

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo curso de Pós- Graduação em Direito – Área de Concentração: Direito Público.

RECIFE - PE
ANO 2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo curso de Pós-Graduação em Direito – Área de Concentração: Direito Público.
Orientador: prof. Dr. Martônio Mont'Alverne barreto Lima

RECIFE - PE
2004

M539E Mendonça, Maria Lírida Calou de Araújo e.
Entre o público e o privado [manuscrito]: as organizações
sociais no direito administrativo brasileiro e participação
democrática na administração pública/ Maria Lírida Calou de
Araújo e Mendonça -2004.
199f.

Cópia de computador.
Tese (doutorado) –Universidade Federal de Pernambuco, 2004.
Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima.

1.Direito administrativo–Brasil 2.Organizações sociais I.Título

CDU 35(81)

Autorização/Reprodução

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial da
presente obra, por qualquer meio convencional ou eletrônico,
desde que citada a fonte.

Autora: Mendonça, Maria Lírida Calou de Araújo e
Recife, 09 de agosto de 2004

Assinatura:

Banca Examinadora

Profa. Dra. Germana de Oliveira Moraes

Julgamento: Aprovada. Assinatura: Germana Moraes

Profa. Dra. Linda Maria de Pontes Gondim

Julgamento: Aprovada. Assinatura Linda Maria de Pontes Gondim

Prof. Dr.. George Browne do Rego

Julgamento: Aprovada. Assinatura George Browne do Rego

Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves

Julgamento: Aprovada. Assinatura Geraldo de Oliveira Santos Neves

Prof. Dr. Paulo Antônio de Menezes Albuquerque

Julgamento: Aprovada. Assinatura: Paulo Antônio de M. Albuquerque

*Para meu marido, Gilvan, e meus filhos,
Tânia Luiza e Paulo Romero, por
preencherem a minha vida de felicidade e
amor;*

*Para meus pais, Joaquim e Maria Luíza, que
me deram a vida e me ensinaram a amar;
Para meus irmãos, cunhados e sobrinhos,
pela cumplicidade sadia e amorosa de todos
os dias.*

Em memória de:

*Dilza Costa Mendonça, que sendo sogra se
fez mãe;
Carlos José Costa Mendonça, que sendo
cunhado se fez irmão;
Elísio de Sá Araújo, meu amoroso tio;
Meus primos sempre amados e sempre
presentes na minha saudade: Olguinha,
Socorrinha, Idelgarde, Eduardo, Tadeu, Paulo
Romero Sampaio, Yône Neide e Tarcisio, que
no alvorecer da vida se fizeram irmãos e
levaram consigo um pouco de minha alma.*

À Universidade de Fortaleza da Fundação Edson Queiroz, por ter me proporcionado a chance de cursar um doutorado;

À querida Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, que me fez bacharel em Direito e me acolheu de volta no curso de doutorado, nas pessoas dos Profs. Francisco Queiroz B. Cavalcanti, meu colega de turma de graduação e Nelson Saldanha, meu professor na graduação, e meus professores no doutorado;

Ao Prof. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, meu orientador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Unifor, pela atenção que teve comigo e pelo sucesso do programa;

Um agradecimento todo especial aos meus amigos e colegas João Luiz Nogueira Matias, Joyceane Bezerra de Menezes, Humberto Cunha, Fernando Medina e Júlio Ponte, com quem debati ideais na elaboração da tese;

Ao meu amigo e colega do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-CE, Dr. Welton Cysne, por ter me disponibilizado sua biblioteca particular, a minha amiga de todas as horas, Nilvany Gonçalves Dantas, pelo companheirismo de tantos anos, e à equipe de apoio do Programa de Pós-Graduação da Unifor: Virgínia, Luiz Carlos e Wellington, pelo carinho com sempre me trataram.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As Organizações Sociais entre o Direito Público e o Direito Privado**. 2004.199p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. O estudo analisa a evolução da Administração Pública do descobrimento do Brasil até a reforma administrativa dos anos de 1990, passando pela era Vargas e pelo período autoritário que se verificou no Brasil de 1964 até o início dos anos de 1980. Analisa a reforma administrativa dos anos de 1990 e a institucionalização das Organizações Sórias no chamado espaço público não governamental, entre o mercado e o Estado, como instrumento de prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, e de publicização do espaço público não governamental e a sua inadequação frente a disposições constitucionais. Neste sentido, estuda-se o contrato de gestão, suas origens e características como instrumento de consenso firmado entre as Organizações Sociais e a Administração Pública, como meio do estabelecimento de metas e padrões de desempenho a serem cumpridos pelas Organizações Sociais, e ainda como meio do repasse de verbas públicas para as referidas entidades e instrumento de controle de sua atuação. Aborda-se também os instrumentos de controle dessas entidades do chamado terceiro setor, por meio do contrato de gestão, inclusive pelos Tribunais de Contas a quem compete o controle externo da Administração Pública. As Organizações Sociais são desse modo localizadas no espaço entre Direito Público e Direito Privado, trazendo novos atores para o Direito Administrativo.

Palavras-chave: Organizações Sociais, Publicização, Direito Administrativo, Contrato de Gestão, Controle.

RIASSUNTO

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **Le Organizzazioni Sociali fra il Diritto Pubblico e il Diritto Privato**. 2004.199p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Lo studio analizza l'evoluzione dell'Amministrazione Pubblica della scoperta del Brasile fino alla Riforma amministrativa degli anni 1990, passando per l'era Vargas e per il período autoritário che si verific  in Brasile dal 1964 fino all'inizio degli anni del 1980. Analizza la riforma amministrativa degli anni del 1990 e la istituzionalizzazione delle Organizzazioni Sociali nel denominato spazio pubblico non governamentale fra il mercato e lo Stato, come strumento di prestazione di servizi pubblici non esclusivi dello Stato, e di pubblicit  dello spazio pubblico non governamentale e la sua inadeguatezza di fronte a disposizioni costituzionali. Il contratto di gestione, le sue origini e caratteristiche come strumento di consenso firmato fra le Organizzazioni Sociali e la Amministrazione Pubblica, senza licitazione pubblica, e come mezzo dello stabilimento di mete e e padrone di disimpegno da essere compiute dalle Organizzazioni Sociali e anche come mezzo della ripassata di somma di denaro pubblico per le riferite entit  e come strumento di controllo della sua attuazione. – Tratta anche di strumenti di controllo di queste entit  Del chiamato terzo settore, per mezzo Del contratto di gestione. Incluso per i Tribunali di Conti a chi compete il controllo esterno dell'Amministrazione Pubblica. – Studia le Organizzazioni Sociali collocate in spazio fra il Diritto Pubblico e il Diritto Privato, la evoluzione Del Diritto Amministrativo e le loro constatate uscite  r il Diritto Privato e il sorgere di nuovi attori per il Diritto Amministrativo.

Parole-Chiave: Organizzazioni Sociali, Pubblicazione, Diritto Amministrativo, Contratto di Gestione, Controllo.

RESUMÉ

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **Les Organisations Sociales entre le Droit Public et le Droit Privé**. 2004.199p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. L' étude analyse l'évolution de la Gestion Publique depuis la découverte du Brésil jusqu'à la réforme administrative des années 1990, comprenant la période autoritaire au Brésil, de 1964 jusqu'au début des années 1980. Le texte analyse la réforme administrative des années 1990 et l'institutionnalisation des Organisations Sociales dans " l'espace public non-gouvernemental", entre le marché et l'Etat, comme instrument de prestation de services publics non-exclusifs de l'Etat. Le contrat de gestion, ses origines et ses caractéristiques comme instrument de consensus signé entre les Organisations Sociales et l'Administration Publique, sans licitation publique, comme moyen de fixation d'objectifs et modèles de compétence applicables par les Organisations Sociales, et encore comme moyen de paiement et de contrôle subventionnés publics pour les entreprises. Est également analysé le problème du transfert du service public de la sphère de l'Etat à la sphère non gouvernementale, du point de vue du respect de la Constitution. L'étude traite aussi des instruments de contrôle de ces entreprises du Troisième Secteur, avec l'analyse du contrat de gestion, contrôle fait compris par les Tribunaux des Comptes, responsables du contrôle extérieur l'Administration Publique. Notre étude situe ainsi les Organisations Sociales dans un espace intermédiaire entre Droit Public et Droit Privé attirant de nouveaux acteurs vers le Droit Administratif.

Mots – clé = Organisations Sociales, Droit Administratif, Contrat de Gestion, Contrôle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	18
1.1 Aspectos Administrativos do Brasil: Descobrimento até 1930	18
1.2 Evolução Administrativa Brasileira: Era Vargas	41
1.3 O Estado Brasileiro Autoritário	48
2 A REFORMA GERENCIAL DOS ANOS DE 1990	53
2.1 O Cenário da Reforma	53
2.2 Reforma Gerencial como Resposta para a Crise do Estado	63
2.3 Publicização e Organizações Sociais	67
2.4 Reforma do Estado e Esfera Pública	72
3 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUA IMPORTÂNCIA	81
3.1 Surgimento das Organizações Sociais	81
3.2 Definição e Natureza Jurídica das Organizações Sociais	84
3.3 Um ente Privado e um Título Público	85
3.4 Objetivos e Requisitos Traçados para as Organizações Sociais	88
3.5 Prestação de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Uma Forma de Privatização?	90
3.6 As Organizações Sociais Frente à Constituição Federal	95
4 O CONTRATO DE GESTÃO E SUA PERSPECTIVA DE AÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA	108
4.1 O Contrato Administrativo	108
4.2 Características do Contrato Administrativo	110
4.3 Convênios e Consórcios Administrativos	112
4.4 O Contrato de Gestão: Origem e Desenvolvimento	114
4.5 O Contrato de Gestão no Direito Brasileiro	116
4.6 Natureza Jurídica e Características do Contrato de Gestão	119
4.8 O Contrato Gestão como Atuação de Direito Privado	124
4.9 Contrato de Gestão: Consensualidade ou Contratualidade?	128

5 CONTROLE DEMOCRÁTICO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	130
5.1 Organizações Sociais e Mecanismos de Controle.....	130
5.2 Controle Estatal sobre as Organizações Sociais	132
6 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	145
6.1 Os Caminhos do Direito Administrativo.....	145
6.2 Um Direito Privado Administrativo?	150
6.3 Novos Atores para o Direito Administrativo.....	153
CONCLUSÃO	168
BIBLIOGRAFIA	175
ÍNDICE ONOMÁSTICO	190

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho insere-se na questão da Reforma da Administração e do Aparelho do Estado, levado a efeito, no Brasil, nos anos de 1990 quando a institucionalização das Organizações Sociais aparece como uma das principais estratégias para viabilizar a eficácia da ação pública por meio de instituições não-estatais, indicando o caminho do estudo dessas organizações, investigando as possibilidades e os limites dessa tendência da gestão pública.

Estudam-se as Organizações Sociais como instrumento de prestação de serviços à coletividade, como instrumento de participação democrática no âmbito do Estado e do Direito Administrativo e como este ramo do Direito pode absorvê-las dentro dos seus próprios institutos ou se está a caracterizar-se uma “fuga para o direito privado”.¹ O tema leva ao estudo do Estado e de suas funções dentro de uma perspectiva histórica, desde o liberalismo político do Século XVIII até as reformas atuais, que provocam o retraimento de funções estatais para buscar um sistema de parcerias entre o Estado e a sociedade, dando ensejo ao debate sobre os instrumentos jurídicos a serem utilizados nesse sistema de parceria.

O estudo das técnicas e dos documentos expedidos como instrumentos de explanação da reforma que se pretendeu implantar no Brasil enseja a análise dos serviços públicos e de quais os meios que estão sendo utilizados para estruturar a administração, bem como do denominado terceiro setor das atividades sociais, que correspondem aos serviços públicos não estatais. O estudo jurídico das Organizações Sociais como instrumento de parceria entre o

¹ Sobre “**A Fuga para o Direito Privado**” ver ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado** – contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Lisboa: Coleção Teses. Livraria Almedina, 1999.

Estado e a sociedade, será feito segundo a apreciação da lei nº 9.637/98, que, no âmbito federal, disciplinou as Organizações Sociais.

A colaboração entre o Estado e a sociedade realiza objetivos democráticos, mas, pode levar a desvios de finalidade e a ofensas a princípios constitucionais, como exemplo, o da impessoalidade, quando se analisa a lei frente aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Admita-se a relevância de forma mais democrática de prestação dos serviços públicos, mas não se desconhecem os riscos que podem surgir em decorrência da excessiva liberação dos controles de natureza administrativa.

Os documentos da Reforma, largamente difundidos por Luiz Carlos Bresser Pereira², Ministro do extinto Ministério da Administração e da Reforma do Estado-MARE, do então Governo de Fernando Henrique Cardoso, explicam a necessidade de Reforma e os instrumentos que serão utilizados para a modernização administrativa brasileira. A Reforma Administrativa parte da existência de uma crise brasileira, que, de certa forma, acompanha a que se espalha pelo restante do mundo. Para Bresser Pereira³, nos quinze anos que antecederam a Reforma, o Brasil viveu uma grande crise econômica e política, cuja causa fundamental foi a crise fiscal do Estado, em face do modo de intervenção do Estado na Economia, e a crise do próprio aparelho estatal, definida pela desorganização e a desmoralização da burocracia estatal que a onda conservadora, neoliberal, transformou na culpada por todos os males do Brasil.

A Reforma foi concebida a partir da constatação de que o Estado do Bem-Estar esta sendo tolhido pelo processo de globalização que acentuou a crise ao estabelecer uma competitividade internacional, reduzindo a capacidade dos

² BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos Bresser por meio dos Documentos do MARE, publicou a base teórica e os procedimentos para a Reforma. Cadernos do Mare da Reforma do Estados. Ministério da Administração e Reforma do Estado-. Brasília, 1977.

³ BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos. **Discurso de Posse – A Reforma do Estado**. Cadernos do MARE da Reforma do Estado – A Reforma Administrativa na Imprensa. Caderno 7 – 1977.

Estados nacionais de proteger suas empresas e seus trabalhadores.⁴ Há, na proposta de Reforma, uma preocupação com “a coisa pública”, pela constatação de que a defesa do Estado, neste aspecto é uma tarefa fundamental para a consolidação da democracia, e baseia-se no pressuposto de que o Público pertence a todos e que só a democracia pode assegurar a propriedade pública.

A Reforma fundamenta-se no pressuposto de que o modelo de Administração burocrático já não mais atende às reais necessidades do Estado Moderno. O novo modelo a ser implantado, administração gerencial, baseado na concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, que contrapõe-se à “administração burocrática”, com seus aspectos centralizador e autoritário. Os objetivos traçados para a reforma, sob o ponto de vista dos seus teóricos, concentravam-se em dois: facilitar o ajuste fiscal e tornar a Administração Pública mais eficiente, mais moderna e mais voltada para o atendimento aos cidadãos.

A proposta de reforma parte da constatação de que existem quatro setores dentro do Estado: O núcleo estratégico; as atividades exclusivas de Estado; os serviços não exclusivos e competitivos; e a produção de bens e serviços para o mercado. No âmbito das atividades não-exclusivas do Estado, a forma de propriedade dominante, para Bresser Pereira⁵ será a pública não estatal:

No capitalismo contemporâneo, as formas de propriedade relevantes não são apenas duas, como geralmente se pensa e como a divisão clássica do Direito entre Direito Público e Privado sugere – a propriedade privada e a pública – mas são três: (1) a propriedade privada, voltada para a realização do lucro (empresas) ou do consumo privado (famílias); (2) a propriedade pública estatal e, (3) a propriedade pública não-estatal. Com isto, estou afirmando que o público não se confunde com o estatal. O espaço público é mais amplo do que o estatal, já que pode ser estatal ou não estatal.

⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Discurso de Posse – A Reforma do Estado**. Cadernos do MARE da Reforma do Estado – **A Reforma Administrativa na Imprensa**. Caderno 7 – 1977. P. 13.

⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, Reforma do Estado – A Reforma Administrativa na Imprensa. Caderno 7 – 1977 p. 28.

A única alternativa encontrada pelo governo, como resposta para a crise que acentuou a dicotomia Estado-setor privado, partiu do reconhecimento desse espaço. Estava aberto para o espaço público não-estatal a possibilidade de intermediar ou facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parcerias, descortinando-se, com isso, em princípio, novas perspectivas para a democracia.

A implantação da Reforma exigiu mudanças na Constituição, que sofreu várias emendas, sendo a mais importante a Emenda nº 19/98, que provocou profundas mudanças nas regras da Administração Pública. Três projetos foram considerados fundamentais para a concretização da reforma, além da reforma constitucional: a implementação das atividades exclusivas do Estado, por meio das “agências autônomas”; a profissionalização dos servidores e a descentralização dos serviços sociais por meio das Organizações Sociais.

Da análise feita no plano Diretor da Reforma do Estado e de toda doutrina publicada sobre a reforma, conclui-se que a colocação das Organizações Sociais dentro da máquina administrativa do Estado é compatível com os conceitos basilares da teoria da sociedade definida por Habermas⁶, cujo conceito de “esfera pública” sintetiza o que seria uma ordem política ideal, apresenta-se em diversas formas, sempre seguindo uma espécie de *telos*, na reflexão dominante acerca das propriedades e implicações políticas dos meios de comunicação contemporâneos.⁷ As Organizações Sociais surgiram como fruto dessa concepção, localizadas no espaço público não-estatal, por pressuporem “transferências” estatais, objetivando a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado como educação, saúde, pesquisa e cultura. A implantação dessas organizações foi a estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, buscando incentivar e permitir a produção não-lucrativa

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Universitário; Rio de Janeiro, 1984.

⁷ RUARO, Regina Linden. **Reforma Brasileira e Consolidação da Esfera Pública**: O caso do orçamento participativo do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Revista Interesse Público, Ed. Notadez, nº 19, 2003 p. 81 e segs.

pela sociedade de bens ou serviços públicos não exclusivos do Estado, que foi denominada de publicização⁸.

A prestação de serviços públicos enfrenta a diversidade de entendimentos de natureza doutrinária sob se o conceito, desde o mais amplo, segundo o qual toda a atividade do Estado seria serviço público, inclusive a legislativa e a jurisdicional, outra não tão ampla, para a qual o serviço público é consentâneo com a atividade administrativa do Estado, e, finalmente, o sentido mais restrito, que corresponde à prestação de utilidade material aos administrados. Torna-se importante ressaltar, qualquer que seja a perspectiva que se tome para conceituar serviço público, que este estará sempre submetido ao regime jurídico especial, que decorre da natureza do interesse que se busca realizar: o interesse público.

As técnicas de prestação dos serviços públicos, centralização e descentralização são determinadas pelo modo e pelos entes que os prestam. Quando as próprias pessoas políticas, por meio de seus órgãos, prestam os serviços públicos, tem-se a prestação centralizada. Se conferida a uma outra pessoa, integrante ou não da estrutura administrativa, por meio de delegação, que é uma mera transferência da prestação por ato administrativo e que poderá ser retomado a qualquer tempo, tem-se uma forma de descentralização, a outorga, com a mudança da própria titularidade do serviço, para outra pessoa jurídica, integrante da estrutura administrativa.

O trabalho enfrentou indagações de ordem teórica como a juridicidade das Organizações Sociais frente à Constituição brasileira, sua formação e atuação direcionadas à prestação de serviços públicos, com verbas orçamentárias públicas, porém sem as vinculações legais e formais exigidas pela Constituição Federal. A natureza jurídica do chamado contrato de gestão e a existência de um consenso administrativo sob a denominação de contrato,

⁸ BRASIL – **Plano Diretor da Reforma da Administração e do Aparelho do Estado**. Vol. 2. Brasília: Cadernos do MARE, 1998.

instrumento de controle pela Administração Pública. Além disto, norteou o trabalho o exame da natureza jurídica das Organizações Sociais, do Contrato de Gestão, do Controle exercido sobre as referidas entidades, do papel dessas entidades como instrumento democrático de atuação popular e o papel do Direito Administrativo brasileiro na regulação das Organizações Sociais.

O trabalho foi desenvolvido em seis capítulos, assim distribuídos: Capítulo I- Evolução histórica da Administração Pública brasileira; Capítulo II - A reforma gerencial dos anos 90; Capítulo III - As Organizações Sociais e sua importância; Capítulo IV – O Contrato de Gestão na perspectiva de ação na Administração Pública; Capítulo V - O controle democrático das Organizações Sociais; e Capítulo VI - Novos atores para o Direito Administrativo.

No primeiro capítulo, traçou-se o desenvolvimento da Administração Pública brasileira desde as primeiras instituições administrativas do Brasil Colônia, da institucionalização das capitanias hereditárias como uma forma privada de administrar os bens da coroa portuguesa, a experiência holandesa em Pernambuco, a independência, o governo imperial brasileiro, a proclamação da República e o perfil dos governos até a revolução de 1930. A partir de então é que se pode localizar a preocupação de implantação da administração burocrática, tendo como destaque o papel do DASP na evolução administrativa do Brasil. Da análise da era Vargas detectou-se sua influência até os anos da administração autoritária, repressora, voltada para o desenvolvimento.

No segundo capítulo, abordou-se a reforma gerencial dos anos de 1990, que ensejou a criação das Organizações Sociais. Analisou-se o cenário da reforma da Administração Pública e o modelo gerencial como resposta para a crise do Estado, a publicização e a reforma dentro da chamada esfera pública não estatal.

O terceiro capítulo tratou, especificamente, das Organizações Sociais, como modelo de instituições não-estatais criadas para absorver as atividades

publicizáveis como uma forma de propriedade pública não-estatal, na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado.

O Contrato de Gestão é analisado no capítulo quarto como instrumento de transferências dos recursos públicos para as Organizações Sociais, demarcadores do controle de resultados estabelecidos para essas entidades. O contrato de Gestão é tratado como um compromisso institucional firmado com o Estado no propósito de contribuir e reforçar o objetivo de atingimento de políticas públicas

O quinto capítulo cuida das análises das formas de controle incidentes sobre as Organizações, inclusive com referências às origens do controle estatal. O contrato de gestão foi visto como um instrumento de implementação, supervisão e avaliação dos resultados. Discutiu-se a natureza jurídica desses contratos e a legalidade de sua instituição frente a disposições constitucionais que exigem regulamentação que não foram expedidas.

As Organizações Sociais, entre o direito público e o direito privado, é de que trata o sexto capítulo. Estuda-se a evolução do Direito Administrativo e as formas de atividades públicas regidas pelo direito privado, a possibilidade de existência de um direito privado administrativo e a natureza jurídica das Organizações Sociais, situadas entre o espaço público e o privado.

Compreende-se que a configuração legal dada às Organizações Sociais, conforme institucionalizadas na Administração Pública federal e na maioria dos Estados e Municípios brasileiros, não se conforma com os princípios consignados na Constituição Federal. Não se adequam às exigências de natureza legal exteriorizadas em procedimentos ou processos administrativos vinculados, disciplinadores da expedição de atos administrativos e de outras relações da mesma natureza, dando ensejo a distorções e uso indevido daquilo que é de interesse público, além do que não se enquadram nos instrumentos de controle constitucionais e legais.

A despeito dessa realidade de não conformação das Organizações Sociais com a atual configuração legal da Constituição Federal, essas entidades têm o potencial para contribuir com a democratização na prestação de serviços públicos, com maior participação da coletividade na gestão pública e melhor atendimento às camadas mais desfavorecidas da sociedade, uma vez que o acesso aos serviços públicos se torna mais fácil e mais eficiente em razão da desburocratização da gestão dos serviços públicos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

1.1 Aspectos Administrativos do Brasil: Do descobrimento a 1930

Nas várias etapas históricas que enfrentou, a evolução histórica da Administração Pública brasileira, esteve sempre ligada a um momento de crise institucional e, embora com certo atraso, seguiu a mesma trajetória da Administração Pública no contexto internacional. O Estado Brasileiro foi formado do exterior, por meio da colonização, e é por isso considerado um Estado derivado em razão de grande parte de suas instituições procederem de instituições ibéricas.⁹

A história brasileira não começa em Portugal como pode parecer, mas na Península Ibérica, posto que Portugal é um Estado Secundário, formado pelo desdobramento de um dos reinos espanhóis. O Direito herdado de Portugal, inclusive a minuciosa regulamentação burocrática das Ordenações do Reino, foi aqui acrescido de legislação extravagante, direito de circunstância, aditada à legislação e conforme às leis gerais metropolitanas codificada nas Ordenações. Uma dessas leis mais importantes foi a que regulamentou a administração das capitanias hereditárias, e que rompeu com a norma do reino chamada de Lei Mental.¹⁰ As primeiras tentativas de Administração Régia Geral no Brasil

⁹ MACHADO PAUPÉRIO, A. **O município na organização pré-nacional brasileira**. Separata da revista *Verbum*, t. X, fasc. 3, de setembro de 1953. Universidade Católica. Rio de Janeiro, 1953, p. 297, diz que o Brasil, como colônia, não propriamente de comércio, mas de povoamento de Portugal, não fugiu a esse processo formativo, caracterizando-se ainda como um Estado de formação, natural, evolutiva, histórico-geográfica.

¹⁰ A Lei mental foi editada para coibir a frequência das doações de bens da Coroa compensatórias dos serviços prestados. D. João I, com o concurso do jurista João das Regras, imaginara uma lei que disciplinasse os direitos dos donatários aos bens doados e a forma de sucessão. Mas não a expediu. Promulgou-a D. Duarte em abril de 1444, ficando conhecida por lei Mental porque, seu pai a tivera em

ocorreram com o governo geral e com as capitânicas hereditárias, já que, anteriormente, a atuação de Portugal limitou-se ao envio de expedições guarda-costas e exploradoras, que, no máximo, criavam algumas feitorias. Do descobrimento até 1530, que compreendeu o período entre o descobrimento e a expedição de Martim Afonso de Sousa, Portugal não demonstrou muito interesse pelas novas terras; as investidas foram de natureza comercial, mediante o monopólio real que não era exercido de forma direta, mas sob a forma de concessões. A aliança entre a atividade econômica do rei e a dos comerciantes envolvia a força militar das armadas com a exploração comercial. A concessão era feita mediante “carta de privilégio” que seguia os antigos costumes de Portugal. Pode-se analisar esse sistema sob três ângulos: de um lado o rei, concessionário garantidor da integridade comercial com suas forças comerciais e suas forças civis de controle do território, do outro lado o contratador, armador de naus, vinculados aos financiadores europeus, que eram interessados na redistribuição das mercadorias, e finalmente o estabelecimento americano representado pela feitoria.¹¹

As feitorias eram simples abrigos que serviam para reunião e proteção das diferentes mercadorias que aguardavam o transporte¹². Faoro¹³ aponta que a feitoria demonstrou, desde logo, um ponto vicioso, incontrolável e precário proveniente da instabilidade dos habitantes da terra, que não se submetiam à escravidão ou a qualquer forma de obediência ou tratado. A insuficiência do sistema determinou que o governo português passasse a adotar uma forma mista de armada de conteúdo guarda-costa e exploradora.

mente. Tratava-se mais de um plano político - integrado ao sistema de centralização- do que uma lei Civil. Sobre o assunto ver AVELAR, Hélio Alcântara. **História Administrativa e Econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: MEC/Fename, 1976.

¹¹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder** – formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001 p.124 a125.

¹² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Desenvolvimento da Civilização Material do Brasil**. Apud FAORO, Raymundo, **Os Donos do Poder**, 3. ed. São Paulo: Globo: 2001, p. 125.

¹³ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder** – formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001 p.124 a125.

O sistema exploratório comercial, mediante o regime de feitorias adotado neste período, não evitou as incursões francesas freqüentes na costa do Brasil desde 1504. Para exterminar a crescente influência francesa, que já fundava feitorias nas costas do Brasil, e evitar a competição espanhola, a partir do sul do continente americano, no Rio da Prata ¹⁴, D. João III, em 20 de novembro de 1530, expediu três cartas-de-poderes ¹⁵, esses documentos marcam o começo da história administrativa do Brasil, em favor de Martim Afonso de Sousa, que comandou uma grande expedição. Na primeira, nomeou-o "*capitão-mor da Armada que envio à terra do Brasil e assim de todas as terras que ele na dita terra achar descobrir*". As duas outras representaram, em conjunto, "um regimento de governação". O regimento de governação continha uma "carta-de-poderes" para o "*capitão-mor da armada que envio à terra do Brasil e assim das terras que ele na dita terra achar e descobrir*", dispondo sobre "*as coisas da justiça e governança da terra*", (criação de tabeliães, um das notas e outro judicial) e mais oficiais da justiça, podendo criar e prover os ofícios (cargos necessários) e a outra que conferia poderes de conceder sesmarias ¹⁶. Esses documentos pertencem, estritamente, à história administrativa do Brasil que começava.

A freqüência dos franceses no litoral brasileiro, a carência de um sistema de administração colonial, ficando o estilo administrativo a critério do temperamento pessoal dos governadores; a descontinuidade geográfica; o tratamento cruel dado aos indígenas e a evolução do comércio particular competitivo para o comércio estatizante e monopolista levaram D. João III a intensificar a ocupação do Brasil. Martim Afonso atingia o ponto alto de sua permanência na Colônia, com a instalação do Municipalismo no Brasil por meio da edificação da Vila de São Vicente. A nau francesa, La Pelerine, com autorização expressa do Rei Francisco I, atraca no Brasil, levando o Rei de Portugal a enviar carta a Martim Afonso participando a intenção de dividir o Brasil

¹⁴ TAPAJÓS, Vicente Costa Santos. **História Administrativa do Brasil**; A política administrativa de D. João III Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 17.

¹⁵ Id. Ibid. 1983, p. 137 a 142.

¹⁶ Id. Ibid. 1983, p. 12.

em Capitánias Hereditárias, conforme se praticara com êxito em Açores e Madeira, doando-lhe, e ao irmão, os melhores lotes. Diz D. João III ¹⁷:

... Depois de vossa partida se praticou se seria meu serviço povoar-se toda essa costa do Brasil e algumas pessoas me requeriam capitánias em terra dela. Eu quisera, antes de nisso fazer coisa alguma, esperar por vossa vinda, para com vossa informação fazer o que me parecer, e que na repartição que disse se houver de fazer, escolhais a melhor parte. E porém porque depois fui informado que de algumas partes faziam fundamentos de povoar a terra do dito Brasil, considerando eu conquanto trabalho se lançaria fora a gente que a povoasse, depois de estar assentada na terra, e ter nela feitas algumas forças (como já em Pernambuco começava a fazer, segundo o conde da Castanheira vós escreverá). Determinei de mandar demarcar de Pernambuco até o Rio da Prata cinqüenta léguas de costa a cada capitania e antes de se dar a nenhuma pessoa, mandei apartar para vós cem léguas, e para Pêro Coelho, vosso irmão, cinqüenta, nos melhores limites dessa costa, por parecer de pilotos e de outras pessoas de quem se o conde, por meu mandado informou; como vereis pelas doações que logo mandei fazer, que vos enviará; e depois de escolhidas estas cento e cinqüenta léguas para vós e para vosso irmão, mandaram dar a algumas pessoas que requeriam capitánias de cinqüenta léguas cada uma; e segundo se requerem, parece que se dará a maior parte da costa; e todos fazem obrigações de levarem gente e navios à sua custa, em tempo certo, como vos o conde mais largamente escreverá; porque ele tem cuidado de me requerer vossas coisas, e eu lhe mandei que vos escrevesse...

A Colonização do Brasil resultaria, assim, da associação das iniciativas estatal e particular. As Capitánias hereditárias representaram medida administrativa de circunstância que abriu uma ampla exceção no processo de centralização decorrente da Lei Mental, e tinha uma aparência claramente feudal. Era uma terra dividida em "senhorios dentro do senhorio do Estado". Analisando a maneira pela qual os donatários exerciam o domínio do solo, constata-se que os mesmos sofriam diversas restrições, sendo a doação das sesmarias uma limitação e não uma faculdade. As limitações estabelecidas aos donatários eram de tal monta que poderiam implicar, inclusive, na reversão da Capitania à Corôa, como realmente ocorreu, nos casos de abandono. Os donatários, apesar das grandes concessões, não passavam de delegados régios.¹⁸

¹⁷ TAPAJÓS, Vicente Costa Santos. **História Administrativa do Brasil**; A política administrativa de D. João III. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 149 e 150.

¹⁸ A posse da terra era conferida ao capitão-mor pela carta de doação. Seus direitos e os do Rei eram fixados em foral. O conceito que, no Brasil, foi dado às sesmarias fugiu daquele adotado no Reino. A palavra, derivada de sesmo ou sexmo, o mesmo que sexto, designava termo ou limite,

De acordo com a velha lei das sesmarias, incorporada, depois, com alterações, às Ordenações do Reino, constituíam como bens as terras conservadas sem aproveitamento. Sesmarias, no Brasil, foram, assim, não terras que deixaram de ser cultivadas, mas as terras virgens. Hélio Alcântara Avelar¹⁹ afirma que o sistema não malogrou, embora, individualmente, algumas capitanias fossem mal sucedidas. De forma mais ou menos intensa, o litoral foi colonizado, de Itamaracá a São Vicente, permitindo resistência, com êxito, aos ataques dos corsários. As terras das capitanias que prosperavam foram valorizadas economicamente, o que provocou o interesse pelas áreas abandonadas, as quais muitos se beneficiaram com a instituição de capitanias reais ou de novas hereditárias. Afirma, ainda Avelar que a evidência de que, na época, os resultados foram considerados satisfatórios está na influência exercida por esse modelo, com adaptações, no estabelecimento de colônias de proprietários pelos ingleses, na América do Norte, franceses, no Canadá, e holandeses, geralmente proclamados como grandes colonizadores.

A pluralidade de capitanias, com condição de autarquia administrativa, não gerou uma orientação harmoniosa e uniforme de colonização. Os pedidos de ajuda dos donatários menos felizes, se repetiam, além do que, vencida a maior crise, o Rei poderia estabelecer uma solução como política geral da Monarquia. Para Vicente Tapajós²⁰, o regime da divisão do território do Brasil para sua colonização e aproveitamento apresenta semelhanças com o feudalismo e um exame profundo desse sistema colonial, de sua orientação e de suas minúcias, fazendo com que só se possa louvá-lo, como notável criação para a época.

A 17 de dezembro de 1548, o Rei de Portugal tomou uma providência administrativa de caráter geral: expediu o Regimento de Tomé de Sousa, o primeiro Estatuto Fundamental do Brasil, por meio do qual ficou instituído o

sendo sesmeiros, primitivamente, não os que receberam a gleba, mas os funcionários encarregados de distribuir as terras devolutas ou cujos proprietários não a cultivassem, diretamente ou por outrem. Com o tempo houve uma inversão do conceito e sesmeiro passou a ser o beneficiário da doação.

¹⁹ AVELLAR, Hélio Alcântara. **História Administrativa e Econômica do Brasil**, Rio de Janeiro: MEC/Fename, 1976 p. 69 e 80.

Governo Geral, e que claramente estabeleceu a razão da medida com a carta régia de 7 de janeiro de 1549, a qual nomeou Tomé de Sousa para cargos de capitão da povoação e terras da dita baía de Todos os Santos e de governador-geral da dita capitania e das outras capitanias e terras da costa do “dito Brasil” por tempo de três anos e com 400.000 reais de ordenado em cada ano, “*pagos à custa de minha fazenda ao tesoureiro de minhas rendas e direitos, que há de estar na povoação da dita Bahia por carta somente que será registrada no livro de sua despesa pelo escrivão de seu cargo*”.²¹

J. P. Galvão de Sousa²², registra que o regimento dado a Tomé de Sousa, de 1548, estabeleceu as bases do sistema do governo geral, durando até 1677, quando foi conferido ao governador Roque da Costa Barreto novo regimento. Tanto por este último, como pelo Regimento do Estado do Maranhão, de 1621, pelas Ordenações do Reino, nos casos expressamente regulados, e ainda pelas chamadas leis extravagantes, regeu-se a nossa ordem civil administrativa até o ano de 1763, quando foi expedido novo regimento aos vice-reis no Brasil.

O Governo Geral foi estabelecido não para substituir as Capitanias, mas para corrigir o sistema já instalado e suprir a grande falta então já verificada, de um centro de unidade administrativa que se revelou gradual, crescente e constante, até o seu desaparecimento. A implantação do Governo Geral ainda trouxe algumas outras conseqüências às capitanias como: a derrogação de tudo quanto fosse contrário à carta régia instituidora do novo sistema e a jurisdição plena atribuída aos capitães - mores, no civil e no crime. Entre estes e o Rei surgiram mais duas instâncias judiciais, a do ouvidor geral e a do Governador.

²⁰ TAPAJÓS, Vicente Costa Santos, **Historia Administrativa do Brasil – A Política Administrativa de João de D. João III**. Vol. 2. Tomo 3. Brasília: Editora Universidade de Brasília – FUNCEP, p. 29.

²¹ AVELLAR, Hélio Alcântara. **História Administrativa e Econômica do Brasil**. Op. cit.; p. 70 e segs..

²² SOUSA, J. P. Galvão de. **Introdução à história do direito político brasileiro**. São Paulo: 1954, p. 45 e e segs.

A Carta Régia²³ estabelecida pelo Governo Geral continha 45 parágrafos ou capítulos, que eram chamados de itens. Os primeiros tratavam da defesa da costa, das capitanias e da situação dos índios. Os seguintes, do regime das sesmarias e do estabelecimento de fortaleza e povoação que sediarão o governo; os vinte últimos, do pau-tinta, do devassamento do sertão, das restrições ao luxo, dos engenhos, comércio, movimentação dos colonos, preços, funcionários, rendas e direitos, armas, visitas de correição do governador, concessão de títulos e prêmios por serviços prestados.

Depois do Governador, a maior autoridade era o Ouvidor-Geral que, conjuntamente com Martim Afonso, foi nomeado Pero Borges. Martim Afonso ultrapassou o seu prazo e só regressou a Portugal em 13 de julho de 1553. O sucessor foi Duarte da Costa, o último nomeado por D. João III, que trouxe entre as 250 pessoas que o acompanharam, os jesuítas, entre os quais José de Anchieta. Com a morte de D. João III, subiu ao trono de Portugal, Dom Sebastião, ainda na menoridade, que nomeou o fidalgo Mem de Sá, como Governador Geral do Brasil, que aqui permaneceu até a morte.

O período dos Governadores Gerais, até 1603, não apresentou mudanças muito radicais. Os poderes dos Governadores eram os mesmos. O Brasil era dividido em capitanias reais e hereditárias. Nas reais os titulares eram denominados capitães-mores. A capitania dividia-se em comarcas, estas em termos, sediadas nas vilas e cidades. À época, existiam apenas duas cidades reais - Salvador e Rio de Janeiro – que, por sua vez, eram divididas em freguesias. Havia uma certa confusão entre as divisões civis e eclesiásticas. De um modo geral, as funções judiciárias, civis e militares e eclesiásticas eram distribuídas pela mesma circunscrição territorial, distinguindo-se pela natureza dos seus agentes.²⁴

²³ Ver Documento nº 16, constante das fls 203 a 214, da obra de Vicente da Costa Tapajós – **História Administrativa do Brasil**. Brasília: FUNCEP, 1983.

²⁴ AVELLAR, Hélio Alcântara. **História Administrativa e Econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: MEC/Fename, 1976 p. 77 e segs.

Sobressaíam-se, nas vilas e cidades, as Câmaras Municipais, fundamento da pirâmide administrativa. Representavam a população e os interesses da gente qualificada. Nas atribuições cameraais, confundiam-se as funções administrativas e judiciárias. A partir do século XVIII, o papel das Câmaras foi relegado ao de simples auxiliar do Governador. As Câmaras compreendiam três, às vezes quatro vereadores e oficiais, sendo presidida por um juiz ordinário, eletivo, “de vara vermelha”. O Poder, que limitava a autonomia comunal, era representado pelos juízes de fora e de fora à parte, instituído por D. Afonso IV pela carta-de-lei de 1325. Letrados, “de vara branca”, que deixam de ser ambulatórios itinerantes e se radicam, à custa da Real Fazenda. No Brasil, os primeiros nomeados foram para a Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, já em fins do século XVII, 1696. Dom Sebastião resolveu, em face da grande extensão territorial, dividir o Brasil em dois governos, do Norte e do Sul, que já haviam substituído Mem de Sá. O do norte estender-se-ia até Ilhéus, sediando-se em Salvador, o qual coube a Luiz de Brito e Almeida - 1573 a 1577. O do Sul, de Porto Seguro em diante, com sede no Rio de Janeiro, foi atribuído a D. Antonio Salema. A experiência dual teve curta vida, voltando, depois de Salema, a governar o Rio de Janeiro Salvador Correia de Sá, com simples atribuição e poderes dos governadores de outras capitanias.²⁵

D. Sebastião desaparece sem descendência na batalha de Alcácer-Quibir, como um último cruzado. Sobe ao trono o Cardeal D. Henrique, aos 66 anos. Morto D. Henrique foi aclamado Rei de Portugal Felipe II, Rei da Espanha, como Felipe I, começando a União Ibérica, de 1581 a 1640, que compreendeu o reinado de Felipe I, Felipe II de Portugal (III de Espanha) e Felipe III de Espanha. A aclamação de Rei Espanhol, como Felipe I de Portugal, não determinou a anexação de Portugal à Espanha, não houve conquista, mas reconhecimento de direitos sucessórios. O Estado do Brasil continuou colônia de Portugal. Juridicamente, a união ibérica não afetou a situação de Portugal nem a do Brasil e outros domínios, mas o complexo conjuntural resultante da união alterou sensivelmente a Colônia, tanto de forma favorável como desfavoravelmente.

²⁵ Id. Ibid. 1976, p. 80 a 82.

Dentre as conseqüências favoráveis, pode-se apontar a expansão territorial do Brasil que avançou, sem resistência, nos domínios espanhóis. As incursões só foram proibidas no reinado de Felipe III, de Portugal. Nas conseqüências negativas, aponta-se o ataque sofrido pelo Brasil por parte dos inimigos de Espanha, como os Países Baixos, França e Inglaterra.

No aspecto administrativo, o reinado filipino apresentou muitos aspectos importantes. Foram criados órgãos administrativos diversos, como o Conselho de Fazenda, em 1591, e do Conselho da Índia, em 1604. Além dos conselhos, foi criada a administração militar com fins defensivos, estabelecida uma política de descentralização colonial, e uma grande ação expansionista territorial, com formação de núcleos urbanos. Criou-se o Conselho da Fazenda, que além de gerir as finanças públicas, cuidava da direção do comércio colonial; o Conselho da Índia, criado exclusivamente para as colônias portuguesas, à semelhança do Conselho de Índias espanhol de 1524, corrigiu a falha decorrente do acúmulo de atribuições do Conselho da Fazenda (negócios de Portugal e das colônias), mas determinou acúmulo de competências.

Outros órgãos de gestão ultramarina foram criados no período filipino: Mesa da Consciência e Ordens, com jurisdição sobre a matéria relativa às Ordens de Cristo, Santiago da Espada e São Bento de Avis; Tribunal da Bula da Cruzada, com regimento de 10 de março de 1634, arrecadador dos produtos das bulas, ou seja, das licenças de papel selado para dispensa de jejuns, permissão de comer carne em dias de preceito etc. Eram representados no Brasil pelos tesoureiros-mores da Bula da Cruzada, nas sedes capitaniais, e tesoureiros menores, em todas as localidades. Através de Felipe III, em decreto régio, dividiu o Brasil em duas capitanias gerais autônomas entre si, o Estado do Maranhão e o Estado do Brasil. Nesse período, a grande meta dos governadores do Brasil ou do Maranhão, era impedir a expansão dos holandeses e desalojá-los das áreas ocupadas. Houve, em conseqüência, prevalência da administração militar sobre a administração civil.

O período filipino legou Regimentos e atos regimentais, documentos de ordem administrativa consubstanciados em textos como: Regimento do Desembargo do Paço, dos Sargentos-Mores das Ordenanças das Comarcas, das Terras Minerais do Brasil, do Novo Tribunal ou Conselho do Estado da Índia e Estados Ultramarinos, da Casa de Suplicação, do Pau-Brasil, da Relação da Casa do Brasil e ou da Bahia, normas regimentais referentes à liberdade dos Índios, do Governador-Geral Gaspar de Sousa e muitos outros. Durante a União do Império Português e Espanhol, tornou-se inadiável ligar por terra áreas já colonizadas. A conquista do Maranhão foi a continuação imperiosa da potiguar e da cearense, tanto mais porque os franceses expulsos do Rio Grande pretenderam instalar uma colônia tropical - a França Equinocial. A França invadiu o Maranhão estabelecendo a colônia, colocando na ilha o nome de São Luís, em homenagem ao Rei Luís XIII da França. Houve tentativa de trégua para solução do conflito na Europa. Madri discordou da trégua e enviou forças que, quase sem oposição, expulsaram os franceses. Surgia assim uma nova capitania real, pouco tempo depois elevada à condição de Estado.

A invasão holandesa na Bahia inaugurou uma nova e sucedida forma de administração em parte do Brasil. A invasão determinou a assunção administrativa do Coronel Johan Van Dorth, governador das terras a conquistar, comandante das forças invasoras. Em 1624, os diretores da Companhia, Alberto Hoenraats e Rombont Jacobsen, apresentaram à Assembléia dos Altos e Poderosos Estados Gerais o primeiro relatório da História do Brasil holandês, narrando os episódios da conquista holandesa. Em 1625, ao ser a Bahia restaurada, Pernambuco virou alvo dos holandeses que, não conquistando o centro político, procuraram conquistar o centro econômico do Brasil. Pernambuco, além das riquezas de açúcar e pau-brasil, por localizar-se no Nordeste, na parte que mais se projeta para o leste, era ponto estratégico, reduzindo o custo das viagens à Europa. A fase de conquista se estendeu até 1637 e Pernambuco esteve sob o domínio holandês até 1654. O período holandês, com predominância da administração nassoviana, que durou de 1637 a 1644, foi benéfica para Pernambuco e para o Nordeste. A Companhia das

Índias Ocidentais, conquistadora de Pernambuco, compreendeu que o problema central da conquista sul-americana era administrativo, o que a levou a assinar contrato com o Conde João Mauricio de Nassau-Siegen, de esmerada educação, sobrinho-neto de Guilherme, o Taciturno (da casa de Orange), por cinco anos, a partir de 4 de agosto de 1636, para governar o Brasil.²⁶

Joaquim Ribeiro²⁷ comenta que a administração nassoviana, insulada no século XVII, marca uma das fases mais interessantes da vida administrativa do país. Difere substancialmente dos tipos tentados pelos portugueses, filia-se à direção de uma companhia, no caso, a Companhia das Índias Ocidentais. A administração de Nassau possuía um órgão consultivo, o Colégio do Alto Conselho Secreto, com três conselheiros. Em 1636, 23 de agosto, foi baixada a “Carta Básica do Brasil Neerlandês”, um estatuto administrativo para o Brasil. O Estatuto previa, além das competências do Governador, um Alto Conselho Secreto, que também dispunha de um assessor. A prevalência do Governador sobre o Conselho era nítida, não tendo se verificado nenhum conflito entre o Conselho e o Conde João Mauricio.

Nassau não governou sem programa. Traçou uma política administrativa marcada pelo seu espírito renovador. Procurou equilibrar despesa e receita, mandando levantar, os *“Orçamentos da despesa anual e da que se faz necessário aumentar”*.²⁸ Para aumentar a receita, adotou a praxe administrativa portuguesa: arrendou, mediante licitação, a arrecadação dos tributos. Arrendou também o direito de captura de gado bravo que penetrasse no Rio Grande e entre S. Francisco e Sergipe. Elevou os dízimos da lavoura e do açúcar, de peagem e barcagem, obtendo o desejado aumento da arrecadação.

²⁶ RIBEIRO, Joaquim. **História Administrativa do Brasil**; a união ibérica; a administração do Brasil holandês. Brasília: Editora Universidade de Brasília –FUNCEP, 1983, p. 300, 317 e 318.

²⁷ Id.Ibid., 1983, p. 300, 317 e 318.

²⁸ RIBEIRO, Joaquim. **História Administrativa do Brasil**; a união ibérica; a administração do Brasil holandês. Brasília: Editora Universidade de Brasília –FUNCEP, 1983, p. 318.

O período nassoviano foi marcado por uma política de tolerância, a religiosa, preconizada nos primeiros regimentos administrativos do Brasil Holandês pela Companhia a qual logo se viu sufocada pela campanha dos pastores calvinistas contra os papistas, notadamente jesuítas e franciscanos, que tiveram sua expulsão determinada pelo Conselho Político. O Conselho e o governador, logo entraram em conflito. Em seu "testamento político", o conde aconselhou aos sucessores a tolerância religiosa, mais de fundo utilitário do que ético, para não perturbar a normalidade da vida econômica.²⁹

Nassau empreendeu uma política demográfica que revela a compreensão de que o futuro da Nova Holanda dependeria também do povoamento. Quis a vinda de imigrantes europeus, especialmente as vítimas da guerra dos 30 anos. Não foi atendido.³⁰ Com Nassau também houve a criação da primeira escola para negros. Nassau cuidou da higiene pública e instalou o primeiro hospital do Recife, em 1641, no Castelo de Tura - Forte de São Jorge, e o segundo, bastante amplo, foi o da cidade Mauricéia. A política cultural apresenta Nassau como um Mecenas, segundo o modelo do Renascimento, em terras da América. A política urbana também foi cuidada e revelada na construção da cidade Mauricéia, planejada, com racionalização do aproveitamento espacial. Dividiu Recife em dois distritos, superintendidos pelos Brantmeesters, com atribuições fiscais. Criou-se um Corpo de Bombeiros, os alertadores (Clapermans). Regulamentou os serviços portuários em 1641, os quais passaram a ter um capitão-do-porto, que fez desse ancoradouro o mais organizado da América do Sul. O Conselho Político, desde 1635, dotou a cidade de mercados, traduzindo particular preocupação com o sistema de abastecimento. Entre Recife e Mauricéia, região onde prevalecia o transporte fluvial, foi providenciado o arrendamento do contrato de serviço de barcos, que se tornou assim rentável. A Companhia das Índias Ocidentais explorava o serviço de balsas, privadas dos servidores públicos e militares.³¹

²⁹ Id. Ibidem. 1983, p. 300, 317 a 319.

³⁰ Id. Ibidem. 1983, p. 290,

³¹ Id. Ibid; 1983 p. 319.

Nassau iniciou a construção das pontes do Recife e revelou grande preocupação com a política rural, demonstrando preocupação com a policultura e a defesa da produção vegetal. Proibiu a derrubada dos cajueiros, importante na alimentação dos índios; introduziu plantas exóticas e procurou minorar o monopólio exercido pela Companhia sobre o comércio do açúcar. Fomentou também a produção do açúcar, mas obrigou os senhores de engenho a plantarem 200 e depois 500 pés de mandioca por escravo. Os que não plantassem cana teriam que plantar 1000 covas por escravo. Com o regresso de Mauricio de Nassau, a situação mudou e deu caminho à Insurreição Pernambucana, que provocou a expulsão dos holandeses.

A restauração portuguesa coincidiu com a divisão das duas coroas, provocada pelo enfraquecimento do império filipino e o conseqüente fim da preponderância espanhola.³² Da restauração a meados do século XVIII, houve a consolidação do poder bragantino (1640 a 1698); a transição para o absolutismo de 1698 a 1706 e a administração absolutista de D. João V (de 1706 a 1750). Na consolidação do poder bragantino, a política administrativa interna assinalou-se na metrópole, pela consulta às Cortes e nos senhorios, pela subordinação da administração colonial ao Conselho Ultramarino. A gestão externa caracterizou-se pela política de aliança com os rivais da Espanha e da guerra contra esta. A transição para o absolutismo compreendeu a segunda fase de D. Pedro II de Portugal, a partir da convocação das cortes de 1698.

Dentro do espírito de seu tempo, D. Pedro II de Portugal conduziu a Administração num ramo centralizador, que se denominou chamar absolutista. De certo modo o absolutismo era uma necessidade conjuntural do Estado Moderno, para enterrar a pluralidade jurisdicional sobrevivente do feudalismo e para construir o estado em bases sólidas. O esquema administrativo do Estado absolutista compreendia o Rei e o estamento burocrático e militar. Nobreza e clero, cada vez mais, marginalizavam-se quanto ao efetivo exercício do poder. A união ibérica influíra na mentalidade portuguesa, para a aceitação da

³² Id. Ibid; 1983 p. 320.

onipotência real: expira-se a monarquia limitada pelas Cortes. A conjuntura histórica, obrigando o rei a optar entre a preponderância Inglesa e a Francesa, impediu-o no entanto de completar a edificação do absolutismo, transferida ao seu sucessor D. João V. Esses fatores talvez tenham mitigado a influência do absolutismo na América, onde continuaram a existir as capitanias; os juizes do povo; as milícias privadas ou bandeiras.

Na opção entre a França e a Inglaterra, venceu a última. O tratado de 1640 abriu o comércio do Brasil ao comércio britânico, com Portugal fazendo grandes concessões à Inglaterra. A administração absolutista de D. João V iniciou-se em plena guerra, cujas preocupações o absorveram de 1706 a 1713. Na fase inicial da guerra, o Rio de Janeiro chegou a sofrer a invasão de corsários franceses e movimentos nativistas eclodiram em várias partes do Brasil, como a guerra dos Emboabas em São Paulo, a dos Mascates em Pernambuco e o Motim do Maneta na Bahia.

A morte de D. João V, em 1750, possibilitou a recomposição do governo. D. José I assumiu o trono e nele mereceu especial destaque a atuação do Conde de Oeiras, posteriormente Marquês de Pombal. O Gabinete Pombalino operou muitas influências no Brasil. No século XVIII, verificou-se a uniformização dos padrões administrativos régios, acarretando a supressão das últimas capitanias hereditárias.³³ Carnaxide³⁴ coloca, ao concluir um livro clássico a respeito da Administração pombalina:

Não nos faltavam soldados, nem mantimentos, nem armas, nem munições, nem navios de guerra, nem os melhores técnicos que havia, na ciência militar. Tudo isso Pombal tinha organizado com notável valor. Somente o que seu racionalismo não viu como artigo de primeira necessidade, somente o que ele relaxou, foi a Consciência Nacional, por isso perdemos a partida.

³³ O Marquês de Pombal administrou o Gabinete Português de 1750 a 1777, período sobre o qual muito se escreveu e ainda se **escreve sobre a atuação de Pombal, inclusive admitindo que houve uma “ditadura pombalina”**. AVELLAR, Hélio Alcântara. **História Administrativa do Brasil: Administração Pombalina**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília – FUNCEP, 1983, p. 12.

³⁴ CARNAXIDE, apud AVELLAR, Hélio Alcântara.– **O Brasil na Administração Pombalina**. Brasília: Fundação Universidade De Brasília – FUNCEP, 1983, p.12.

Pombal, apesar de ministro de um absolutismo teocrático, no qual só há um poder, o do soberano, procurou revigorar a autoridade do rei por meio da contenção da influência da nobreza, mas ao mesmo tempo resguardando a aristocracia como instituição. O prestígio do poder real exigia sólida infraestrutura econômica, o que fez com que o Marquês adotasse um paradoxal pragmatismo, editando leis segundo as circunstâncias, procurando perder o menos possível, dos grandes recursos que enviava para a Inglaterra estimulando, em alguns territórios, a liberdade mercantil e em outros praticando o mais estrito monopolismo. Pombal exerceu uma administração fiscalista e unitária e expediu uma vasta legislação limitativa do crédito e da livre mercância que teve o mérito de assegurar organicidade e unidade à ação administrativa econômica. Sua política exterior foi pragmática e circunstancial, exemplificada pelo pedido de apoio diplomático-militar que fez à Inglaterra contra a Espanha, rival européia e americana.³⁵

O Brasil não constituía uma unidade para efeitos da administração metropolitana, mas sim, um conjunto de capitanias, e durante certo tempo, dois territórios administrados. Um Conselho Ultramarino exercia a administração geral de todo império português subordinado a um dos secretários do governo, o Secretário de Estado dos Negócios da Marinha e Domínios Ultramarinos, por onde tramitavam todos os negócios da colônia, exceção, apenas, à matéria exclusiva da mesa da Consciência e Ordens. As capitanias reais principais ou subalternas, como unidades administrativas maiores, compreendiam de uma a quatro comarcas, que se dividiam em termos com sede nas respectivas vilas. Os termos eram divididos em freguesias e estas em bairros.³⁶

Na medida que as capitanias hereditárias iam sendo extintas aumentavam as capitanias reais. Ao instalar-se a sede vice-real no Rio de Janeiro, em 1763, todas as capitanias do Estado do Brasil, exceto a do Maranhão, estavam sob a autoridade do Rei, em cuja pessoa se operava a unidade administrativa da

³⁵ AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa do Brasil**: Administração Pombalina. Brasília: Editora Universidade de Brasília – FUNCEP, 1983 p. 13.

³⁶ Id. Ibid., 1983, p. 53.

América Portuguesa. Os Vice-Reis e os Governadores apenas exerciam, sobre seus subordinados civis e militares, poder disciplinar e fiscalizador. A decisão final sobre o procedimento funcional competia ao soberano.

Ao findar o reinado de D. José, o Brasil se reunificara, com o desaparecimento do Estado do Grão Pará e do Maranhão. Com a reorganização do Estado, os principais funcionários eram o governador e capitão-general, o secretário geral, o intendente da Marinha, os provedores da Fazenda, os intendentes do Comércio, Agricultura e Manufatura, os ouvidores e o diretor dos índios. D. Maria I assumiu o poder com a morte de D. José I, encerrando a época pombalina. Começava então a época antipombalina, conhecida como Viradeira.³⁷ A vinda da família real para o Brasil deu-se nesse momento conturbado e dramático para o mundo. Napoleão Bonaparte imperava em França e queria submeter o mundo. D. João, o regente, acolhendo a sugestão do seu Conselho de Estado e da Inglaterra, resolveu partir, com a família real, para o Brasil em 29 de novembro de 1807.

No período colonial, a hierarquia das esferas administrativas, segundo Arno Wehling³⁸, foi a mesma em todas as regiões coloniais, da base municipal aos governos locais e centrais, garantindo-se, pelo menos em tese, a unidade de orientação. Encimando o processo estavam as instituições metropolinas; num segundo nível, a administração central e colonial; num terceiro, a administração regional e, finalmente, a administração local, exercida pelas câmaras das vilas. O segundo e o terceiro níveis freqüentemente se confundiam, pela semelhança das atribuições dos vice-reis com as dos governadores das grandes capitaniais, a ponto de a administração metropolitana tratar, simultaneamente, com vários

³⁷ Arno Wehling analisa que o século XVIII assistiu ao desencadeamento de um processo que se estendeu pelos séculos seguintes. O conjunto de transformações que incidiram no início sobre a Europa Ocidental, e nos séculos XIX e XX, sobre todo o mundo, foi de tal forma profundo, que novas estruturas, profundamente diferentes daquelas que presidiram as relações sociais entre a chamada revolução neolítica e o século XVIII, se impuseram. Alteraram-se profundamente as estruturas econômicas, sociais, políticas e intelectuais que os historiadores convencionaram chamar de 'aceleração da história'. WEHLING, Arno. **História administrativa do Brasil: Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João**. Brasília: FUNCEP, 1986, p. 15.

governos coloniais, além do Rio de Janeiro dos vice-reis; Bahia, Minas Gerais, Pernambuco, Maranhão, Pará, São Paulo, Mato Grosso e Goiás. Com a chegada da família real montou-se no Brasil todo um aparelho administrativo e que seria o núcleo inicial de organismos que integram os poderes do Brasil independente.

A bordo da frota que trouxe a família real para o Rio de Janeiro, segundo Teixeira Vinhosa³⁹, já estavam presentes os elementos essenciais de um estado soberano.⁴⁰ Entre 1808 e 1821, D. João legou uma obra administrativa das mais férteis e criadoras possíveis, principalmente nos primeiros quatro anos. A legislação mostra uma outra preocupação do monarca, que foi a criação de vilas no Brasil, bem como a concessão de terras e sesmarias. A história colonial do país foi encerrada, juridicamente, como consequência de vários interesses e conveniências de Portugal, de modo a permitir a Portugal figurar como uma das grandes potências do Congresso que estruturou a comunidade europeia com a queda de Napoleão Bonaparte. O Brasil foi elevado à categoria de Reino Unido pela Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815 e, em 1816, incorporado em um só escudo às três armas dos Reinos Unidos - Portugal, Brasil e Algarves. Vinhosa⁴¹ deixou consignado que D. João VI tinha uma preocupação sobre a necessidade de inovação na administração do Brasil e com essa finalidade incumbiu Silvestre Pinheiro Ferreira de elaborar um plano de reforma, que foi bastante discutido, principalmente em Portugal.

Vinhosa⁴² informa em sua obra, citando Tomás de Vilanova Monteiro Lopes, que Silvestre Pinheiro Ferreira, em sua correspondência, mostra que D. João VI solicitou a várias outras pessoas estudos para uma reorganização político-administrativa do Brasil, demonstrando, assim, além de uma visão larga das possibilidades administrativas, a sua insatisfação pessoal com a arcaica organização colonial, que se tornava, dia-a-dia, mais indefensável. Apesar dos

³⁸ Id. **História administrativa do Brasil: Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João**. Brasília: FUNCEP, 1986, p. 16.

³⁹ Id. Ibid., 1986, p. 45.

⁴⁰ VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. **Historia administrativa do Brasil: Brasil sede da monarquia**. Brasil Reino (2 a. parte): Brasília: FUNCEPE, 1983, p. 193.

⁴¹ Id. Ibid. 1983, p. 193, p. 173.

estudos realizados e apresentados ao seu pedido, sobre uma nova estrutura administrativa, D. João não chegou a implantar, plenamente, a tão desejada reforma, menos por sua vontade do que por dificuldades estruturais. Teve-se melhoramentos palpáveis na administração então existente, conquanto a simples presença do soberano aqui já foi o suficiente para desencadear numerosas vantagens ao país.

Em 22 de abril de 1821, D. João nomeou o filho D. Pedro de Alcântara regente do Reino do Brasil. A situação do Brasil era muito delicada, tanto econômica como politicamente, acarretando, para o Regente, uma luta permanente contra a falta de recursos, demonstrando, neste esforço, segundo Tapajós, muitas qualidades boas de administrador.⁴³ A política das Cortes e a resistência brasileira levaram o Brasil à independência e a formação da Assembléia Constituinte de 1823, que inicialmente pareceu consagrar a seriedade dos esforços no sentido da construção de uma ordem jurídica para o Estado brasileiro. Não foi o que aconteceu porém, ao virem a tona as contradições aparentemente abafadas pela luta antilusitana. José Bonifácio de Andrada e Silva liderava o grupo unitarista que desejava dar mais poderes ao Imperador e ao governo central. O grupo de Bonifácio impôs-se ao grupo democrático-federalista de Januário da Cunha Barbosa, Cipriano Barata e Gonçalves Ledo, conseguindo inclusive expurgar seus líderes. Um terceiro grupo, o pró-lusitano, representado por funcionários, comerciantes e militares de origem portuguesa, assistia de fora ao jogo dos outros dois grupos. Aguardavam, na realidade, uma reaproximação com D. Pedro I em função de objetivos mais amplos de reaproximação com a metrópole. Esse terceiro grupo, em face das tendências absolutistas de D. Pedro I, acabou por representar uma base de apoio mais ampla e mais duradoura.

O projeto de Constituição de Antonio Carlos foi encaminhado à Assembléia, o qual consignava dispositivos claramente contra os portugueses,

⁴² Id. Ibid., 1983, p. 174.

⁴³ TAPAJÓS, Vicente. **História Administrativa do Brasil** - Organização Política e Administrativa do Império. Brasília: FUNCEP, 1984, p. 26.

como, por exemplo, a inelegibilidade dos estrangeiros, mesmo dos naturalizados, para cargos de representação nacional; ainda contendo dispositivos claros contra o absolutismo, representado pela preponderância do legislativo e até do ministério sobre o Imperador.⁴⁴ O projeto de Antonio Carlos não foi além dos debates. Pedro I, acusado de favorável aos portugueses, por inúmeras demonstrações, em um ato claramente absolutista que o isolaria praticamente dos liberais, ordenou o fechamento da Assembléia Constituinte, na manhã de 12 de novembro de 1823 e, em 1824, impondo sua vontade, outorgou uma Constituição. A Carta Constitucional de 1824, teoricamente, incorporou muito da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, pois criava uma certa fachada liberal para ocultar um conteúdo intrinsecamente conservador.⁴⁵

A Constituição outorgada por Pedro I trouxe muitas inovações no país que, sem dúvida alguma, repercutiram na Administração Pública então vigente. As bases da Constituição do Império refletiram as tendências do pensamento político-social da época, principalmente a influência de Benjamin Constant sobre o chamado poder neutro ou moderador.⁴⁶ A Constituição do Império instituiu quatro poderes, como delegações nacionais. O Poder Executivo era exercido por um ministério, de livre nomeação e demissão do Imperador, enquanto o Poder Moderador era exercido diretamente pelo Imperador. De fato, D. Pedro I comandava dois poderes e dirigia, de fato, a administração pública do Império. No que se refere à Administração Pública, a Constituição Imperial de 1824 só não foi absolutamente omissa, porque assegurou, no art. 178, item 14, no Título *Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, a igualdade de acesso aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não fosse a de seus talentos e virtudes.⁴⁷

⁴⁴ LOPES, Luiz Roberto, **História do Brasil Imperial**, Mercado Aberto, Porto Alegre: série Revisão nº 8, 1982. p. 40 e segs..

⁴⁵ Bis in idem p.42.

⁴⁶ FERREIRA, L. Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

⁴⁷ BAPTISTA. Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo e Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70.

Pontes de Miranda⁴⁸ observa que a Constituição Imperial de 1824, ao dispor sobre cargos públicos, andou à frente das práticas constitucionais do seu tempo.

O Segundo Reinado foi precedido das Regências que administraram o Brasil durante a menoridade de Pedro II. As Regências Trinas, Provisória e Definitiva e as Regências Unas, apesar de não ter sido um período tranqüilo, dotaram o país de algumas normas de natureza administrativa de importância vital para a descentralização administrativa territorial do país. Um dos documentos mais importantes do período regencial foi o Ato Adicional de 3 de outubro de 1834, que fixou as atribuições de presidente de província, como primeira autoridade. Referido Ato Adicional tratou de atribuições administrativas desses presidentes como: executar e fazer executar as leis e decretos; exigir dos empregados públicos as informações e atividades necessárias; inspecionar repartições; dispor da força pública a bem da segurança e da tranqüilidade da província; administrar a Fazenda Provincial e muitas outras atribuições caracterizadoras da função administrativa.

A administração do segundo reinado pode ser caracterizada como de tendência liberal, que se propôs a fiscalizar as rendas públicas e promover rigorosa economia. Em sua primeira fase de governo, enfrentou ânimos exaltados, que vinham do conturbado período regencial. Data desse período a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros. O governo de gabinete não era previsto na Constituição muito embora os Ministros fossem responsáveis, ex vi do art. 133. Mas eram pessoas do Imperador. Eram freqüentes, por conseguinte, as discórdias entre membros de um mesmo ministério. Os desacertos prejudicavam a administração, e segundo Tapajós⁴⁹, estavam na base da crise que levaram ao fim o reinado de D. Pedro I e tumultuaram todo o período regencial. A criação da presidência do Conselho de Ministros e a implantação do parlamentarismo foram levadas a efeito em 1847. A

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967- Com a Emenda nº 1, de 1969.** Rio De Janeiro: Forense, 1987, p. 462.

⁴⁹ TAPAJÓS, Vicente. **História Administrativa do Brasil:** Organização Política e Administrativa do Império. FUNCEP. Brasília, 1984, p.105.

origem e natureza do cargo vieram do modelo francês e assegurava a vitória de idéias novas, era a nação que subia ao poder. Durante o longo reinado de D. Pedro II, não se pode afirmar que existiram mudanças estruturais ou ideológicas na Administração Pública, mas foram muitas as criações de órgãos administrativos que deram uma nova dinâmica à estrutura administrativa do Brasil.⁵⁰

O que caracterizou realmente o advento da República foi o seu repentino desencadeamento e o pequeno número de participantes. A união de militares e civis republicanos, à véspera da República, é como afirma Carone⁵¹, *um incidente imprevisível dentro de uma crise permanente e a indecisão a respeito do momento oportuno e a forma de proclamar a República, é outro sintoma da complexidade da situação*. A falta de participação popular e a inércia das camadas dirigentes monarquistas explicam o sucesso da quartelada no Rio de Janeiro, que levou a imprensa estrangeira a ficar perplexa ante a queda de um monarca que reinava há mais de cinquenta anos, quando aparentemente nada podia fazer prever um fim tão inglório.

Marechal Deodoro da Fonseca, que havia aceitado liderar o movimento militar, é nomeado chefe do governo provisório no qual se verifica uma grande heterogeneidade que reflete, em parte, a complexidade dos compromissos das forças antagônicas que contém a República. Constituído o Ministério, formado por oito Ministros, Deodoro iniciou o seu governo, proclamando, provisoriamente, por Decreto, como forma de governo da Nação brasileira, a República Federativa, e estabelecendo normas pelas quais se deviam reger os Estados Federais, nos quais se transformaram as províncias.

⁵⁰ Carone afirma que durante grande parte do II Reinado e mais precisamente no período ministerial de Ouro Preto, tendências diversas minaram a estrutura do regime, criaram um clima que fermentavam as sucessivas crises imperiais que podem ser apontadas como: tendências federalistas, movimentos republicanos, crises religiosas, questões militares, problemas escravagistas, sucessão imperial, predomínio político de uma aristocracia decadente, ascensão de novas camadas oligarcas, urbanização e a lenta renovação das instituições do Império, e a reunião de diversos grupos que lutam contra o sistema dominante. CARONE, Edgar. **A República Velha (evolução política)**, Corpo e Alma do Brasil, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971, p. 7 – 9.

⁵¹ Id.Ibid; 1971, p. 9.

A Constituição promulgada a 24 de fevereiro de 1891, segunda do Brasil e primeira da República, contemplou os três poderes do Estado para a União e para os Estados Federados, mas não alterou a organização e a estrutura administrativa do país. As inovações são de caráter político. Com referência à Administração Pública, a Constituição Republicana de 1891, embora sem maiores cuidados com o tema, nos artigos 73 a 74, tratou da questão do acesso aos cargos públicos e, no art. 75, cuidou da aposentadoria dos funcionários públicos. Não havia, na referida Constituição, uma parte dedicada à Administração Pública visto que a matéria estava tratada na Seção II, *Declaração de Direitos*, do Título IV *Dos Cidadãos Brasileiros*.⁵² Em contraposição à Carta do Império, a primeira Constituição Republicana já denunciava “uma preferência pelos que comprovassem aptidão técnica para o exercício das atribuições dos cargos públicos”.⁵³

Nos quatro primeiros anos, o Brasil teve, praticamente, a consolidação do regime republicano. Deodoro, em reação despótica, dissolveu o Congresso e, em manifesto à Nação, enumerou medidas que considerava prejudiciais, como o direito de intervenção na administração estadual e o cerceamento de atribuições privativas da Intendência Municipal. Do teor do manifesto de Deodoro, pode-se concluir que, apesar da divisão política administrativa do País, em Estados e Municípios, não se tinha na prática, completa separação das competências administrativas.

Nos anos e governos que se seguiram, os governos municipais e estaduais se fortaleceram. A instituição do coronelismo, surgido nesse período, influenciou de forma marcante nesse contexto e é nesse esquema de supremacia estadual que ele se insere. O coronelismo se irmana às oligarquias das unidades federadas, num recíproco jogo de interações ativas. A linha entre o interesse particular e o público é fluida e não raro indistinta, freqüentemente utilizando o

⁵² BRASIL. **Constituições do Brasil**. Vol. I, Brasília: Senado Federal, 1986, p. 102.

⁵³ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **A Administração Pública na Constituição de 1988**: Rio de Janeiro: Renovar, (2ª parte). Revista de Direito Administrativo, vol. 206, p. 102.

poder estatal para a satisfação dos interesses privados.⁵⁴ O Coronel se integrava no poder estadual e municipal e representava uma forma peculiar de delegação do poder público no campo privado. O Coronelismo influenciou e até controlou a Administração Pública local e seu tempo. Manifestava-se num compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a influência social dos decadentes chefes locais.⁵⁵

O quadriênio 1922 a 1926 foi um período de tensão política gerando um clima revolucionário que muito dificultou a ação administrativa do Presidente Artur Bernardes, a qual decorreu em quase permanente estado de sítio. O decreto n. 1.672 - A, de 13 de janeiro de 1925, reorganizou o ensino, foi a chamada reforma João Luiz Alves ou Lei Rocha Vaz, que estabeleceu o concurso da União para a difusão do ensino primário, organizou o Departamento Nacional de Ensino, reformou o ensino secundário e o superior. A crise ocorrida em 1929 desorganizou a economia externa e criou condições para uma mais rápida industrialização do país. Superavam-se as estruturas coloniais e o centro dinâmico do país voltava-se para a indústria. Verificou-se, nesse período, uma participação cada vez maior do Estado na economia.

O Estado começou a intervir na Economia buscando romper os vínculos de estagnação econômica e orientar a economia do país. Barbosa Lima Sobrinho⁵⁶ analisou os motivos da Revolução de 1930, e afirmou que esta teve pretextos variados e causas efetivas, que procurava dissimular. O sentimento regionalista, na luta pelo equilíbrio de forças entre os Estados Federativos, avultou-se entre as causas reais. Afirma ainda Barbosa Lima⁵⁷ que o lado dessas causas é possível que existissem outras verdadeiramente subterrâneas, de uma

⁵⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: a formação do patronato político.vol.2. São Paulo: Editôra da Universidade de São Paulo, 1975, p. 629.

⁵⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1987, p.20.

⁵⁶ SOBRINHO, Barbosa Lima. **A Verdade sobre a Revolução de Outubro de 1930**, 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1987, p. 170 e segs.

⁵⁷ SOBRINHO, Barbosa Lima. **A Verdade sobre a Revolução de Outubro de 1930**, 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1987, p. 170 e segs.

revolta extensa e profunda contra o regime de propriedade rural e a opressão capitalista.

A Administração Pública brasileira, do descobrimento até 1930, foi de natureza patrimonialista. Manifestação administrativa que já existia desde a idade média, mas que só ganhou plena definição nas monarquias absolutistas da Europa, entre os séculos XV e XVIII. O que caracteriza a administração patrimonialista é a confusão entre o patrimônio público e o privado. O Estado e os cargos públicos passaram das mãos dos reis para as mãos de uma nobreza burocrática ou então dos novos burocratas. Desde o século XIX que a Administração patrimonialista revelou-se incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares. Para o capitalismo é essencial a clara separação entre o Estado e o Mercado. A Democracia exige, para que possa existir, que a sociedade civil formada por cidadãos distinga-se do Estado. O desenvolvimento econômico do Brasil e o regime democrático que evoluiu não comportavam mais o Patrimonialismo, tornava-se necessária uma separação distintiva entre o público e o privado, entre o político e o administrador. Do descobrimento do Brasil até a primeira Constituição, vai-se encontrar o direito privado permeando as ações administrativas. Somente com a outorga da Constituição Imperial, que consagrou a divisão dos Poderes, encontrar-se-ão normas de Direito Público.

1.2 Evolução Administrativa Brasileira: A era Vargas

Os anos de 1930 trouxeram uma espécie de estatização do povo e da República, o novo regime será uma República com Estado forte e povo fraco. A recuperação das promessas republicanas – governo do povo, cidadania, democracia representativa – ficaria na dependência do fortalecimento do Estado, que funcionará como ponte que prepara as bases da sociedade para um contato mais efetivo com as formas e os hábitos da República e da modernidade. A republicanização do País só será possível graças à mediação estatal, que antes

de 1930 era feita pelas oligarquias, ou seja, as unidades político-administrativas regionais⁵⁸.

O Estado ressurgiu da Revolução de 1930 menos absenteísta e mais participativo. Verificou-se uma revisão na política liberal permitindo ao Estado desempenhar um papel orientador da política econômica do país. A revolução de 1930 representou um marco de fundamental importância para a passagem do Brasil a um estágio mais avançado de desenvolvimento. A consciência do fenômeno do subdesenvolvimento criava novos instrumentos institucionais necessários para a batalha de reconstrução nacional. Neste sentido o governo de Getúlio Vargas caracterizou-se, no período de 1930 a 1945, por uma intervenção progressiva do Estado no domínio econômico, com uma marcante conotação nacionalista. Os anos de 1930 foram marcados pelos esforços encetados em prol da viabilização de um novo sistema de poder fundado no compromisso inter-elites para industrializar aceleradamente o país com a modernização das estruturas do Estado e a incorporação da massas emergentes. A longa era Vargas, que representou um dos períodos mais emblemáticos da história da república brasileira, teve em um movimento armado o instrumento de sua instauração, o qual depôs o presidente constitucional.

A era Vargas não se resume ao período que medeia entre os anos de 1930 e 1945, mas representa toda uma época bem mais extensa, em razão dos seus reflexos pelos anos e administrações seguintes. No período Vargas foi reproduzida uma particular forma de desenvolvimento capitalista caracterizado pela ausência de rupturas clássicas com as relações sociais, as concepções e os interesses legados do passado. Não se há de negar que houve uma reprodução do passado nos aspectos do latifúndio, da miséria, da dependência, do autoritarismo e da exclusão. Mas também foram anos de mudança e de desenvolvimento e rico em turbulência institucional, agitação política e efervescência cultural. Apesar de ter reproduzido e preservado as estruturas que

⁵⁸ NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As Possibilidades da Política**: déias para a reforma democrática do Estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 36.

se queria superar, suas realizações e promessas não se resumiram aos limites temporais daqueles anos, mas se espalharam pelas décadas posteriores, influenciando na organização da vida nacional durante os vinte anos iniciados com a democratização de 1945, tendo fundamentado muito da institucionalidade e da conduta política do regime instalado com o golpe militar de 1964⁵⁹.

Quando do início do período Vargas, verificava-se uma grande desordem na Administração Pública, o que determinava a urgente adoção de medidas que saneassem tal situação. Houve grandes mudanças na Administração Pública brasileira que podem ser analisadas em dois períodos: o primeiro período vai de 1930 a 1945, e o segundo, que marca os anos posteriores, de 1945 a 1964. No primeiro período, foram adotadas uma série de medidas que visavam a modernizar a Administração Pública brasileira. Analisando esse período observa Marcos Aurélio Nogueira⁶⁰:

O processo de formação do Estado no Brasil sempre conviveu com déficits em termos de gestão pública, reflexo de uma espécie de entropia no plano das relações entre as várias dimensões do fenômeno estatal e entre essas dimensões e a sociedade. Ao longo do tempo, muitas vezes diagnosticaram a precariedade da administração pública brasileira, seu caráter patrimonialista e sua história de resistência à introdução de técnicas, procedimentos e estruturas organizacionais de tipo racional-legal, bem como, por extensão, sua ineficácia e sua ineficiência. Sempre foi muito fácil constatar a existência de descompassos e desajustes no coração mesmo do Estado, opondo o governar ao aparato administrativo e comprometendo a *performance* governamental. A história da república presidencial federativa no Brasil, aliás, é inseparável dos esforços para atenuar tais descompassos e atualizar o aparato estatal, embora seja igualmente inseparável das bases (técnicas, políticas, culturais) que levaram à precarização da máquina administrativa brasileira.

A situação da Administração Pública induziu o Governo à criação de novos órgãos, propiciando uma ampliação do setor público. Durante os anos de 1930 a 1945, processou-se a montagem de toda uma estrutura capaz de responder às novas exigências. Depois de 1930, começaram a ser esboçadas as grandes reformas administrativas, baseadas no modelo racional de Max Weber, também

⁵⁹ Id. Ibid; 1992, p. 21/22.

⁶⁰ Id. Ibid; 1992, p. 89/90.

chamado de modelo burocrático. O arcabouço administrativo montado para a Administração Pública Federal ganhava uma visão de futuro, capaz de preencher as novas funções do Estado.

As diretrizes do modelo weberiano ou burocrático adotado tinham como ponto de referência a noção de eficiência, a preocupação com o sistema de mérito para o ingresso no serviço público, a concepção do orçamento como plano de trabalho, a institucionalização de treinamento e aperfeiçoamento para os servidores públicos, já adotado em países desenvolvidos, como por exemplo, nos Estados Unidos e na França. Na reforma iniciada nos anos 30, dentro do modelo proposto, adotaram-se as hierarquizações, as normas abstratas, as relações interpessoais e a predominância do aspecto técnico. Beatriz Wahrlich⁶¹, comenta sobre as reformas iniciadas em 1930:

... inicialmente, predominava uma orientação que poderia ser considerada tecnicista - moralista, com tonalidades ético-jurídicas voltadas para o controle e coibição de privilégios. A preocupação com a eficiência caracterizou-se, de um lado, por uma concentração de esforços na implementação generalizada e inflexível do sistema de mérito, pedra angular da reforma; por outro lado, pelo estabelecimento de rígidos critérios normativos que garantissem disciplina, igualdade de oportunidade perante a lei e a impessoalização... Aliás, dificilmente uma reforma deixaria, nas décadas de 1930/1940, de ter essas características, pois no próprio mundo dito desenvolvido haviam sido esses, até então, os condicionantes de reformas no serviço público, especialmente no modelo seguido mais de perto pelos reformadores brasileiros, qual seja o norte-americano.

Apesar de algumas inadequações, a reforma iniciada e as conseqüências da revolução de 1930 desencadearam processos de grandes transformações no país. Assim, em 1936, a lei 284, de 28 de outubro, previu a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil - DASP, organismo autônomo, diretamente subordinado ao presidente da República, tendo como finalidade estudar a organização dos serviços públicos e propor ao governo medidas para o seu aperfeiçoamento. O Decreto-lei Federal nº 579, de 30 de julho de 1938, criou o

⁶¹ WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. **Uma Reforma da Administrativa de Pessoal vinculada ao processo de desenvolvimento nacional**, In Revista da Administração Pública - vol. 4, n. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1970, 1º semestre., p. 9.

Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, previsto no art. 67 da Constituição Federal de 1937, que absorveu o Conselho Federal do Serviço Público. O DASP foi um dos principais instrumentos para a implantação e para a complementação da reforma em curso e para a sua execução.⁶²

Quatro grandes setores foram objeto de implantação e execução pelo DASP: a administração de pessoal, com a introdução do sistema de mérito na Administração Pública brasileira; a administração de material, objetivando a sua simplificação e padronização; o orçamento, a administração orçamentária e a revisão de estruturas e racionalização de métodos. O DASP caracterizou-se pela ênfase na reforma dos meios, em prejuízo por vezes dos próprios fins, apesar de que foram obtidos resultados positivos e criou-se uma burocracia mais responsável e mais racional. O DASP foi o núcleo e a mola mestra das inúmeras reformas ocorridas entre 1930 e 1945. Robert T. Daland⁶³ comenta sobre o DASP:

O DASP constituía o instrumento racional científico e central de controle administrativo tal como era concebido no movimento de administração científica, e anunciado por Willoughby em seus 'Principles Of Public Administration'. Como tal foram-lhe dados poderes orçamentários, de pessoal, de material, de planejamento e de controle. A imagem do DASP era a de uma instrumentalidade técnica, e seu pessoal era constituído por uma nova geração de técnicos em administração pública e planejamento, moldados à nova imagem. No entanto, na realidade, o DASP não conseguiu isolar da influência política o exercício de seus consideráveis poderes técnicos, mais do que qualquer outra agência de controle real.

O esforço reformista encetado nas décadas de 1930 e 1940 obteve resultados positivos no sentido de transformação e modernização da Administração Pública brasileira. No entanto, não se pode negar as imensas dificuldades e obstáculos à implantação das reformas. O principal obstáculo que

⁶² O texto constitucional de 1934 foi pioneiro, na história constitucional do Brasil, ao expressar algum cuidado com a institucionalização da Administração Pública: O Título VII, contendo seis artigos dedicados ao Regime dos Funcionários Públicos. Exerceu grande influência nessa Carta Constitucional, a Constituição de Weimar, e assim os constituintes preocuparam-se em conferir proteção constitucional aos funcionários públicos.

⁶³ DALAND, Robert T. **Estratégia e Estilo de Planejamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Coleção Societas Lidador, 1969, p. 15 e 16.

se pode apontar para a implementação das reformas de 1930 foi, entre outros, a quebra da continuidade, o que prejudicou inevitavelmente seus efeitos. Existiram problemas políticos e de outras natureza criando resistência à sua implementação; outro ponto foi a falta de contato com o meio onde estava inserido. Tratava-se de um sistema fechado, e quando o regime autoritário que lhe dava respaldo e dentro do qual fora idealizado e concretizado começou a ruir o sistema começou a perder o seu equilíbrio, não conseguindo atingir todos os seus objetivos.

Apesar dos esforços modernizantes, o DASP não conseguiu implantar uma sólida burocracia weberiana no Brasil. Embora tenham sido valorizados instrumentos importantes, tais como o instituto do concurso público e do treinamento sistemático, não se chegou a adotar uma política de recursos humanos que correspondesse às necessidades do Estado. O patrimonialismo mantinha ainda a sua força no quadro político brasileiro, a sua expressão local, o coronelismo, dava lugar ao fisiologismo e ao clientelismo e continuava persistente na administração pública do estado brasileiro.

O segundo período das grandes mudanças na Administração Pública envolve os anos de 1945 a 1964 e se inicia logo após a queda de Getúlio Vargas, quando a fase reformista entra em declínio. Foi uma situação que persistiu por um longo tempo e, só após a década de 1950, verificou-se um retorno às reformulações da Administração Pública. Nesse período pós-Vargas, verificou-se um colapso em toda a série de reformas, levando Lambert⁶⁴ a afirmar:

A principal causa do insucesso do DASP durante o Estado–Novo, quando gozou do apoio do governo central, é que procurou realizar uma tarefa para a qual estava completamente despreparado. O DASP destinava-se a ser um órgão técnico de Administração. Competia-lhe teoricamente a última palavra em questões técnicas, e todas as decisões em matéria não técnica seria de alçada dos Ministérios. Na prática, porém, a situação era bem diferente. O DASP foi deliberadamente usado por Vargas como instrumento de domínio pessoal. Constantemente era chamado a decidir questões não técnicas

⁶⁴ LAMBERT, Francis. **Tendências da Reforma Administrativa no Brasil**, in Revista da Administração Pública, vol. 4, nº1, 1º semestre de 1970, p. 141.

e acabou por se tornar um superministério não oficial largamente antipatizado pela sua arrogância e inflexibilidade de muitas de suas decisões. Esta foi a razão de sua desastrosa perda de prestígio e poder após a volta ao governo constitucional.

O fato é que o impulso modernizador do DASP não chegou a se completar, pois dele não nasceu uma Administração Pública moderna, ágil, eficiente e eficaz e, como se imaginava, indispensável ao país. Embora tenha sido uma experiência que produziu avanços importantes, não corrigiu as contradições básicas da vida administrativa estatal.

O governo de Juscelino Kubitschek (1955 a 1960) iniciou algumas reformas descentralizadoras, criando a Comissão de Simplificação Burocrática e a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos. Na área econômica, foi criada a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, o Conselho de Política Aduaneira e o Conselho de Desenvolvimento. No campo administrativo nasceu a Escola Brasileira de Administração Pública, vinculada à Fundação Getúlio Vargas. A orientação da reforma era de caráter globalizante e se caracterizou pela implantação de estruturas paralelas, como comissões, grupos de trabalho e grupos de estudos, com destacada participação de membros da indústria nacional. Adequava-se a Administração Pública aos objetivos do Plano de Metas do Governo, que visava à industrialização acelerada e investimento de capital estrangeiro.

É inegável que a Administração Pública Brasileira, depois de 1930, conseguiu realizar um trabalho positivo de racionalização do serviço público, principalmente na reforma dos seus meios, concentrando-se num esforço de mudança voltado para dentro da própria Administração. Adotavam os princípios de Henry Fayol ⁶⁵, na organização, coordenação e controle da Administração Pública. Essas funções foram perseguidas e desejadas pelos reformadores da época, reclamando para seu desempenho eficaz, uma sólida formação

⁶⁵ FAYOL, Henry. Apud NASCIMENTO, Kleber. **Reflexões sobre a estratégia da reforma administrativa: a experiência federal brasileira** – Revista da Administração Pública – Rio de Janeiro: 1967, vol 1, nº 1, p. 13 e segs..

profissional dos responsáveis pelos serviços públicos baseados no pressuposto de que a melhoria dos agentes públicos implica melhoria na Administração Pública. Parte daí a explicação para a introdução do sistema de mérito⁶⁶.

1.3 O Estado burocrático autoritário

A década de 1950 não foi tão pródiga para a Administração Pública como a anterior, tendo sido o seu mais importante resultado a consolidação de uma opinião favorável ao planejamento econômico e à necessidade de adoção de políticas planificadas na esfera governamental. Segundo Wahrlich⁶⁷:

... a maior parte dos esforços de reforma administrativa não logrou aprovação formal. Apesar disso, durante aquele período, desenvolveram-se diversos estudos, que acabaram resultando em medidas concretas no campo da organização e funcionamento governamentais. Alguns desses estudos (1951-1953) referiam-se a um realinhamento e a um reagrupamento geral de departamentos executivos (ministérios), conselhos e comissões; à descentralização gerencial em todos os níveis, com o fortalecimento do papel dos ministros na relação com o primeiro mandatário; e uma revisão completa dos procedimentos contábeis e de auditoria.

Bresser Pereira⁶⁸ analisa que, durante o longo período que vai aproximadamente dos anos 30 aos anos de 1970, verificou-se uma palpável inconsistência entre as novas tarefas assumidas pelo Estado e o ritmo acelerado do progresso técnico em todas as áreas, por meio de reformas parciais ou de, simplesmente, desobediência aos princípios burocráticos que procuraram integrar a administração pública às novas realidades. Uma dessas reformas intermediárias foi a Reforma ocorrida em países em desenvolvimento, nos anos de 1960 a 1970. Esses anos coincidem, em parte, com o golpe militar de março

⁶⁶ NASCIMENTO, Kleber. **Reflexões sobre a estratégia da reforma administrativa**: a experiência federal brasileira – Revista da Administração Pública – Rio de Janeiro, vol 1, nº 1, p. 13 a 50, Janeiro/junho, 1967.

⁶⁷ WAHRLICH, Beatriz. **A reforma administrativa no Brasil; experiência anterior, situação atual e perspectivas** – uma apreciação geral. RAP. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 18 nº 1, jan/mar 1984, p. 49.

⁶⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. Brasília: ENAP, Editora 34, 2002, p.20.

de 1964, que derrubou o Presidente João Goulart e implantou a ditadura militar, começando uma nova fase administrativa no Brasil.

As forças hegemônicas dirigentes do golpe militar foram as Forças Armadas, que passaram a exercer o controle do aparelho do Estado, transformadas, que foram, em foco de poder político e de controle burocrático. O Estado liquidou ou controlou as organizações de classe (sindicatos e partidos) e os meios de expressão de oposição (Congresso e imprensa), assegurando uma política econômica que, às custas do sacrifício dos trabalhadores (arrocho salarial), de parte da classe média (servidores públicos), manteve a exclusão social e econômica que herdara do regime anterior e permitiu a reconstituição dos mecanismos de acumulação. A constituição de 1967 criou os mecanismos para que isto acontecesse e obrigou a uma modernização do aparelho do Estado e a adoção de políticas econômicas claramente favoráveis à ação empresarial.⁶⁹

O reformismo só reapareceu em 1967, já em pleno regime autoritário militar, cuja melhor expressão foi o Decreto-lei nº 200, que, de certa forma, representou a mais consistente tentativa de retomar a idéia de uma reforma administrativa programática e planejada. Alguns princípios estratégicos apoiaram o novo estatuto como: planejamento, descentralização, coordenação e controle. Estimulava a expansão das empresas estatais e de pessoas jurídicas independentes, como as fundações e as autarquias “semi-independentes”⁷⁰. O referido Decreto-lei procurou estimular o sistema de mérito e buscou fixar diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos⁷¹.

Os governos militares, iniciados com Humberto de Alencar Castelo Branco, enfatizaram o centralismo político e consolidaram a intervenção do Estado no setor produtivo mediante a expansão da administração indireta,

⁶⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. **Autoritarismo e Democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, R 1975 p. 178 e segs.

⁷⁰ NOGUEIRA, Marcos Aurélio, analisando o Decreto lei 200, considerou, como órgãos independentes as Fundações Públicas e as Autarquias, como semi-independentes. As possibilidades da Política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 100.

instituída na forma do Decreto Lei 200 de 1967, que permitiu o crescimento das autarquias, das empresas públicas, a criação de sociedades de economia mista e das fundações. Embora a reforma burocrática ainda tivesse sendo completada no Brasil, já era sentido que a utilização dos rígidos princípios da administração pública burocrática constituíam-se em empecilho ao desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido o Decreto-lei 200 significou um instrumento de reforma que procurou substituir a administração pública burocrática por uma administração para o desenvolvimento, podendo-se considerar que representou a primeira tentativa de reforma gerencial da administração pública brasileira, em razão de representar uma tentativa de superação da rigidez burocrática.⁷² Nos seus objetivos e no tratamento que foi dado à Administração Pública, tentou-se superar a rigidez burocrática dando ênfase à descentralização por meio da autonomia da administração indireta, do planejamento, do orçamento, da descentralização e do controle de resultados. Para as pessoas jurídicas descentralizadas foi adotado o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Wahrlich⁷³ comenta a implantação do Decreto lei 200 no período autoritário:

Porém, como que a indicar os limites do reformismo em situações políticas autoritárias, o Decreto lei nº 200 iria impor, de modo unilateral, a ativação de uma nova administração pública através não só de "expedientes" concorrências (como nos anos 50), mas também da montagem de verdadeiras estruturas paralelas (empresas estatais, fundações, autarquias), a partir das quais se imaginava possível compensar as defasagens da administração direta. A essas estruturas paralelas foi concedida grande liberdade em matéria de política de pessoal, sem maiores vínculos com o sistema de mérito, que acabou por ser fortemente abalado.

⁷¹ NOGUEIRA, Marcos Aurélio. **As Possibilidades da Política** – Idéias para a reforma democrática do Estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998 p.98 e segs.

⁷² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano Diretor da Reforma do Estado - Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília: MARE, 1997, p. 13.

⁷³ WAHRLICH, Beatriz. **A reforma administrativa no Brasil; experiência anterior, situação atual e perspectivas** – uma apreciação geral. Rio de Janeiro: RAP. Revista de Administração Pública, 1984, V. 18 nº 1, jan/mar, p. 53.

Resquícios do patrimonialismo perduraram durante a vigência do Decreto-lei 200, quando ainda era permitida a contratação sem concurso público. A reforma administrativa embutida no Decreto-lei não se completou. Durante o período autoritário, a Secretaria de Planejamento (SEPLAN) assume o papel centralizador de todo o sistema de planejamento, contabilidade e controle interno. Salienta-se nestas duas décadas tendências marcantes e opostas: o centralismo, com a concentração de poderes e recursos em nível federal e a descentralização em nível administrativo, para tornar eficientes as organizações públicas frente às novas demandas econômicas, tendo como consequência o surgimento de um novo quadro burocrático, altamente qualificado, a tecnoburocracia, que contrastava com o núcleo tradicional da burocracia.

O Decreto-lei nº 200/67 foi produto da lógica da nova fase da vida administrativa brasileira iniciada em 1964, pois acompanhava as linhas gerais e específicas do projeto autoritário, especialmente no aspecto que tentava maior agilidade, eficiência e flexibilidade à administração sendo capaz de atender às exigências de um novo ciclo de expansão econômica. Houve um notável crescimento da administração indireta, posteriormente tomada, perante o conjunto da Administração Pública. A expansão da administração indireta deveu-se a fortes estímulos governamentais, na perspectiva de adequar o Estado ao desenvolvimento. Tratando-se de um governo autoritário, verificou-se que o esforço reformador redundou em uma ampliação unilateral e exagerada que alcançou a cifra, em 1981, de 530 entes indiretos, fazendo com que o crescimento da administração indireta acarretasse uma administração direta enfraquecida e até marginalizada.⁷⁴

Da análise feita conclui-se que, no descobrimento do Brasil e nos anos que seguiram, não se falava em Direito Administrativo nem em Administração Pública, no sentido que se tem hoje. As normas vigorantes tinham caráter essencialmente privado. O século XX pode ser considerado como o século do

⁷⁴ MARCELINO, Gileno Fernandes. Apud Nogueira, Marcos Aurélio. **As Possibilidades da Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998 p. 101.

Constitucionalismo, quando o Direito Constitucional tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do Direito.⁷⁵ Acostumado a um certo isolamento doutrinário, o Direito Administrativo não ficou imune ao avanço do Constitucionalismo, principalmente depois da segunda guerra mundial, quando, então, o desenvolvimento da jurisprudência constitucional, na Europa Continental, forçou a adaptação da jurisprudência administrativa. Entrou em declínio o modelo que havia feito do juiz administrativo a principal fonte de produção do direito público.⁷⁶ A supremacia do Direito Administrativo deu lugar à supremacia do Direito Constitucional. Para Chevalier⁷⁷, não houve crise no Direito Administrativo como se propala; a influência do Direito Constitucional trouxe-lhe, ao invés de prejuízos, benefícios. Se o Direito Constitucional passou a influenciar o Direito Administrativo, o inverso também é verdade.⁷⁸

⁷⁵ MEDAUAR, Odete, **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44-60

⁷⁶ CHEVALIER, J. Jacques. **Lê Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitucional**. In: Chevalier, Jacques et al. **Lê Droit Administratif em Mutation** (obra coletiva). Paris: PUF, 1993, p.7.

⁷⁷ Id. Ibid. 1993, p. 27 a 31.

⁷⁸ No Brasil, a disciplina jurídica—Direito Administrativo surgiu logo depois da criação dos Cursos Jurídicos de Olinda e São Paulo como regime jurídico da Administração Pública. O Decreto-lei 200/67, que instituiu uma reforma na Administração Pública, criou as empresas públicas e as sociedades de economia mista, a serem instituídas segundo as regras do Direito Privado inserindo na Administração Pública e conseqüentemente no Direito Administrativo brasileiro, pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público ou exploradora de atividade econômica, como integrantes da administração indireta e inaugurando, a adoção do regime jurídico de Direito Privado na Administração Pública.

2 A REFORMA GERENCIAL DOS ANOS DE 1990

2.1 O Cenário da Reforma

A globalização econômica provocou, nas três últimas décadas, grandes discussões que envolveram as novas configurações geopolíticas e suas repercussões no mundo capitalista periférico. O globalismo é resultado e condição de inúmeros processos sociais, econômicos, políticos e culturais, sintetizados, geralmente, no conceito de globalização. É produto de um complexo de forças que atuam em diferentes níveis da realidade, em âmbito local, nacional, regional e mundial. O surgimento dessas forças possui raízes diferentes, umas com o nascimento do capitalismo, enquanto outras surgem com o colonialismo e o imperialismo, manifestando-se na formação dos monopólios, dos cartéis e trustes e corporações transnacionais. Pode ser visto como produto e condições de uma ruptura histórica de amplas proporções que ocorre nessa época. As transformações que estão ocorrendo no mundo podem ser entendidas como uma ruptura histórica de certa forma drástica e geral com implicações práticas e teóricas fundamentais.⁷⁶

A globalização expressa um novo círculo de expansão do capitalismo, tanto como modo de produção quanto como processo civilizatório de alcance mundial. Trata-se de um processo de amplas proporções que envolve nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações que assinala a emergência da sociedade global, como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória.

⁷⁶ IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999 p. 183 e segs.

Diz respeito a uma realidade ainda pouco conhecida, mas que desafia práticas e ideais, situações consolidadas e interpretações sedimentadas, formas de pensamento e vôos de imaginação.⁷⁷

Para Singer⁷⁸, o processo de globalização é um dado que caracteriza a nova fase do capitalismo mundial no final do século XX e identifica dois lados antagônicos desse processo: a globalização negativa e a globalização positiva e que provoca um posicionamento do Estado. A globalização positiva conduz à internacionalização da economia, com medidas protecionistas aos setores econômicos locais, enquanto, a globalização negativa provoca perdas substanciais para determinadas sociedades, uma vez que o Estado é capturado por interesses hegemônicos do capital internacional.

Em um cenário globalizado, a força das discussões sobre a conformação do Estado e seu papel dá-se em um cenário geopolítico mundial. Compreender o Estado nacional no contexto desse sistema é compreender, a dinâmica fundamental de uma sociedade complexa, heterogênea e em constantes modificações.⁷⁹ As teorias políticas sobre o Estado estão sempre permeadas pelas dimensões econômicas ou ideológicas e sempre predominando uma sobre a outra. Essas predominâncias podem ser demonstradas por meio das concepções liberais, cuja primazia é a dimensão econômica e a política-ideológica, centralizada na explicação da natureza do Estado e do seu papel na relação com a sociedade.

Discute-se um novo modelo de Estado como uma saída para a profunda crise estrutural do capitalismo, resultante de dimensões de natureza interna, polarizadas nos eixos público – privado, e de dimensões externas - a globalização, discussão que se trava considerando-se as particularidades de

⁷⁷ Id. Ibid., 1999, p. 11.

⁷⁸ SINGER, P. Globalização Positiva e globalização negativa: a diferença e o Estados. São Paulo: Novos Estudos, CEBRAP, 1977, n. 4, 1977. p. 39 e segs.

⁷⁹ CARNOY, M. Estado e Teoria Política. 2. ed. Trad. PUCCAMP. Campinas: Papirus, 1988, n. 4, p. 39/65.

cada país com suas sucessivas políticas de reajuste de natureza inflacionária, que conduzem à racionalização das demandas sociais. As demandas sociais cada vez maiores e mais contidas, avolumadas por antigas aspirações não atendidas e o estado de descrença da população levam a processos de pressão e de tensão social, notadamente nos países de capitalismo periférico, que agravaram a chamada “crise de governabilidade”.⁸⁰

Em sentido amplo, a capacidade governativa não seria mais avaliada apenas em função dos resultados das políticas governamentais, passando, então, a significar a forma pela qual o governo exerce seu poder. Atribui-se relevância à questão dos procedimentos e práticas governamentais na consecução de suas metas. O formato institucional do processo decisório vira instrumento de análise, assim como as articulações público-privado na formulação das políticas, ou ainda a abertura maior ou menor para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder.⁸¹

A discussão sobre a reforma do Estado brasileiro ocorre nesse contexto e quando a temática é discutida em quase todos os países, dando-se enfoque específico de acordo com suas realidades políticas e sócio-econômicas. Discute-se a participação do Estado na economia e na produção de bens e o tamanho de sua estrutura de serviços e burocrática. Laurel⁸² analisa a crise entendida como a falência do Estado interventor e provedor, dizendo que a solução consiste na reconstituição do mercado na competição e no individualismo. Significando por um lado a eliminação da intervenção do Estado na economia, tanto nas funções de planejamento e condução, como enquanto agente econômico direto, por meio

⁸⁰ Id. Ibid; 1988, p. 68.

⁸¹ DINIZ, E. **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado**: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. In DINIZ, E.; Azevedo, S. Organizador. **Reforma do Estado e Democracia no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1977, p. 19 e segs.

⁸² LAUREL, A.C. **Avançando em direção ao passado**: a política social do neoliberalismo. 2. ed. In LAUREL, A. C. Org. **Estado e políticas sociais do neoliberalismo**. São Paulo: 1995. Cortez/CEDEC, Tradução de Rodrigo Leon Contrera, p. 78 e 151.

da privatização e desregulamentação das atividades econômicas, por outro lado, as funções relacionadas com o bem-estar social devem ser reduzidas.⁸³

A América Latina incorporou-se à globalização econômica no final da década de 1980 mediante mecanismos de controle externos de investimentos que, por sua vez, foram resultantes das sucessivas crises da política de juros. Desses países foram exigidas políticas de ajustes macroeconômicos, viabilizadas pela reforma do aparelho do Estado, caracterizado pelas privatizações de patrimônios estatais e pela ruptura de políticas públicas universalizantes, objetivando atrair capitais internacionais que favorecessem o crescimento econômico. Foram essas as principais medidas de cunho neoliberal que se denominou "consenso de Washington".⁸⁴

A partir de Clinton, nos EUA, e Blair, na Grã-Bretanha, nos anos de 1990, pode-se dizer que novas forças sociais entraram em cena, cujos discursos críticos aos modelos econômicos e à concepção de Estado da década anterior promoveram mudanças no ideário de Estado mínimo para a necessária reconstrução do aparelho estatal e de sua relação com a sociedade. Dupas⁸⁵ esclarece que se estabeleceu, fundamentalmente, o ideário da co-responsabilidade na produção de riquezas e de satisfação das necessidades sociais, no qual a principal função desse novo Estado é oferecer oportunidades iguais para todos, mediante políticas econômicas, educacionais, de estímulo ao mercado e de incentivos a parcerias com a sociedade civil, no enfrentamento das iniquidades sociais.

⁸³ Id. Ibid. 1995, p. 178.

⁸⁴ SOARES, L. T. R. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999, p. 54.

Sobre o assunto ver FIORI, J.L. O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista. Rio De Janeiro, EDUERJ, 1995.

⁸⁵ DUPAS, G. **Em busca da "terceira via"** apud RATTNER, H: **Brasil no limiar do século XXI: alternativas para a construção de uma sociedade sustentável**. São Paulo: Edusp, 2000.p. 71-83.

A centralidade estatal que se verificou nos anos 90 ocorreu, como nos adverte Evans,⁸⁶ quando a emergência da "terceira onda", caracterizada por um Estado forte, tomou força, por meio de instituições estáveis e efetivas, tanto às funções de coordenação e regulação do interesse público, diferentemente do Estado instrumento de desenvolvimento social, ("primeira onda"), e protetor do direito de propriedade ("segunda onda").

O Estado que está se configurando apresenta forte influência da esfera privada, pela ação de mecanismos de mercado consubstanciados em competitividade, controle de custos, flexibilidade administrativa em relação à contratação e demissão de recursos humanos, dentre outros. O novo Estado que se apresenta, parte da idéia reducionista, baseada em lógica administrativa que considera a reforma do Estado uma questão gerencial, sem levar em consideração que a função do aparelho do Estado é atender os interesses da sociedade e estimular a ação de outros setores da sociedade para a realização desses mesmos interesses. A concepção do Estado Gerencial pressupõe assim uma estrutura técnica racional que o torna mais ágil no desempenho de suas funções e mais eficaz, em face das novas demandas decorrentes da reordenação política e econômica.

Di Pietro⁸⁷ analisa o aspecto ideológico como a verdadeira mudança na concepção do Estado e da Administração Pública. Não se quer mais um Estado prestador de serviços, e sim, um Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada, quer-se a democratização na Administração Pública, e pergunta sobre o que muda na realidade, ao que ela mesma responde:

(...) o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta

⁸⁶ EVANS, P. **O Estado como problema e solução**. Rio de Janeiro: Lua Nova, 1992. n 28/29, p.107 e segs.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo Editora Atlas, 2002. p.16.

e pela colaboração entre o público e o privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.

Esse novo Estado, de ideário inglês e norte-americano, teve seu início na Inglaterra nos anos de 1980 e preocupa-se com a eficácia e a eficiência frente às novas demandas políticas e sociais da globalização; é mais gerencial que executor. Incorpora ao setor público um conjunto de conceitos e técnicas gerados nas empresas privadas e, como demonstram Ferlie, Asburner, Fitzgerald e Pettigrew,⁸⁸ até o momento, apresenta os quatro modelos seguintes:

Modelo 1 - caracteriza-se pela ênfase ao controle contábil-financeiro e à desregulamentação das relações de trabalho. Teve hegemonia na primeira metade da década de 1980;

Modelo 2 - (downsizing) - caracterizado pela política de redução de recursos humanos e dos postos hierárquicos das empresas; enfatiza a terceirização de unidades de serviços, estabelecendo contratos de gestão; é um modelo em franca expansão.

Modelo 3 - modelo de transição que sofre influência das escolas de administração de recursos humanos e enfatiza a cultura organizacional.

Modelo 4 - conhecido por sua orientação para o serviço público. Aparece a partir da década de 1990. Enfatiza o gerenciamento da qualidade total, a definição da missão da organização e a defesa da participação comunitária, visando à qualidade dos serviços oferecidos.

⁸⁸ FERLIE, E.; ASBURNER, L.; FITZGERALD, L; PETTIGREW, A. **A nova Administração Pública em Ação**. Trad. Sara R. F. Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília/ENAP, 1999, p. 19.

No entendimento de Osborne e Gaebler,⁸⁹ essa forma ou qualidade de governo é voltada ou orientada para o mercado, cuja ação governamental passa o estímulo, a promoção e a delegação de responsabilidades, antes estatais, para empresas e organizações com ou sem fins lucrativos, mediante regras estabelecidas, que prevêm a intervenção do Estado para corrigir desvios que levam à desigualdade de oportunidades para os cidadãos. Nesse contexto, o movimento de Reforma do Estado tem a ver com a questão da gestão pública como ideário de regulação. A mudança que mais se sobressai é a presença da função reguladora, a que Reed⁹⁰ chamou de “conjunto de processos racionais que visam a atingir objetivos instrumentais por meio da mobilização de tecnologias organizacionais eficientes”.

Dentro das tendências e mudanças mundiais nas relações entre o Estado e a sociedade, a reforma do Estado brasileiro e da Administração Pública fundamentou-se na discussão sobre a capacidade de gestão do Estado contemporâneo. Para reformar o Estado brasileiro, tornava-se preciso fazê-lo forte, competente e universalizante, a fim de que regulasse as relações sociais e fortalecesse a democracia. Essa proposta reformadora dos anos de 1990 foi apresentada no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, quando Bresser Pereira⁹¹, então Ministro de Estado, esboçou o projeto de reforma. A apresentação do Plano Diretor de Reforma do Estado e da Administração ao Congresso ocorreu em um momento favorável, em razão do momento pós-eleitoral e da estabilização econômica então verificada.

⁸⁹ OSBORNE, D. GAEBLER, T. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 10 ed. trad. Sérgio F.G. Bath; Ewandro Magalhães Jr. Brasília: MH Comunicação, S.d. p.198.

⁹⁰ REED, M. **Sociologia da Gestão**. Trad. Manuela Reis, Oeiras: Brasília: Celta Editora, 1997, p. 27.

⁹¹ Sobre todo o contexto da Reforma ler as obras de **Bresser Pereira** sobre o tema como: **Reforma do Estado para a Cidadania**, ENAP, editora 34; **Do Estado Patrimonial ao Estado Gerencial**. 2001. Reforma do Estado dos anos 90 – *Lógica e Mecanismos de Controle* – caderno 1 – Brasília – DF/1997. **Plano Diretor da Reforma do Estado - Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília: MARE, 1997, **A Reforma do Estado nos anos 90. Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília, MARÉ, 1997. **Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na perspectiva Internacional**. Brasília ENAP, Editora 34, 1998.

Buscou-se implantar uma Administração Gerencial, modelo que, segundo o Plano Diretor de Reforma, emergiu na segunda metade do século XX, como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e o Desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial.⁹² A metodologia da reforma privilegiava a lógica privada e a procedência da razão econômica, conforme opinião de Bresser Pereira,⁹³ para quem a crise do Estado brasileiro pode ser caracterizada, frontalmente, por 1º. crise econômica; 2º. Política; 3º. Fiscal e 4º da administração pública burocrática.

Os intelectuais da Reforma, comandados por Bresser Pereira e contando com Kate Yenkis, Carlos Pimenta, Regina Silva Pacheco, Paulo Modesto, Evelyn Levy, Letícia Schwarz, Frederico Raphael, entre outros, distinguiram quatro setores do Estado⁹⁴ para que se refere:

1- Núcleo Estratégico: correspondente ao governo, em sentido lato. Setor que define as leis e as políticas públicas e cobra seu cumprimento. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público. No Poder Executivo, ao Presidente e aos seus Ministros e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulações das políticas públicas;

2- Atividades Exclusivas: nos quais são prestados os serviços que só o Estado pode realizar, os poderes de fiscalizar, fomentar e regulamentar;

3- Serviços não-exclusivos: setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas;

⁹² BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: 1995, Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado, 1995, p. 51.

⁹³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado Patrimonial ao Estado Gerencial**. Brasília: ENAP, 2001. p. 10.

⁹⁴ BRASIL. **Plano Diretor De Reforma Do Aparelho Do Estado** - Presidência da República - Câmara de Reforma do Estado. Brasília: 1995, p. 52 e 53.

4- Produção de bens e serviços para o mercado: Corresponde à área de atuação das empresas nas atividades econômicas voltadas para o lucro e que ainda permanecem no aparelho do Estado.

No esforço de concretizar a proposta de mudança institucional, o plano diretor da reforma estabelecia as seguintes metas: 1- Fortalecer o núcleo estratégico mediante a implementação de política de capacitação técnica e de plano de cargos para burocracia desse núcleo; 2- Criar agências executivas e regulatórias para o setor de atividades exclusivas do Estado, órgãos com autonomia administrativa e regidos por contrato de gestão; 3 - Tornar públicas as atividades não-exclusivas do Estado, mediante a criação das Organizações Sociais, também regidas por contrato de gestão; 4- Privatizar o setor destinado às atividades de produção.⁹⁵

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado teve sua aprovação precedida de reforma constitucional, (Emenda 19), que alterou substancialmente a Constituição. Os principais pontos dessa reforma podem ser assim resumidos:

- 1- revisão das regras da estabilidade dos servidores;
- 2- controle de gastos e equilíbrio das contas públicas;
- 3- novos critérios para fixação da remuneração dos cargos públicos;
- 4- extinção do regime jurídico único e desregulamentação das normas de admissão;
- 5- profissionalização da função pública;

⁹⁵ BRASIL. **Os avanços da reforma da Administração Pública**. Brasília: MARE, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995-1998, p. 5.

6- desenvolvimento da gestão pública, no sentido de controle social dos órgãos públicos, estabelecimento e incorporação de instrumentos técnicos no gerenciamento desses órgãos, como efetividade, eficiência e qualidade na prestação dos serviços. Nessa perspectiva gerencial assiste-se à transferência dos serviços e bens públicos às instituições não estatais;

7- ampliação da autonomia da gestão da administração indireta formulada;
e,

8- alteração das leis que disciplinam a licitação para aquisição e contratação pela Administração Pública.⁹⁶

As Organizações Sociais foram implantadas nesse contexto de inovação institucional e de gestão, consideradas, ao lado das agências reguladoras e das agências executivas, como entes apropriados para exercerem as novas funções no ideário do movimento reformista. Na visão do Plano de Reforma, o propósito mais genérico estava na possibilidade de se permitir e incentivar a publicização, como sinônimo de produção não-lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não exclusivos do Estado. Na instituição das Organizações Sociais, foram objetivadas pelo Plano Diretor as transferências dos serviços não exclusivos do Estado, possibilitando a absorção das competências de órgãos e pessoas estatais, gerando maior autonomia e flexibilização, bem como responsabilizando mais os seus dirigentes. O serviço prestado teria visão junto do cidadão-usuário e a sociedade exerceria maior controle social e finalmente estaria estabelecida uma maior parceria entre o Estado e a Sociedade baseada em resultados. O Estado continuaria a financiar as atividades públicas, absorvidas pelas Organizações Sociais, e esta seria responsável pelos resultados pactuados no contrato de gestão.

⁹⁶ BRASIL. **Reforma Administrativa**: A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1988. Brasília: MARE -Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 8.

2.2 Reforma Gerencial como uma resposta para a crise do Estado

A crise econômica que se manifestou nos anos de 1980, teve suas causas formadoras nos anos de 1970, provocando sérias conseqüências para os países em desenvolvimento. Segundo Bresser Pereira⁹⁷, se a grande depressão americana dos anos 30 decorreu do mau funcionamento do mercado, a crise de 80 decorreu do colapso do Estado Social, que passou a ser combatido e questionado. James O` Connor⁹⁸ desenvolveu a teoria da crise fiscal do Estado Social, entendendo representar contradições próprias do Estado capitalista o dever de se preocupar, a um só tempo, com a acumulação de capital e a sua legitimação; deve garantir e incentivar o sistema econômico capitalista e ao mesmo tempo executar uma série de políticas públicas de cunho social para legitimar-se. Há assim uma contradição entre a acumulação de capital e as despesas sociais, o que dá surgimento a crises econômicas, políticas e sociais em face do crescimento dos gastos estatais que não acompanham a capacidade de financiamento do Estado. Essa cor do globalismo trouxe em seu contexto a perda da autonomia dos Estados nacionais e as políticas econômicas voltadas para o desenvolvimento deixaram de ser efetivas. A proteção à concorrência foi esvaziada e surge a necessidade, não mais de intervenção protetora, mas estimuladora das empresas para uma competição generalizada.

A crise econômica que se faz sentir nos anos de 1980 teve entre suas causas a crise do Estado, muito embora não se houvesse logrado êxito com a forma de Estado que se dizia interventor, mas que, no entanto, nunca teve essa função delineada de uma forma muito clara e que muitas vezes apresentou-se como um fator de estagnação e obstaculizador do crescimento; os Estados nacionais, que deveriam atuar como fator de desenvolvimento, uma vez que previam o intervencionismo estatal, na realidade não conseguiram se

⁹⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado dos anos 90 – Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: 1997 – caderno 1. p. 9.

⁹⁸ O`CONNOR, James, **The Fiscla Crises of The State**: New York: St. Martin`s Press, 1973, p. 6 e segs. 40 e segs.

desincumbir desse objetivo. O Estado, que deveria ser regulador e coordenador da atividade econômica testemunhou uma grande crise que provocou a redução das taxas de crescimento.

Bresser Pereira⁹⁹ analisa que essa crise do Estado está associada, de um lado, ao caráter cíclico da intervenção estatal e, de outro, ao processo de globalização, que reduziu as autonomias políticas, econômicas e sociais dos estados nacionais. O Estado intervencionista não logrou êxito na tentativa de ser um fator de desenvolvimento, pelo contrário, entrou em crise fiscal, perdeu o crédito público e decresceu a sua capacidade de gerar poupança. Se no passado o Estado foi capaz de induzir, de certa forma, o crescimento, agora se depara com distorções provocadas pela captura dos investimentos para atendimento de interesses especiais da classe média, de burocratas e de empresas e o esgotamento da capacidade de poupança das esferas estatais. O predomínio dos interesses privados, a ineficiência da máquina burocrática e o desequilíbrio entre as demandas da população e a incapacidade do Estado em atendê-los desencadearam a referida crise que se convencionou chamar de crise fiscal.

Inicialmente a crise aparece como crise da dívida externa e progride para a perda da autonomia financeira, desencadeando uma quase imobilidade do setor público. A crise fiscal é apenas uma passagem para a crise de governança,¹⁰⁰ o passo seguinte é a hiperinflação e o Estado perde a capacidade de intervenção, o que representa um obstáculo ao desenvolvimento.

⁹⁹ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania** – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. ENAP, Editora 34, Brasília: 2002, p. 35.

¹⁰⁰ GOVERNANÇA: Sérgio de Azevedo em matéria publicada em Municípios, (Jornal O Tempo) intitulada **Federalismo e Reforma do Estado: resultados preliminares de Pesquisa**, citando Marcos André Melo e Eli Diniz, comenta que a maioria dos cientistas políticos brasileiros têm traduzido o termo inglês “governance” por governança. Enquanto o conceito de governabilidade estaria ligado às condições sistêmicas sob as quais se dá o exercício do poder (sistema político, forma de governo, relações entre os poderes, sistemas partidários etc), ou seja, aos condicionamentos do exercício da autoridade política, governança significaria o modo de uso dessa autoridade. Afirma que, na sua atual acepção, o conceito de “governance” (governança) não se limita à capacidade administrativa do Estado e “a maior ou menor eficácia da máquina estatal na implementação de políticas públicas, mas envolveria também o sistema de intermediação de interesses especialmente no que diz respeito às formas de participação dos grupos organizados da sociedade no processo de definição e acompanhamento e implementação de políticas pública.

O processo de globalização mundial impõe uma pressão adicional para o Estado que agora se depara com um cenário competitivo internacional e uma organização da produção em nível mundial, patrocinada por grandes multinacionais. Credita-se à globalização uma dupla pressão sobre o Estado: de um lado, o novo desafio, de proteger o cidadão está em cheque. De outro, exige-se que o Estado seja mais forte para enfrentar o desafio de se tornar também mais barato e mais eficiente na realização de suas tarefas, para aliviar o seu custo sobre as empresas que concorrem em um cenário internacional¹⁰¹.

A reforma buscou dotar os Estados de uma nova governança, capaz de enfrentar a crise fiscal e dotar o Estado de uma nova forma de intervenção econômica e social mais adequada ao capitalismo global. Essa nova forma de intervenção não se dará por meio da produção direta de bens e serviços para o mercado por empresa ou órgãos públicos, mas mediante a formulação de normas reguladoras dos diversos mercados, capazes de corrigir falhas, objetivando a construção de um desenho institucional propiciador de uma rede de estímulos eficazes ao comportamento produtivo e essencialmente benéfico pelos seus agentes.¹⁰²

Na busca para a saída da crise, mobilizaram-se diversos instrumentos de natureza política e administrativa como: flexibilização das rotinas burocráticas, autonomia organizacional, incentivo à organização, descentralização, gestão de resultados, administração voltada para o cliente, negociação de metas e índices de desempenho entre as agências estatais e utilização de mecanismos de mercado na prestação de serviços públicos.

¹⁰¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania** – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. Brasília: ENAP, Editora 34, 2002 p. 15.

¹⁰² BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado**: Entre eficiência e democratização. São Paulo: Barueri:- Manole. 2003 p.152.

A Reforma Gerencial, de acordo com documento publicado pelo Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento, CLAD,¹⁰³ assegura os mecanismos necessários ao aumento da eficácia, eficiência e efetividade da administração pública, além de criar novas condições que possibilitem tornar mais democrática a relação entre o Estado e a sociedade. A reforma nos países sul-americanos, apesar das características comuns àquelas realizadas em outros países, não obedecem no entanto ao mesmo paradigma, por exemplo, das reformas implantadas em países europeus. Norman Flynn e Franz Strehl¹⁰⁴, em estudo comparado das reformas em sete países europeus, Suécia, Grã-Bretanha, Holanda, França, Alemanha, Áustria e Suíça, concluíram que, apesar das diferenças ideológicas e na concepção de algumas reformas, há uma linha comum baseada no modelo gerencial.

A reforma gerencial tem como inspiração o setor privado, principalmente aquelas empresas que aboliram a forma burocrática piramidal de administração e, conseqüentemente, diminuíram os níveis hierárquicos e flexibilizaram a gestão, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes. O modelo Gerencial, de inspiração privada, teve de sofrer um processo de adequação ao contexto político democrático no qual está inserido o setor público. A opção pelo modelo gerencial foi justificada pela necessidade de maior eficiência, democratização do serviço público e flexibilização organizacional para fugir do paradigma organizacional da administração burocrática. A reforma gerencial é uma modificação estrutural no parêntese do Estado e não mera implantação de uma forma de gestão. Mudam-se os incentivos institucionais do sistema para transformar as regras burocráticas mais gerais, buscando adoção de estratégias mais adequadas.

¹⁰³ CLAD. **Uma Nova Gestão para a América Latina**. Revista do CLAD, disponível em <http://www.clad.org.ve/gesppo.html>. Acesso em 17/10/02.

¹⁰⁴ FLYN, Norman e STREHL, Franz, **Uma nova Gestão para a América Latina**. In Revista do Clad. Lima: 2002, p. 14.

A opinião do CLAD, manifestada em documento preparado pelo seu Conselho Científico e aprovado pelo seu Conselho Diretor, que é composto por autoridades governamentais dos 25 países membros,¹⁰⁵ é a de que:

A implantação de uma reforma institucional não implica, porém, a criação de um extenso e detalhado arcabouço de regras jurídicas. Essa é a tradição latino-americana – na verdade, ibero-americana-, cujos resultados tem sido perversos, criando um Direito Administrativo extremamente rígido que atrapalha a flexibilização da Administração Pública, importante requisito da Reforma Gerencial do Estado. Além do mais, o formalismo administrativo vigente na América Latina tem instaurado uma "poluição legal" que pode significar, na verdade, o primado do informalismo, isto, é o comportamento burocrático real não corresponde ao universo jurídico estabelecido, favorecendo assim o estabelecimento de máfias administrativas ou de ineficiência generalizada. O sucesso das mudanças institucionais rumo ao modelo gerencial depende, primeiro, da criação de regras claras que modifiquem os incentivos à atuação dos atores, o que, em suma, constituir-se-ia em um novo contrato entre os políticos, os funcionários públicos e a sociedade. É preciso, ainda, uma aplicação contínua das reformas, monitorando-as e estabelecendo junto à burocracia uma nova cultura administrativa. Desse modo, transformação das regras e da cultura administrativa fazem parte de um mesmo processo .

Os modelos gerenciais de administração pública podem apresentar características comuns como um caráter estratégico e orientado para um resultado do processo decisório; descentralização; flexibilidade; desempenho crescente; competitividade interna e externa; direcionamento estratégico; transparência e responsabilidade pelos resultados (*accountability*), entre outros¹⁰⁶.

2.3 Publicização e Organizações Sociais

A proposta governamental de reforma do Aparelho do Estado no Brasil adotou uma estratégia, que os teóricos da reforma chamaram de publicização, a qual objetivou implantar um instrumento de absorção dos serviços públicos não-

¹⁰⁵ Documento do CLAD, expedido pelo seu Conselho Científico, que no exercício no ano de 1998, era composto por: Luiz Carlos Bresser Pereira, Leonardo Garnier Remolo, Oscar Osziak, Joan Prats i Catalã, Adam Przeworski, Enrique Alvarez Conde e Nuria Cunnill Grau. Lima, Bolívia. P. 4.

¹⁰⁶ HOLMES, Malcom & SHAND, David. **Management Reform Some Practitioner Perspectives on the Past Ten Years.** Governance, v. 18, n.4.

estatais fomentados pelo Estado, uma nova forma de parceria. As Organizações Sociais, entes localizados entre a sociedade e o Estado, viabilizariam uma ação pública mais ágil e de maior alcance, com controle social direto e participativo. O argumento encetado para proposta e posterior adoção do referido modelo de "publicização" foi o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia, em face da constatação de que o modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil, até então, levou o Estado a desviar-se de suas funções precípua, para atuar na esfera produtiva.

A partir dessa idéia, Publicização passou a ser entendida como o "instituto" ou o conceito que tenta explicar e diferenciar o modelo das Organizações Sociais proposto para assumir as funções do setor em que se insere em relação ao setor de produção de bens e serviços para o mercado, cujas atividades exercidas por empresas estatais são passíveis de privatização. Publicização, no contexto da reforma, significa destinação de um bem público para uma instituição pública não estatal, estabelecida mediante contrato de gestão, em que são expressos os objetivos, as metas e os compromissos das partes envolvidas, possibilitando o efetivo controle pelo Estado e pela sociedade civil organizada.¹⁰⁷

O objetivo das Organizações Sociais foi permitir a "publicização" de atividades no setor da prestação de serviços não exclusivos do Estado, baseados no pressuposto de que esses serviços ganhariam em qualidade porque seriam otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientada para o cliente-cidadão mediante controle social. As atividades estatais publicizáveis seriam aquelas não exclusivas do Estado, correspondentes aos setores sobre os quais o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas, tais como educação, saúde,

¹⁰⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: MARÉ, 1997, p. 231.

cultura e proteção ambiental.¹⁰⁸ Para o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, publicização refere-se à produção não estatal de bens públicos, por entidades situadas no setor não orientado para o lucro, o terceiro setor.¹⁰⁹

Para Bresser Pereira,¹¹⁰ no capitalismo contemporâneo não estatal, as formas de propriedade relevantes não são apenas duas, como a clássica divisão do direito em Público e Privado sugere, mais quatro: a propriedade privada voltada para a realização do lucro (empresas) ou de consumo privado (famílias); a propriedade pública estatal; a propriedade pública não estatal; e a propriedade corporativa, que caracteriza os sindicatos, associações de classe e clubes. Afirma, ainda, Bresser Pereira¹¹¹, que o público não se confunde com o estatal. O espaço público é mais amplo do que o estatal, uma vez que pode ser estatal ou não estatal. Afirma também que no plano do dever-ser, o estatal é sempre público, mas, na prática, não é: o Estado pré-capitalista era, em última análise, privado, uma vez que existia para atender às necessidades do príncipe. No mundo contemporâneo, o público foi conceitualmente separado do privado, mas vê-se todos os dias as tentativas de captura privada do Estado. É público o espaço que é de todos e para todos. É estatal uma forma específica de espaço ou de propriedade pública: aquela que faz parte do Estado. É privada a propriedade que se volta para o lucro ou para o consumo dos indivíduos.

O termo público pode ser entendido como aquilo que é de todos e para todos, como, por exemplo, a coisa pública e o interesse público. Alargando esse conceito, pode-se entender, também, como relativo ao termo público, as relações de natureza econômica, política e social que interferem na produção do espaço

¹⁰⁸ BRASIL. **As Organizações Sociais**. Brasília: Cadernos do MARE n. 2. Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998 p. 13.

¹⁰⁹ Nos objetivos da implementação das Organizações Sociais proposta pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, encontram-se duas ações complementares: a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais, que seriam extintas; e a absorção dessas atividades por entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, mediante contrato de gestão.

¹¹⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: MARÉ, 1997, p. 237.

¹¹¹ Id. Ibid. p. .236 e 237.

público.¹¹² O adjetivo público vai gradativamente marcando uma mudança nestas relações, dando lugar a uma progressiva diferenciação entre o Estado, a comunidade e os indivíduos, ensejando a criação de uma nova institucionalidade que, além de tornar a gestão pública mais permeável às demandas emergentes da sociedade, também retira do Estado e dos agentes sociais privilegiados o monopólio exclusivo da agenda social.¹¹³

A visão de publicização que se relaciona com a instituição das Organizações Sociais não coincide com o aspecto jurídico, que considera se o regime jurídico aplicado à determinada instituição ou pessoa é público ou privado. A noção jurídica advém da divisão clássica do direito em público e em privado e não se refere ao regime da propriedade e sim da natureza jurídica. Saber se uma atividade é pública ou privada é mera questão de indagar sobre o regime jurídico a que se submete, se o regime que a lei lhe atribui é público, se a atividade é pública. Se o regime é de direito privado, privada se reputará a atividade, seja ou não desenvolvida pelo Estado. Em resumo: não é o sujeito da atividade nem a natureza dela que lhe outorgam caráter público ou privado, mas o regime a que for submetido, por lei.¹¹⁴

Enquanto poder instituído, o Estado define o que é público para uma determinada coletividade, em determinado momento, por meio de uma norma jurídica. Não é público aquilo que por sua natureza é intrinsecamente público, mas o que conceitua ou determina a lei. Pode-se entender, inclusive, que não necessariamente, todas as atividades desenvolvidas pelo Estado são públicas, porque dependem do seu regime jurídico. Um regime de equilíbrio comutativo entre pessoas iguais determina o regime privado, enquanto um regime de supremacia unilateral, caracteriza um regime público pela presença de prerrogativas especiais de autoridade concedida ao ente público. Em um

¹¹² CUNILL GRAU, R. **La Rearticulación de las Relaciones Estado-Sociedad: Búsqueda de Nuevos Setidos, Reforma y democracia**. Lima: 1995, p. 26–58..

¹¹³ RABOTNIKOF, Nora. **Lo Público e sus Problemas**. Madrid: 1993, Revista Internacional de Filosofía Política.

contexto social sujeito a grandes mutações, constata-se que um conceito meramente legalista não acompanha essa evolução da sociedade, e assim, a classificação do direito em público e privado tem um sentido meramente formal.

No domínio do direito privado nem sempre se verifica a igualdade. A disposição constitucional declaratória da igualdade de todos perante a lei estabelece uma igualdade relativa; não obstante, verifica-se a existência de desigualdades e até de iniquidades no espaço privado, onde predomina a competição e não a colaboração. O equilíbrio é buscado no chamado poder extroverso do Estado, do qual decorre a exigência do cumprimento de determinadas normas de conduta. Indaga-se assim sob a possibilidade de uma outra visão do conceito de público desvinculado do poder coercitivo do Estado, um regime coletivo em busca do bem comum no exercício de práticas coletivas que exerça influência sobre o Estado tendo em vