísticos, a avaliação da gestão deverá ser atrelada ao cumprimento das metas de desempenho definidas no contrato de gestão. Deve ser entendido, todavia, que **a OS não poderá ser responsável por gerir os objetivos macro da PNMC, executando objetos claramente especificados no contrato de gestão**, como o apoio ao cumprimento de temas da agenda climática e a articulação institucional entre os setores público e privado em áreas específicas.

4.4.2 Contrato de gestão ²⁰

O contrato de gestão deve observar, de acordo com o art. 7º da Lei nº 9.637/98, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

²⁰ Normas gerais para licitação e contratação de Organização Social: LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 : Normas gerais sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e regulação da transferência de recursos financeiros públicos por meio dos contratos de gestão: LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação: PORTARIA Nº 967, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2011: Disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e dá outras providências.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação: PORTARIA No- 777, DE 31 DE OUTUBRO DE 2012: Altera a Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011, que disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais.

Cabe ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização da execução do contrato de gestão. A organização social deve apresentar relatório pertinente à execução do contrato, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. Os resultados atingidos devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Nesse sentido, buscamos responder à dúvida apresentada pelo GT com relação ao modelo duplo (2):

Dúvida do GT: o ***“Contrato de Gestão pode prever ou especificar metas de mobilização de recursos adicionais?”***

O contrato de gestão com uma OS deverá prever metas de execução e tais metas serão, posteriormente, comparadas com os resultados alcançados, à luz dos objetivos do contrato de gestão, bem como as justificativas que porventura vierem a ser apresentadas em caso de não-consecução de metas e resultados.

As fiscalizações do TCU e outros órgãos tem sido rígidas com relação aos indicadores e metas, e deve-se ter cuidado com os objetivos traçados, plano de ação, cronograma de desembolso e, ainda, com os dispositivos contratuais relacionados à indicadores, além dos relatórios de execução do contrato de gestão. **Considerando que o Tribunal e outros órgãos de controle vem, cada vez mais, verificando ponto a ponto como as metas e resultados vem sendo atingidos no âmbito da gestão dos recursos públicos, recomenda-se que se tenha atenção com a previsão de metas de mobilização ou outras muito ambiciosas no contrato de gestão.**

Um procedimento que pode ser utilizado para mobilização de recursos adicionais pode ser a celebração de termos aditivos. De acordo com a Portaria nº 967, de 21 de dezembro de 2011, Portaria MCTI nº 777, de 31.10.2012 e

Portaria MCTI nº 1.123, de 14.12.2015, as quais disciplinam as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais:

Art. 8º O contrato de gestão poderá ser alterado, com as devidas justificativas, por termo aditivo, inclusive com o objetivo de fixar a origem e o montante de recursos que serão aplicados no próximo exercício anual da execução do programa de trabalho.

§ 1º Os termos aditivos envolvendo novas ações e repasses de recursos financeiros deverão estar vinculados às diretrizes e objetivos estratégicos previstos no contrato de gestão.

§ 2º As dotações destinadas ao pagamento de despesas decorrentes dos compromissos firmados por meio de contrato de gestão entre o MCTI, órgãos e entidades da Administração Pública Federal e as organizações sociais, deverão ser discriminadas em Lei Orçamentária Anual em categorias de programação específica com identificação nominal da OS.

Desse modo, o Termo Aditivo ao Contrato de Gestão poderá dispor, por exemplo, sobre a inclusão ou exclusão de cláusulas, a revisão de metas, indicadores e prazos, assim como sobre alterações nos valores originalmente pactuados e autorizações do repasse desses recursos.²¹

Deve ser ressaltado, por fim, que o art. 3º da Lei 12.187/2009 afirma que a PNMC e as ações dela decorrentes devem ser executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública; e o Decreto 9.190/2017 veda, expressamente, no âmbito do Programa Nacional de Publicização, a qualificação de organizações sociais para desenvolvimento de atividades exclusivas de Estado, de apoio técnico e administrativo à administração pública federal e, ainda, de fornecimento de instalação, bens, equipamentos ou execução de obra pública em favor da administração pública federal.

²¹ Brasil. **Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações**. Contratos de Gestão/Organizações Sociais. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/contratos_gestao_organizacoes_sociais/paginas/Contratos_de_Gestao_Organizacoes_Sociais.html

4.4.3 Conselho de Administração da OS

O Poder Público constitui maioria absoluta do Conselho de Administração. O art. 3º da Lei Federal nº 9.637 define que o Conselho será composto da seguinte forma:

- a) 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- b) 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
- c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
- d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
- e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

Um dos objetivos dessa composição é precisamente **reforçar o controle social direto** da prestação de serviços pela OS. Convém indagar se esta composição específica, atualmente, em face dos problemas verificados nos contratos de gestão com os OS nos últimos anos, dará conta de realizar um controle efetivo das atividades desenvolvidas pela organização social e, ao mesmo tempo, gerar resultados concretos de apoio à PNMC.

4.4.4 Contratações das OS

As Organizações Sociais, por receberem patrimônio e outros aparatos públicos no âmbito de atividades que foram *publicizadas*, devem se submeter ao regime de Direito Público no que se refere ao recebimento, controle e aplicação de recursos públicos.

Embora, em abril de 2015, o STF tenha decidido como válida a utilização da OS sem procedimento licitatório, deve ocorrer um processo seletivo público e impessoal, e desde que as Organizações prestem contas a órgãos de controle, já que administram verba pública. Nos autos da ADIN 1923/2015 concluiu o Tribunal que os contratos sejam celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos

termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade, mediante seleção de pessoal conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade, não podendo ser afastada qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.²².

No caso de saúde pública,²³ o plenário do STF, ainda no julgamento da ADIN nº 1.923, reconheceu que **a Constituição Federal não teria reservado a exclusividade da execução das ações e serviços de saúde pelo poder público**. Trata-se, portanto, conforme doutrina, de um serviço público impróprio, mesmo que caracterizado constitucionalmente como de relevância pública. O Tribunal, por maioria, indeferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT contra a Lei nº 9.637/98 (...) e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação (...) **Entendeu-se inexistir, à primeira vista, incompatibilidade da norma impugnada com CF. Quanto ao art. 1º da Lei nº 9.637/98, que autoriza o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, considerou-se que a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais**²⁴.

²² Superior Tribunal Federal. STF. ADIN 1923/2015

<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=3&base=INFO>

²³ A comparação com saúde pública se mostra interessante na medida em que os interesses pela saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado têm ambos características de interesse público, coletivo ou difuso.

²⁴ **Superior Tribunal Federal**. ADI 1923 MC/DF, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 1º. 8. 2007. (ADI-1923).

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>

Recentemente, o Decreto 9190/2017 tornou claro que “a seleção da entidade privada sem fins lucrativos a ser qualificada como organização social será realizada pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora da área observando-se as etapas de:

- a) divulgação do chamamento público;
- b) recebimento e avaliação das propostas;
- c) publicação do resultado provisório;
- d) fase recursal; e
- e) publicação do resultado definitivo.

Como as mudanças do Decreto ainda não tiveram tempo hábil para uma aferição de resultados da aplicação da norma, cumpre ressaltar que a utilização da OS deve atentar para o fato de que, nos últimos anos, vem sendo noticiado uma série de problemas no controle dos contratos de gestão. A seguir, são apresentados alguns casos envolvendo discussões de falta de transparência, eventual má-aplicação de verba, entre outros problemas que indicam algumas fragilidades relacionadas à utilização das OS pelo poder público.

Tabela 3 – Fatos recentes divulgados sobre OS	Consequências e/ou Encaminhamentos
<p>Falta de Transparência: casos de alegada falta de transparência incluem um questionamento sobre contratos do MCTI com o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) relativos aos períodos 2013 e 2014, envolvendo quantidade de viagens, locais, passageiros e valores de cada viagem e informações sobre objetivo de cada viagem.</p>	<p>O Ministério da Transparência (MTFC) determinou que dados referentes a gastos com diárias e passagens de organizações sem fins lucrativos que recebam recursos da União devem ser públicos. O precedente foi estabelecido a partir do julgamento de um recurso apresentado à Ouvidoria-Geral da União (OGU) por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), em que o requerente solicitou dados sobre o CGEE em contrato com o MCTI.</p> <p>A CGU emitiu parecer afirmando que o CGEE está “subjetivamente abrangido pelas disposições de transparência da LAI, no que tange aos recursos públicos destinados a ele, no âmbito de contratos de gestão firmados com o Poder Público. Nesse sentido, a discriminação do local de origem e destino, datas das viagens, nome dos passageiros, valor de cada viagem, bem como informações sobre o objetivo destas, referentes ao convênio objeto do pedido <i>insta</i>, podem ser requeridos por meio de mecanismo de transparência passiva, no caso, pedido de acesso a informação, via sistema E-Sic.” Indicou ainda que o órgão recorrido não teria observado norma legal relativa a transparência. Ainda, que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - (...) ao contrário do que foi defendido pelo CGEE, “as informações não configuram ofensa à garantia fundamental sobre a inviolabilidade à vida privada e à intimidade dos profissionais envolvidos na consecução dos objetivos do convênio em análise”; - a argumentação do CGEE teria sido genérica e ignorado o fato de que não se está solicitando informações de cunho pessoal, “e sim meramente informações detalhadas sobre diárias e passagens pagas com recursos públicos. (...) Desse modo, conclui-se que os argumentos apresentados pelo CGEE não são válidos para negar acesso às informações requeridas pelo órgão supervisor e, em última instância, pela cidadã solicitante”.

<p>Superfaturamento e desvio de recursos: a Controladoria-Geral da União e a Polícia Federal indicam investigações de denúncias em contratos com OS, desde 2015, em valores que alcançam R\$ 452 milhões. A CGU indica problemas em todas as as regiões do país, em estados como Pará, São Paulo, Mato Grosso, Paraná, Bahia, Sergipe e Maranhão envolvendo desde a administração de hospitais e Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) até a gestão de programas como o Saúde da Família. As investigações revelam indícios de superfaturamento, contratações irregulares de profissionais, e médicos que teriam sido obrigados a fornecer notas frias.</p>	<p>No caso do Rio de Janeiro, a promotoria vem recomendando ao município a suspensão de novas contratações em função da indicação do alto índice de problemas encontrados. Segundo veiculado “Das dez organizações sociais (OSs) que administram 108 das 248 unidades de saúde da prefeitura do Rio, oito são investigadas em procedimentos no Ministério Público (MP) estadual e em ações no Tribunal de Justiça (TJ) do Rio por suspeitas de irregularidades. A maioria das investigações teve por base 16 auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Município (TCM). Em alguns casos, os auditores constataram sobre preços de até 508% na compra de medicamentos. Diante da gravidade do quadro — e do fato de que essas OSs receberão este ano R\$ 1,9 bilhão (cerca de 38,8% do orçamento destinado à saúde)</p> <p>No Amazonas, a operação conjunta “maus caminhos” do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), Polícia Federal, Ministério Público Federal e Receita Federal, tornada pública pela CGU em 2016, foi realizada em função da “concentração atípica de repasses do Fundo Estadual de Saúde à organização social Instituto Novos Caminhos (INC). De abril de 2014 a dezembro de 2015, a entidade recebeu mais de R\$ 276 milhões para administrar duas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), em Manaus e Tabatinga, e um centro de reabilitação para dependentes químicos, no município de Rio Preto da Eva. O avanço das investigações da Operação, de acordo com a CGU, evidenciou um esquema criminoso maior com envolvimento de ex-secretários do governo do Amazonas. Esses agentes públicos teriam recebido propina periodicamente da organização social para priorizar e agilizar as liberações de contratos e recursos destinados ao Fundo Estadual de Saúde. Tais casos foram desdobrados na “Operação Custo Político”. No final de 2017 alguns dos processos judiciais estavam em fase de primeira instância para serem julgados pedidos de condenação do MP.</p> <p>No Maranhão a Operação Sermão aos Peixes, realizada em novembro de 2015 pela CGU em conjunto com a PF e o MPF, teve entre seus alvos a contratação de uma OS que recebeu R\$ 43 milhões para gerir 22 unidades estaduais de Saúde entre 2010 e 2013, durante a gestão Roseana Sarney. A operação apontou indícios de direcionamento de contratações; cooptação de agentes públicos; superfaturamento de serviços como fornecimento de refeições hospitalares; não comprovação de despesas; desvio de verba para dirigentes da OS e seus familiares; contratos forjados; e criação de empresas de fachada para a prestação de serviços médicos. Além disso, o relatório da CGU afirma que uma empresa que recebeu pagamentos superfaturados da OS contratada foi doadora de campanha de “familiares do ex-secretário de Saúde ou para candidatos do município que é o seu principal reduto eleitoral”. As ações movidas pelo MP estão em tramitação de primeira instância.</p>
--	--

<p>Dificuldades para fiscalização: no ano de 2014, as OS em São Paulo receberam mais de R\$ 2 bilhões dos cofres estaduais, sem considerar os valores repassados pelos municípios sendo que tal vulto de valores deveria ser alvo de um número muito mais abrangente de ações de controle para aprimorar a aplicação das verbas em prol do interesse público. O TCE/SP vem tentando indicar falhas e necessidades de melhoria do processo.</p>	<p>O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo publicou estudo comparando estabelecimentos hospitalares estaduais de mesmo porte e complexidade com gestão pela administração direta e por Organizações Sociais. O Estudo indicou que as OS possuem mais serviços terceirizados. No âmbito do controle do SUS, o estudo verificou que tanto os hospitais geridos por OS, como pela administração direta, têm poucas ações auditadas e há falhas nos relatórios referentes à emissão de Autorização para Internação Hospitalar (AIH). Por fim, no âmbito do que o estudo do TCE chama de “resultado econômico”, ambos os modelos de gestão apresentam prejuízo. Isso acontece porque um dos princípios do SUS, que é seguido tanto pela gestão por OS como pela administração direta, é a gratuidade. Porém, ao analisar os dados mais a fundo, é possível verificar que os gastos são menores na administração direta, caso seja considerado o que é definido como “gastos tributários”. Isso acontece porque as entidades sem fins lucrativos, como as OS, são isentas da contribuição patronal para a Seguridade Social. Mas, como a contração de trabalhadores pelas OS se dá pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a contribuição patronal tem que ser recolhida obrigatoriamente. Neste caso, esse gasto é feito pelo contratante (o governo do estado de São Paulo), enquadrado como um “gasto tributário”. Considerando isso, o volume de gastos pode variar de aproximadamente R\$ 40 milhões (no Hospital Geral de Guaianases, gerido pela administração direta) a aproximadamente R\$ 70 milhões (no Hospital Geral de Itaim Paulista, gerido por uma Organização Social). O relatório concluiu, todavia, que o modelo de gestão por OS apresentava maiores custos para o poder público, não garantia melhora nos índices epidemiológicos, pagava piores salários para os profissionais da saúde não médicos, fazia contratações sem licitação e servia como um mecanismo de transferência de recursos públicos para estabelecimentos privados da área.</p>
---	--

Do ponto de vista de orientações gerais, em 27 de novembro de 2013, o TCU julgou a matéria no âmbito da saúde pública, determinando ao Ministério da Saúde (MS) que elaborasse normativo que regulamentasse a participação das organizações sociais no SUS, compreendendo, em especial, a transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para as organizações sociais.

Já em 2016, o Congresso Nacional solicitou ao TCU que se manifestasse acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, especialmente em função dos limites da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). A manifestação do TCU foi no seguinte sentido:

não há, no âmbito da jurisprudência do TCU, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a Organizações sociais que celebram contrato de gestão financiado com fontes federais para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal; os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que **os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados**. Embora, na prática, o TCU tenha observado, em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização fosse. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios; (...) conforme decidido pelo Plenário do TCU no Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, é de todo recomendável, especialmente em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos dos cidadãos. Embora seja necessário fundamentar a opção pela adoção do modelo de parcerias com organizações sociais, é preciso ter presente que a autonomia do gestor e o livre exercício da opção política do governo democraticamente eleito, nos limites da lei, devem ser levados em consideração no exame pelo órgão de controle, sendo certo que a experiência de outras unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado; não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo. Assim, diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei

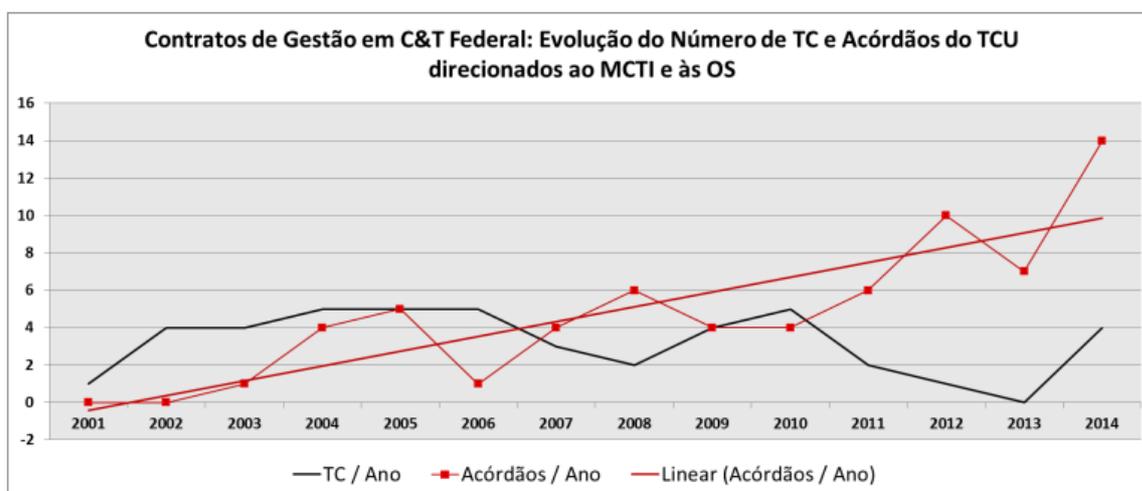
Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais (...).²⁵

Cumpra ainda indicar um balanço mais recente realizado pela Coordenação-Geral de Supervisão e Acompanhamento das Organizações Sociais do MCTI e apresentado na NOTA TÉCNICA Nº 08/2015-CGOS/SCUP que teve como objetivo monitorar as recomendações e determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Controladoria Geral da União (CGU) à Subsecretaria de Coordenação das Unidades de Pesquisa (SCUP) sobre a pactuação de resultados com Organizações Sociais. Os dados são ressaltados a seguir.:

de 2001 a 2014, o TCU autuou 45 TC que, superficial ou profundamente, fizeram referência às OS com contrato de gestão celebrado com o MCTI. No âmbito desses 45 TC foram exarados 66 Acórdãos. Em 14 anos, tem-se uma média de mais de 4,7 Acórdãos por ano. Para se ter uma ideia da proporção, desde 2001 o MCTI, na sua integralidade, recebeu 577 Acórdãos. Para o MCTI como um todo, a média é de 0,28 Acórdãos por ano, por unidade organizacional o que aponta que a CGOS trabalha com Acórdãos num ritmo mais de dezesseis vezes acima do Ministerial. Levando-se em consideração que o MCTI conta com 146 unidades organizacionais – sendo a CGOS uma delas – percebe-se que, se 10% dessas unidades organizacionais lidassem rotineiramente com a quantidade de Acórdãos com que lida a CGOS, o MCTI teria de ter recebido 990 Acórdãos. **Seguindo com a comparação, se cem unidades organizacionais do MCTI (aproximadamente 2/3 do Ministério) estivessem expostas ao volume de Acórdãos ao qual está exposta a CGOS, o MCTI teria recebido 6600 Acórdãos.** Tal é a criticidade da situação da CGOS/SCUP5. (...) A média de 4,7 Acórdãos por ano, todavia, ofusca a tendência de fortalecimento da atuação do TCU. (grifo nosso)

Considerando-se a relevância do documento citado, o **Anexo II** apresenta, na íntegra, a NOTA TÉCNICA Nº 08/2015-CGOS/SCUP emanada pelo MCTI. Percebe-se, no gráfico abaixo, a clara ascendência da curva de Acórdãos (TCU) relacionados à pactuação de resultados com as OS. Nos últimos quatro anos, não houve exercício em que não tivesse havido menos de seis Acórdãos:

²⁵ **Tribunal de Contas da União.** ACÓRDÃO Nº 2444/2016 – TCU – Plenário. Processo nº TC 023.410/2016-7. Grupo II – Classe de Assunto: II - Solicitação do Congresso Nacional. Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS)



Fonte: MCTI.²⁶

Desse modo, considerando-se os dados apresentados e, **em complementação a análise realizada no Capítulo 1 sobre os modelos 2 e 3, é importante atentar que as OS, mesmo com as mudanças recentes promovidas na legislação e do maior controle por parte dos órgãos responsáveis, apresenta elementos de fragilidade e risco jurídico de maior probabilidade na sua gestão contratual.** Ademais, os objetivos a serem atingidos pela OS são parciais e a responsabilidade estatal de gerenciamento macro da PNMC não pode ser transferida à Organização. Não se pode olvidar que o art. 225 da CF determina a obrigação do poder público e da coletividade no que se refere à defesa e preservação do meio ambiente. A alta judicialização de questionamentos de contratos de OS no país são entendidos como manifestação desses riscos jurídicos. A agenda voltada para clima demanda norma própria e coloca a tudo que diga respeito à matéria, a exigência de um tratamento especial; o que, intrinsecamente, representa a obrigação estatal de financiar e proporcionar condições de gestão para sua eficácia.

²⁶ Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Nota Técnica nº 08/2015-CGOS/SCUP. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/contratos_gestao_organizacoes_sociais/arquivos/mo_delosOs/NT_CGOS_SCUP_08_2015.pdf. Acesso em: 14 fev 2017.

Dúvidas apresentada pelo GT:

É possível operar os 3 ao mesmo tempo? Vale a pena fazer instrumentos separados em razão de gestão?

Entendemos pelos resultados alcançados pelo estudo que a resposta a pergunta equacionada e claramente negativa, i.e não é aconselhável operar os três modelos ao mesmo tempo.

5. Modelos Concretos com potencialidade para serem analisados

Realizou esta consultoria para além da análise e comparabilidade abstrata dos modelos 1, 2 e 3 (bem como a variantes de interpretação restrita e estendida Opções a) e b) do Fundo Privado), uma análise meramente exemplificativa de possíveis modelos concretos que caberiam dentro dos modelo abstratos submetidos a análise, o que se explana nesta seção.

5.1. - Fundo de Investimento na modelagem “Fundo Mezanino”

Atendidas as características e as condicionantes enunciadas no Produto 1 bem como as constantes na Lista/ Matriz descrita neste Produto 2 , entendemos que um Modelo Potencial de “Fundo Privado” para compor os modelos 1 , 2 e 3, poderá ser (a título exemplificativo) o Modelo designado como Fundo de Mezanino, conforme explicitado nesse tópico.

No que interessa ao presente estudo o Fundo Mezanino permite a realização de operações de investimento com recurso a utilização de debêntures conversíveis em *equity ou capital*. Nesse sentido é possível imaginar a criação e definição de um Fundo de Investimentos com uma “ Política de Investimentos de Mezanino”, i.e., que contemple preponderantemente a **realização de investimentos na modalidade “mezanino”, assim entendidos como os investimentos em companhias abertas ou fechadas, mediante a aquisição e/ou subscrição de Valores Mobiliários representativos do capital social das referidas companhias (como, por exemplo,**

ações ou bônus de subscrição) juntamente com a aquisição de Valores Mobiliários representativos de dívida (como, por exemplo, debêntures), sejam ou não conversíveis em capital.

Desse modo, as operações de mezanino podem incluir características de empréstimos tradicionais com pagamento de juros, amortização do principal e garantias aos cotistas do fundo e, por outro lado, ter componentes de renda variável visando alcançar o potencial de crescimento das companhias investidas.

Importa no entanto ponderar que essa modalidade encontra alguns elementos condicionantes que poderão agregar custo de transação e/ou dificuldades de outra natureza na efetiva consecução das referidas operações (uma vez que as mesmas sejam realizadas através de debêntures -notadamente a necessidade de prestação de garantia real pelas pessoas jurídicas que requeiram tal modalidade junto ao Fundo) podendo a operação se inviabilizar caso não seja possível a prestação de tal garantia. Deve-se atentar igualmente ao fato de que tal operação necessita da existência e/ou contrapartida de uma pessoa jurídica formalmente constituída que contrate a obrigação decorrente da operação de empréstimo/financiamento descrita.

5.2 - Sociedade de Economia mista ²⁷

A Sociedade de economia mista, poderá, e uma vez mais de forma exemplificativa, ser um dos modelos jurídicos concretos aplicáveis ao formato “Fundo Privado” nos modelos 1,2 e 3 levando-se em conta a possibilidade de proceder a interpretação estendida da expressão “Fundo Privado” para entidade de natureza e/ou gestão privada (ou publico/privada) que permita a participação do poder público e cota publica.

²⁷ SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: Normas gerais que dispõem sobre a organização da Administração Federal: DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967.

Normas gerais para licitação e contratação de sociedade de economia mista: LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

Normas gerais que dispõem sobre a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e regulação da transferência de recursos financeiros públicos: INSTRUÇÃO NORMATIVA STN Nº 1, DE 15 DE JANEIRO DE 1997.

Normas gerais relativas à constituição, controle, objeto, das Sociedades de Economia Mista: LEI No 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976.

Normas gerais as quais a Administração Pública deve pautar-se: art. 37 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Sociedade de Economia Mista, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, mas constituída por capital público e privado, possui um conjunto de características que se enquadram com os principais requisitos enunciados como essenciais para a viabilidade dos modelos de ente privado com capacidade de participação pública e cota pública, tais como a:

a) associação de capital público e privado (permitindo a integralização de parte do seu capital com recursos advindos do erário público – i.e do próprio Fundo Clima);

b) direção da empresa por ambos os investidores permitindo a criação de um modelo robusto e transparente de governança (através da implementação de um sistema de vetos e/ou estipulação de Golden Share;

c) prossecução do interesse público (assegurando a capacidade de continuidade e transição das obrigações hoje atinentes ao Fundo Clima);

d) capacidade de captar, gerir e aplicar recursos de natureza pública e/ou privada;

e) capacidade de captar e/ou gerir recursos advindo de doação/grants (não reembolsáveis);

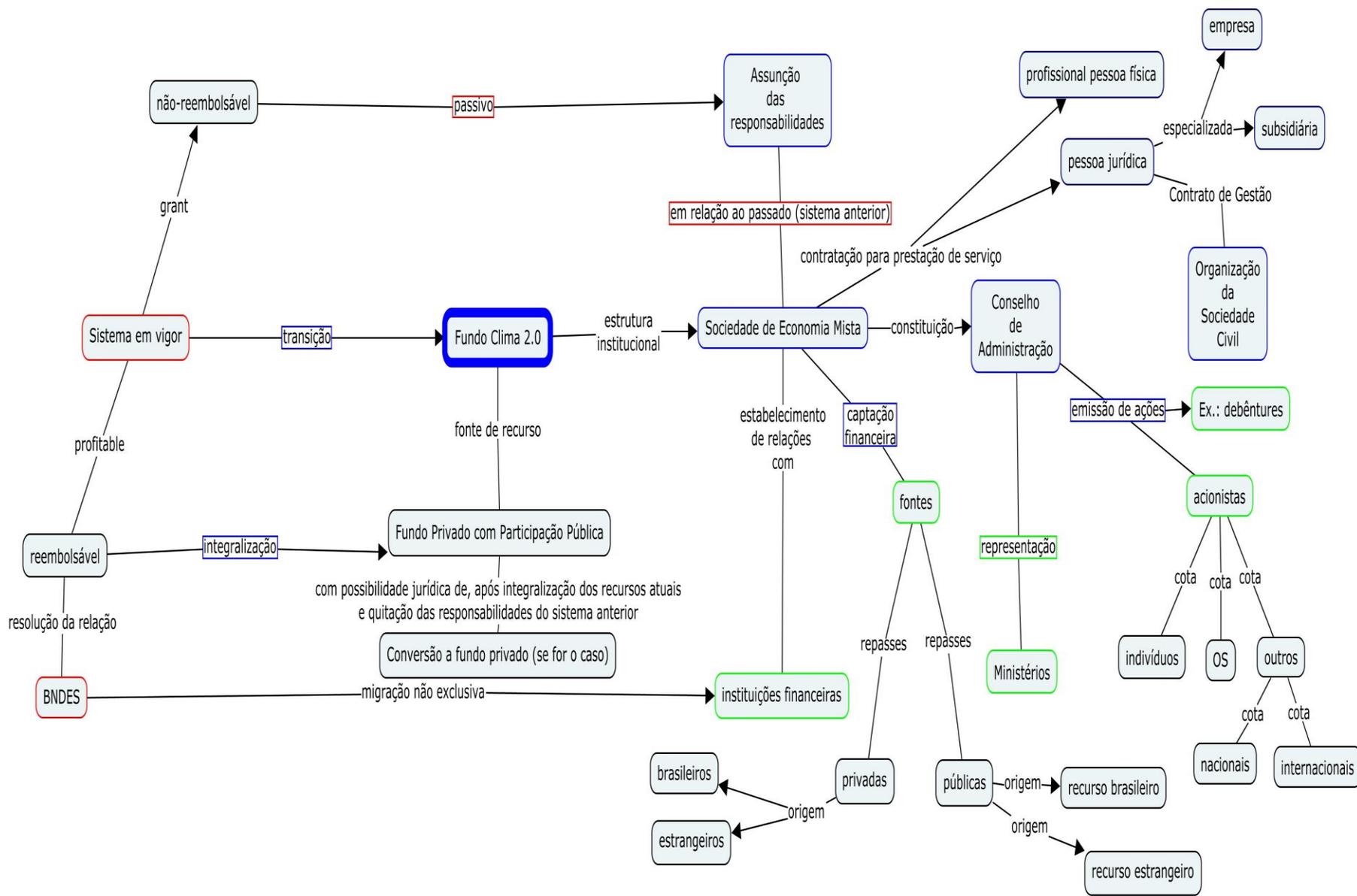
f) capacidade de captar, gerir e/ou aplicar recursos com fins lucrativos na modalidade de empréstimos/*loans* (reembolsáveis);

g) capacidade de realização de empréstimos e operações financeiras de grande porte;

h) capacidade de celebração de *joint ventures* e/ou criação de empresas subsidiárias com finalidade específica (hábeis por exemplo para a prossecução de investimentos em tecnologia e inovação), e

d) necessidade de autorização para a sua criação por meio de lei (o que permite direcionar e enquadrar suas competências e conseqüentemente formatar o estatuto em respeito e de acordo com as finalidades de determinada política pública – no caso as obrigações vinculantes do Fundo Clima).

Segue, abaixo, um potencial arranjo de governança inspirado na Sociedade de Economia Mista:



6. Recomendações e considerações finais

Considerando-se o quadro Legal dado pela legislação vigente de Clima e as regras atinentes ao Fundo clima (suas obrigações, metas e instrumentos), a saber:

- Lei 12.187/2009 – institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e estabelece seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos;
- Decreto 7.390/2010 - Regulamenta os artigos. 6º, 11 e 12 da Lei no 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional so-bre Mudança do Clima - PNMC, e dá outras providências.

A Legislação vigente que normatiza o Fundo Clima:

- Lei nº 12.114/2009 – que cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima - FNMC, dispendo sobre sua natureza, finalidade, fonte e aplicação de recursos;
- Decreto nº 7.343/2010 - Regulamenta a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, que cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima - FNMC, e dá outras providências; e
- Resolução nº 4.267/2013 – que dispõe sobre financiamentos ao amparo de recursos do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC).

Atendendo-se em especial para a natureza jurídica do Fundo Clima e suas atividades finalísticas em conformidade ao disposto no artigo 2º da Lei nº 2.114/2009:

1. Fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de assegurar recursos para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos.
2. A natureza jurídica das operações/atividades executadas pelo Fundo Clima nos termos dispostos pelo artigo 5º da Lei nº 12.114/2009: Os recursos do FNMC serão aplicados:

- I - Em apoio financeiro reembolsável mediante concessão de empréstimo, por intermédio do agente operador;
- II - em apoio financeiro, não reembolsável, a projetos relativos à mitigação da mudança do clima ou à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos, aprovados pelo Comitê Gestor do FNMC, conforme diretrizes previamente estabelecidas pelo Comitê.

Atendendo ainda a natureza e origem das receitas do Fundo Clima, conforme disposto no artigo 3º da Lei nº 12.114/2009: Constituem recursos do FNMC:

- I - até 60% (sessenta por cento) dos recursos de que trata o inciso II do § 2º do artigo 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;
- II - dotações consignadas na lei orçamentária anual da União e em seus créditos adicionais;
- III - recursos decorrentes de acordos, ajustes, contratos e convênios celebrados com órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal;
- IV - doações realizadas por entidades nacionais e internacionais, públicas ou privadas;
- V - empréstimos de instituições financeiras nacionais e internacionais;
- VI - reversão dos saldos anuais não aplicados;
- VII - recursos oriundos de juros e amortizações de financiamentos.

Atendendo a finalidade e destinação dos recursos do Fundo Clima, conforme ao disposto no parágrafo 4º do artigo 5º da Lei nº 12.114/2009:

§ 4º A aplicação dos recursos poderá ser destinada às seguintes atividades:

- I - educação, capacitação, treinamento e mobilização na área de mudanças climáticas;
- II - Ciência do Clima, Análise de Impactos e Vulnerabilidade;
- III - adaptação da sociedade e dos ecossistemas aos impactos das mudanças climáticas;
- IV - projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa - GEE;
- V - projetos de redução de emissões de carbono pelo desmatamento e degradação florestal, com prioridade a áreas naturais ameaçadas de destruição e relevantes para estratégias de conservação da biodiversidade;
- VI - desenvolvimento e difusão de tecnologia para a mitigação de emissões de gases do efeito estufa;
- VII - formulação de políticas públicas para solução dos problemas relacionados à emissão e mitigação de emissões de GEE;
- VIII - pesquisa e criação de sistemas e metodologias de projeto e inventários que contribuam para a redução das emissões líquidas de gases de efeito estufa e para a redução das emissões de desmatamento e alteração de uso do solo;
- IX - desenvolvimento de produtos e serviços que contribuam para a dinâmica de conservação ambiental e estabilização da concentração de gases de efeito estufa;
- X - apoio às cadeias produtivas sustentáveis;
- XI - pagamentos por serviços ambientais às comunidades e aos indivíduos cujas atividades comprovadamente contribuam para a estocagem de carbono, atrelada a outros serviços ambientais;

XII - sistemas agroflorestais que contribuam para redução de desmatamento e absorção de carbono por sumidouros e para geração de renda;

XIII - recuperação de áreas degradadas e restauração florestal, priorizando áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente e as áreas prioritárias para a geração e garantia da qualidade dos serviços ambientais.

E ainda conforme ao disposto no artigo 1º da Resolução do Banco Central do Brasil nº 4.267, de 30 de setembro de 2013:

Art. 1º Os financiamentos lastreados em recursos do Fundo Nacional Sobre Mudança do Clima (FNMC), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), têm por objetivo apoiar a implantação de empreendimentos, a aquisição de máquinas e equipamentos e o desenvolvimento tecnológico relacionados à mitigação de emissões de gases de efeito estufa e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos, destinando-se às seguintes finalidades, conforme deliberações do Comitê Gestor do FNMC:

I - combate à desertificação;

II - florestas nativas;

III - gestão e serviços de carbono;

IV - projetos inovadores associados às finalidades dos incisos I a III e V a X deste artigo;

V - máquinas e equipamentos eficientes;

VI - energias renováveis;

VII - cidades sustentáveis;

VIII - modais de transporte eficientes;

IX - resíduos sólidos; e

X - carvão vegetal.

Levando-se em conta também o levantamento jurisprudencial realizado em relação as características, condicionantes e riscos jurídicos identificados das Organizações Sociais, nomeadamente os relacionados ao processo burocrático de identificação, designação e atribuição do ente OS que assumirá a futura gestão de recursos não reembolsáveis bem como os contornos legais e respectivas condicionantes dos contratos de gestão, e ainda as limitações do modelo de OS para assumir parte significativa dos objetivos macro da PNMC e assegurar a transição,

Considerando-se, ainda, a situação fiscal e econômica vigente no país, e os condicionantes trazidos pelo contingenciamento de recursos do orçamento público em função da emenda constitucional e das metas fiscais, que aconselha a adoção de um

modelo que permita a captação, gestão e aplicação dos recursos reembolsáveis e não reembolsáveis fora do orçamento público.

Levando-se, finalmente, em conta a análise de viabilidade efetuada no Produto 1 e o exercício de comparabilidade realizado neste produto 2, são as seguintes as recomendações desta consultoria:

Recomendamos, em primeiro lugar, o uso do Modelo 1 caso se possa estender/interpretar a expressão Fundo Privado como “entidade privada com participação e/ou cota do Estado no ente privado”.

Os exemplos potenciais apresentados que compreendem de a modelagem jurídica de Sociedade de Economia Mista, ou, alternativamente, a modelagem jurídica de Fundo Mezanino (ressalvadas e observadas as condicionantes acima descritas para cada um dos modelos poderão ser adotados para concretizar a adoção do Modelo 1.

Recomendamos, em alternativa, caso não se adote a interpretação acima descrita quanto ao modelo 1, a adoção do Modelo 2, podendo a opção se dar por um de dois formatos alternativos (mutuamente excludentes):

a) Opção a) Formato Fundo Privado (interpretação restritiva ao modelo conceitual e regulatório previsto na CVM – Comissão de Valores Mobiliários – se recomenda como modelo concreto (a título meramente exemplificativo) o Modelo de Fundo de Investimento Mezanino conjugado com a estrutura dual da Organização Social;

Ou a

b) Opção b) Fundo Privado compreendendo a possibilidade de interpretação estendida da expressão para compreender Ente Privado com participação pública e cota pública – recomenda-se a título meramente exemplificativo a Sociedade de Economia Mista conjugada com a Organização Social; Aqui se repetem as ressalvas feitas em relação às condicionantes, riscos e impactos inerentes ao modelo de Organização Social.

A final, esta consultoria não recomenda o modelo 3 por não permitir assegurar a continuidade de parte significativa das atividades e/ou funções requeridas pelo quadro legal vigente do Fundo Clima, nomeadamente as atividades de captação, gestão e aplicação de financiamento reembolsável que advenham de verbas originárias de fundos públicos governamentais, em virtude da limitação /impedimento que a natureza puramente privada do ente Fundo Privado traz ao modelo 3, implicando na renúncia a captação, gestão e aplicação desse tipo de recursos e conseqüentemente ao não alcance e cumprimento de parcela significativa das obrigações/funções legais do atual regime e destinação económica de recursos realizada pela governança do Fundo Clima.

Este e o relatório.

Brasília, 23 de fevereiro de 2018.

Flavia Frangetto

Larissa Schmidt

Ludovino Lopes

7. Apêndices

Reflexões comparativas entre o Modelo de OS e a Sociedade de Economia Mista

O Produto 1 possibilitou, com os pressupostos e premissas que serviram de base, investigar o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Examinando-se, nesse contexto, as atividades de mitigação das emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) e adaptação aos efeitos adversos da mudança do clima, pode-se observar que, de acordo com a legislação vigente, não são propriamente um serviço público. Poderiam, todavia, passar a sê-lo, na parcela de responsabilidade estatal de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa esteira, a natureza jurídica em conexão ao interesse jurídico revela-se o encontro da essência do direito com o interesse juridicamente protegido encapsulado no bem jurídico respetivo. Os legitimados a manusear essas relações são aqueles encarregados de realizar no mundo real essa integralidade. Isso significa que eles têm de aplicar o direito sob o qual a questão jurídica se apresenta, integralmente sob o regime que sua integralidade assim o faz verdadeiramente protegido.

Na parcela de responsabilidade acima aventada, as ações relativas às atividades em questão não podem ser consideradas exclusivamente um serviço público sob o sentido tradicional da expressão. Assim como a natureza jurídica do bem ambiental é difusa, isto é, mais que pública ou privada, o mesmo ocorre com o regime aplicável às ações envolvendo impactos ambientais na vida concreta. Logo, a segurança jurídica a ser proporcionada nos sub-sistemas de gerenciamento da mudança do clima devem seguir a mesma lógica, ou seja, o melhor modelo é aquele capaz de absorver esse caráter difuso. Como elucidado, ao longo do Produto 2,

- a) a Organização Social (OS) individualmente não é capaz de ir além dos objetivos de prestação de serviços e metas estabelecidas;

- b) a Sociedade de Economia Mista pode desempenhar uma função mais abrangente, por sua própria característica de existir, simultaneamente, sob a égide de um regime tanto público quanto privado — mais público na essência de sua existência e mais privado na sua forma de funcionar.

Para que a Sociedade desempenhe as duas funções, o interesse público traduzido nos objetivos da PNMC, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do **alinhamento entre seus objetivos e àqueles da Política Nacional.**

No caso do sistema de financiamento sobre mudança do clima se reduzir a uma investidura conferida a OS, estaria se optando por subutilizar o ferramental oferecido pelo Direito Brasileiro — mantendo-se, no âmbito da configuração que possibilite envolver Sociedade de Economia Mista, os valores coletivos/difusos em consistência com o interesse público e ferramentas privadas mais ágeis.

O regime misto da Sociedade de Economia Mista (com o advento das responsabilidades de cumprimento de NDC perante a comunidade internacional, mas que precisa ser exercida regionalmente em ato realizado pelos particulares e administrados), mostra-se mais apropriado na medida em que é capaz de absorver os requisitos da parcela de interesse público, como também os requisitos de interesse privado — formando-se um molde estrutural em favor da observância ao interesse difuso.

Assi, enquanto a OS é ente não-governamental que atua no serviço público por delegação do Estado a Sociedade de Economia Mista é organização estatal que desenvolve ações governamentais.

Faz-se necessário, no financiamento sobre mudança do clima, manter a parcela do Estado no desempenho direto de atividades que desenvolva. Assim, nem sempre a ação de mitigação e adaptação será empreendida por substituição estatal. Mas, sim, será a própria quitação da responsabilidade do Poder Executivo em implantar as políticas sobre clima, em reduzir suas próprias emissões, em estimular economia menos intensiva em emissões, e, ainda, proporcionar condições para os

particulares reduzirem emissões e se adaptarem nas situações de dano provocado pela mudança do clima, entre outros vários exemplos que poderiam ser ilustrados.

Como salientado, a Sociedade de Economia Mista, como uma das modalidades de empresa estatal está imbuída de regime jurídico privado no tocante à exploração da atividade econômica, mesmo que essa atividade vise à implementação de política pública. Conforme interpreta o STF, as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas²⁸. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.²⁹

Assim, sendo o caso de se criar uma Sociedade de Economia Mista voltada à questão de mudança do clima entende-se que **a atividade econômica a ser explorada não será para investir buscando-se simples lucro mas para realizar exercício de atividades econômicas que, no caso da questão da mudança do clima, têm de servir para atender ao interesse social de estabilização dos níveis de GEE na atmosfera - e adaptação).**

Nessa linha de raciocínio, convém ressaltar o caráter “misto” das Sociedades de Economia Mista — que a OS não tem, já que nunca poderá visar o lucro, nem que o lucro viesse a ser buscado com intento de interesse social.

Esclarece Carlos Ari Sunfeld, em seus comentários sobre a participação privada nas empresas estatais:

“(...) O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar políticas públicas (o desenvolvimento regional, a construção de habitações

²⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços

²⁹ [ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, DJE de 19-9-2008.] = ARE 689.588 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 27-11-2012, 1ª T, DJE de 13-2-2012

populares, o financiamento agrícola etc.). Daí, então, dizer-se que as empresas estatais desenvolvem ação governamental, apesar de revestirem o chamado 'figurino privado' (a forma empresarial, adotada pelas sociedades mistas e empresas públicas) e, em algumas hipóteses, explorarem atividades econômicas." In Direito Administrativo Econômico, Editora Malheiros, 2000, p. 265)

Essas características da Sociedade de Economia Mista revelam vantagens da categoria de pessoa jurídica para dar robustez ao modelo em formatação. Sendo possível haver contratação de OS pela própria Sociedade de Economia Mista, se, porventura, a decisão da Administração Pública for pela adoção de outro modelo que não o modelo 1, então, pode-se dizer que até o avaliado como sendo inviável modelo 3, feitas as suas correções, poderia passar ao patamar de viável desde que seja envelopado com a criação de uma Sociedade de Economia Mista. No caso em questão, uma OS poderia, de modo não exclusivo, ser contratada para realizar alguns serviços. Em síntese, nem seria o modelo 3 originalmente proposto, mas o novo modelo concebido Fundo Clima 2.0 como sugerido.

Há quem julgue que qualquer interferência estatal é prejudicial para um sistema que intente atratividade do setor privado. *In casu*, a proposta de haver simultâneo uso de recurso já vinculado ao Fundo Clima e captação de recursos no setor privado é determinante, pois uma OS seria invulgarmente capaz de absorver e gerir direito todo esse recurso público já vinculado.

A sugestão dos consultores projetada, de inclusão da Sociedade de Economia Mista no modelo, respalda-se, *inter alia*, no argumento de ser a estrutura institucional possível e ideal para a realização dos objetivos de implementação de política pública — ainda que o Estado, entes não governamentais e outros privados — venham a participar das operações realizadas. Conforme trazido à baila nos relatórios dos Produtos e1 e 2, a legislação brasileira abriu espaço, por meio da Sociedade de Economia Mista, para ser criada, *mutatis mutandis*, aquela estrutura de pessoa jurídica que no Direito Estrangeiro já se mostrou perfeitamente adequada para tratar das externalidades ambientais. Para tanto, é necessário que os seus objetos, os interesses mais nobres da coletividade sejam internalizados, como no caso das

Benefit Corporation (no Direito Norte-Americano); de algum modo, também as *Community Interest Company* — CIC (no Direito do Reino Unido)

Isso, com a vantagem de, no caso da Sociedade de Economia Mista, haver a figura de participação pública no conselho e a figura dos acionistas, que terão de perceber valor no alcance dos êxitos de interesse social da empresa, e não no lucro sob o critério monetário tradicional.

Poderia se argumentar que a maior fragilidade da Sociedade de Economia Mista seja uma presença estatal que possa interferir numa gestão privada mais eficiente. Não há, todavia, como afastar-se o controle estatal e, de todo modo, no Direito Brasileiro, ainda não há a regulação exatamente como daquelas trazidas a lume, das *Benefit Corporation*. Não há impedimento legal, por outro lado, de que a Sociedade de Economia Mista passe a funcionar, na prática, como se fosse a mais próxima forma dela, uma *Benefit Corporation* à brasileira — e, com isso, não se tratasse de Sociedade de Economia Mista às quais os brasileiros ficaram acostumados ou ouviram até hoje (Banespa, CEMIG, Petrobrás, Banco do Brasil etc.) e, sim, passasse, essa nova Sociedade de Economia Mista a realizar o que foi permitido pelo legislador em seu regime jurídico: a possibilidade de unir o interesse dos sócios acionistas de origem não pública com os sócios de origem estatal para realizar o que seja de interesse da coletividade valorizando as ações da empresa por força dos resultados positivos alcançados para a sociedade e o meio ambiente. Satisfazer ao interesse coletivo de viabilizar as atividades de mitigação e adaptação, em matéria de gerenciamento da mudança do clima, seria a o mote na união da relação público-privada.

Cabe transcrever outro trecho de Carlos Ari Sundfeld:

“Nas sociedades de economia mista (...), o Estado quer unir-se a particulares para, com as vantagens da comunhão de esforços (financeiros e/ou gerenciais), implantar ou manter um empreendimento; tal associação não é possível por meio da constituição de pessoas de Direito Público (autarquias), às quais é totalmente estranha a participação privada; daí a adoção do figurino mercantil, que o Direito concebeu justamente para implementar associações. (...) Ao submeter-se à forma empresarial - e é disso que se trata nas sociedades mistas - o Estado conscientemente opta por um modelo de organização em que, à diferença do autárquico, seus

poderes de controle, conquanto existentes e necessários, serão condicionados, à vista da necessidade de composição de interesses.”
(In Direito Administrativo Econômico, Editora Malheiros, 2000, p. 269)

Caberia analisar, por fim, se a criação da personalidade jurídica seria prescindível, dado que há, no ordenamento jurídico, outras formas de viabilizar o acesso a recursos, como os novos fundos tal qual aquele disciplinado na Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017. Como esclarecido ao longo das explicações sobre as fragilidades vs robustez, a Sociedade de Economia Mista nos parece ser fundamental, justamente por dar a almejada robustez ao sistema de financiamento do Fundo Clima no Brasil. Todas as demais formas oferecidas pelo sistema jurídico continuam possíveis de serem utilizadas. Desse modo, não nos parece haver impedimento para que seja utilizado o fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas, em sendo construída relação entre a suposta Sociedade de Economia Mista e instituição financeira juntamente com prestadores de serviços técnicos profissionais especializados. Veja-se que a previsão de fundo da Lei 13529/2017 significa, na prática, uma previsão de transferência, integralização de recurso da entidade pública para efeito da prestação do serviço. Juridicamente, não se trata exatamente de um fundo sob o sentido de captador e mantenedor de um recurso, mas, sim, de um **repasso de recurso de uma estrutura pública** (no caso desta norma, tendo que envolver um banco) **para o particular que venha a realizar o serviço**. Essa seria uma entre as várias outras possíveis fontes do Fundo para a matéria de mudança do clima.

Uma instituição financeira — diga-se um banco — se distingue de uma Sociedade de Economia Mista pelo fato de poder fazer empréstimos bancários. A Sociedade de Economia Mista terá de estabelecer o mesmo tipo de relação jurídica com o banco e este executará os serviços à comunidade, como, por exemplo, receber e escutar recurso reembolsável. A Sociedade de Economia Mista poderá lançar programas conjuntos com as instituições bancárias para esse efeito, sempre que entender ser importante cobrir as operações mediante *profits*. Ou seja, a falta da capacidade de fazer empréstimo diretamente não torna, também por esse motivo afastável a escolha por Sociedade de Economia Mista. Ademais, há de se considerar

que a carência na área de projetos de mitigação e adaptação, que precisam ser realizados em grande escala para produzir a transformação ambiental desejável (aí incluindo-se os aspectos ecológico, social e econômico do meio ambiente), depende, consideravelmente, de recursos não-reembolsáveis.

Perguntar-se-ia, então, do porquê não se escolher pela constituição ou adesão a um banco, à moda com que funciona atualmente o Fundo Clima na opção de trabalhar com os recursos reembolsáveis por meio do BNDES. Diga-se que parcela dos recursos pode ser, como dito acima, feita dessa maneira, desde que haja a relação jurídica formada da instituição financeira com a suposta Sociedade de Economia Mista.

Continua-se a indagar, por conseguinte, o porquê de não se manter apenas instituição bancária no sistema e, sim, insistir em uma Sociedade de Economia Mista que não seja uma instituição financeira. **O motivo principal está na possibilidade de desenvolvimento das emissões de ações, das cotas aos acionistas, de modo a promover no seio dos sócios minoritários a total vinculação com os anseios e ganhos tangíveis, mas especialmente os intangíveis das realizações das atividades de mitigação e adaptação — desse modo, gerando-se valor para as ações todas de implementação do Fundo.** O sucedâneo de toda essa análise é concluir que, ainda que um ou outro modelo apresentado pelo GT possa revelar-se favorável, apresentou vulnerabilidades do modo como foram propostos o que demanda avaliações mais aprofundadas.

Desse modo, quando se pergunta “o porquê” da Sociedade de Economia Mista, a resposta em face das análises da OS isolada recai na seguinte constatação: **as fragilidade das OS às quais nos referimos** (conforme demonstrado nos levantamentos feitos — em “Análise de características jurídicas dos entes/pessoas jurídicas integrantes dos Modelos 1, 2 e 3 submetidos a análise da consultoria – Matriz”) **devem ser lidas também sob a linguagem não jurídica. Trata-se de uma insuficiência estrutural do ente OS para atingir os objetivos de uma ampla agenda climática.** A Sociedade de Economia Mista, por sua vez, apresenta suficiente capacidade estrutural para desempenhar tamanha agenda. Esse, portanto, é um dos pontos cruciais da nossa análise pessoal, pois entendemos ser necessário o

estabelecimento de uma estrutura robusta e com perspectiva de mais longo prazo para dar conta do alcance dos objetivos da política pública relacionada à mudança global do clima.

8 - Anexo I

Descritivo das características da Sociedade de Economia Mista

A Sociedade de Economia Mista, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, mas constituída por capital público e privado, possui um conjunto de características que se enquadram com os principais requisitos enunciados como essenciais para a viabilidade dos modelos de ente privado com capacidade de participação pública e cota pública. Tais características incluem:

a) a associação de capital público e privado (permitindo a integralização de parte do seu capital com recursos advindos do erário público – i.e do próprio Fundo Clima);

b) a direção da empresa por ambos os investidores permitindo a criação de um modelo robusto e transparente de governança;

c) prossecução do interesse público;

d) capacidade de captar recursos de natureza pública e/ou privada e e) capacidade de captar e/ou gerir recursos advindo de doação/*grants* (não reembolsáveis);

f) capacidade de captar, gerir e/ou aplicar recursos com fins lucrativos na modalidade de empréstimos/*loans* (reembolsáveis)

d) a necessidade de autorização para a sua criação por meio de lei (o que permite formular seu estatuto e finalidades em respeito e de acordo com as finalidades de determinada política pública – no caso as obrigações vinculantes do Fundo Clima).

Como a Administração Pública detém o controle acionário da sociedade, a maioria das ações com direito de voto serão de propriedade do Estado. Dispõe o art. 37 da CF/88, inciso XIX que **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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Assim, exige-se que a criação da Sociedade seja **autorizada** por lei, conforme determina a EC 19/98 do art. 37, XIX de que “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.

De acordo com o art. 173 da CF/88, verbis:

*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da **segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A função social referida no inciso I do § 1º foi disciplinada no art. 27 da Lei 13.303/2016, no sentido de que:

a empresa pública e a sociedade de economia mista devam ter a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional **expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação (...)**.³⁰

A definição do objeto social das sociedades de economia mista justamente vinculará a atividade empresarial aos objetivos de política econômica e social do Estado. Como seu objeto social será delimitado por lei, impõe-se a vinculação da sociedade ao desenvolvimento permanente das atividades que deram origem à sua criação, sendo resguardado o interesse público.³¹ Ainda, a natureza jurídica de direito

³⁰ Define o § 1º do art. 27 da Lei que “a realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista (...)”

³¹ Sociedades de economia mista. Conceito, objeto e atividades

<https://mandinha10fc.jusbrasil.com.br/artigos/149242637/sociedades-de-economia-mista> (Último acesso: 31.1.2018)

privado não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a empresa estatal como instrumento de atuação do Estado.³²

A admissão de pessoal deverá atender ao art. 37 da Constituição Federal, ou seja, é obrigatória a aprovação em concurso público de provas e títulos, mas aplica-se o regime jurídico celetista aos empregados contratados. Nos últimos anos, assumiu o judiciário que os empregados de empresa pública e de economia mista não gozam de estabilidade, todavia, para serem dispensados sem justa causa o ato necessariamente deve ser motivado.

Regras para contratação

A legislação referente à possibilidade de dispensa de licitações no âmbito da Petrobras foi duramente combatida pelo TCU nos últimos anos. A nova “Lei das Estatais” incorporou, todavia, procedimentos do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) mas deverá ser editado regulamento próprio de licitações, de acordo com a Lei 13.303/2016.

Assim, as licitações no âmbito das empresas públicas e de economia mista são reguladas pela nova lei, não se aplicando, em regra, o regime da Lei Federal 8.666.

Permanece uma hipótese de **licitação dispensável**, ao limite de cem mil reais para obras e serviços de engenharia e de cinquenta mil reais para as demais compras e serviços. Tais limites podem, porém, ser **alterados** para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, **admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade** (art. 29, §3º). A lei não determinou limites definidos para essa alteração. Desse modo, é possível que o Conselho de Administração da SEM estabeleça que a entidade possa firmar contratos por dispensa de valores, por exemplo de um milhão. Afirma a Lei:

³² Gilberto Bercovici. A natureza jurídica da Petrobras e suas consequências práticas. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/a-natureza-juridica-da-petrobras-e-suas-consequencias-praticas/>

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação nos termos desta Lei**, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Assim, a regra é a licitação sendo **dispensada** nos casos do previsto no parágrafo terceiro do art. 28 acima (atividades finalísticas) ou oportunidades de negócios no âmbito de um setor estratégico; será, todavia, **dispensável**, de acordo com o art. 29 da Lei, há, como inovação, a faculdade de dispensar para contratações de baixo valor, por exemplo, podendo o Conselho de Administração alterar tais valores no caso das atividades que a empresa presta. Ainda, em preços superiores ao mercado e para contratação de subsidiárias. Por fim, a **inexigibilidade** de licitação aplica-se para fornecedores exclusivos ou serviços técnicos especializados (notória especialização listados no art. 30,II³³). Neste caso, o rol da lei é exemplificativo, mas vedada a inexigibilidade para publicidade e divulgação.

³³ Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; II - contratação dos seguintes serviços

Cumprе ressaltar que, Segundo as novas regras do art. 30 da Lei 13.330/2016, as licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobre preço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da **economicidade**, do **desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

A seguir é apresentada tabela contendo resumo das características jurídicas do ente sociedade de economia mista.

técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobre preço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços. § 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou do executante; III - justificativa do preço.

Tabela 4

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	CARACATERISTICAS BÁSICAS	VANTAGENS NA GESTÃO	DESVANTAGENS NA GESTÃO	CAPTAÇÃO E RECEBIMENTO DE RECURSOS	EXEMPLOS/ CASOS PRÁTICOS
<p>Regime Jurídico de Direito Privado com forma de organização sob sociedade anônima (art. 5º, III, do Dec.-lei nº 200/67).</p> <p>Base Legal: Constituição Federal Lei nº 8.666/93 Lei nº 6.404/76 Dec.-lei nº 200/67 Lei nº 9.648/98</p> <p>A Lei 13.303/2016 inovou ao prever que a sociedade de economia mista terá função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional <u>expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.</u></p> <p>A realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos. Devem adotar, nos termos da lei, práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam. (Art. 27 da Lei 13.303/2016)</p>	<p>Deve ter sua instituição autorizada por lei, mas não se exigindo lei específica para a criação (art. 37, XIX da CF). Possuem autonomia administrativa, mas estão subordinadas à fiscalização do órgão da Administração direta a que se vincula.</p> <p>A lei 13.303/2016 ampliou a competência fiscalizatória dos órgãos de controle (incluindo-se estatais ou subsidiárias do exterior) podendo tais órgãos acessarem informações sigilosas, contratos, etc., as quais deverão ser disponibilizados aos órgãos de controle praticamente em tempo real.</p> <p>Atuam sob derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público.</p> <p>A composição do capital é mista sendo o capital dos particulares adquirido por compra de ações.</p> <p>A competência fiscalizatória dos órgãos de controle foi estendida a estatais ou subsidiárias sediadas no exterior podendo tais órgãos acessarem informações sigilosas, como contratos e orçamento que deverão ser disponibilizados aos órgãos de controle praticamente em tempo real.</p>	<p>Não se exige concurso público dos dirigentes, os quais são nomeados pelo chefe do Poder Executivo da entidade que a estabeleceu.</p> <p>Há dispensa de licitação para as contratações realizadas pelas sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.</p> <p>Não estão sujeitas à falência (art. 2º da Lei nº 11.101/05) e atuam sob prescrição quinquenal das dívidas, direitos e ações contra a Fazenda Pública (art. 2º do Dec.-lei nº 4.597/42).</p> <p>Poderá solucionar divergências envolvendo acionistas por meio de arbitragem (art. 12 da Lei 13.303/2016).</p> <p>A indicação de dirigentes depende de novos requisitos técnicos criados pela lei, como tempo mínimo de experiência profissional (10 anos para direção superior e 4 anos para direção e chefia superior) e avaliação de desempenho anual dos administradores (art.13 da Lei 13.303/2016).</p>	<p>Devem realizar licitação para contratar (art. 119 da Lei nº 8.666/93), mas aplicado em alguns casos RDC.</p> <p>Pode haver dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).</p> <p>O ente social pode celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.</p> <p>Respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso (art. 37,§6º da CF).</p>	<p>Os recursos financeiros são repassados por meio de termos de convênio, todavia, atuam no mercado público e privado visando lucros.</p>	<p>Banco do Brasil – BB.</p> <p>Petrobrás.</p>

Anexo II
NOTA TÉCNICA N° 08/2015-CGOS/SCUP/MCTI

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Organizações Sociais**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>. Acesso em: 11 set 2014.

Bercovici, Gilberto. **A natureza jurídica da Petrobras e suas consequências práticas**. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/a-natureza-juridica-da-petrobras-e-suas-consequencias-praticas/>

Brasil. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Fundos ambientais estaduais com potencial de apoio ao desenvolvimento florestal / Ministério do Meio Ambiente. Serviço Florestal Brasileiro. -- Brasília : MMA, 2016. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/apoio-a-projetos/fundo-nacional-do-meio-ambiente>. Acesso em: 13 fev 2018.

Brasil. **Ministério do Meio Ambiente**. Fundo Nacional sobre Mudança do Clima RELATÓRIO 2011 Brasília, dezembro de 2011.

Brasil. **Ministério de Ciência Tecnologia, Inovação e Comunicações**. Contratos de Gestão/Organizações Sociais. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/contratos_gestao_organizacoes_sociais/paginas/Contratos_de_Gestao_Organizacoes_Sociais.html

Brasil. **Ministério de Ciência Tecnologia, Inovação e Comunicações**. NOTA TÉCNICA Nº 08/2015-CGOS/SCUP. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/contratos_gestao_organizacoes_sociais/arquivos/modelosOs/NT_CGOS_SCUP_08_2015.pdf. Acesso em: 14 fev 2017.

Brasil. **Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão Secretaria de Orçamento Federal**. Gestão de Fundos Governamentais: perspectiva orçamentária. junho/2017. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/sof_gestao-de-fundos-governamentais.pdf

Congresso Nacional. Medida Provisória nº 786, de 2017 cria Fundo para o PAC. <http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/130047>

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** - 27ª Ed. 2014. Ed. ATLAS. 2014, PG. 564-583.

Folha de São Paulo. Governo vai criar fundo privado para financiar pesquisa e inovação. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2017/11/1935534-governo-ira-criar-fundo-privado-para-financiar-pesquisa-e-inovacao.shtml>

LANNA, Luciana; MEIRELES AGUIAR, Paula. Medida Provisória regulamenta pagamento da compensação ambiental. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/opinioao-mp-regulamenta-pagamento-compensacao-ambiental>.

MALDONADO SANCHES, Osvaldo. **Fundos Federais: origens, evolução e situação atual na Administração Federal.** Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/artigos/antes-de-2005/Artigo130.pdf>

Supremo Tribunal Federal [ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, *DJE* de 19-9-2008.] = ARE 689.588 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 27-11-2012, 1ª T, *DJE* de 13-2-2012

Supremo Tribunal Federal. STF. ADIN 1923/2015

<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=3&base=INFO>

Supremo Tribunal Federal. ADI 1923 MC/DF, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 1º. 8. 2007. (ADI-1923).

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>

Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 2444/2016 – TCU – Plenário. Processo nº TC 023.410/2016-7. Grupo II – Classe de Assunto: II - Solicitação do Congresso Nacional. Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS)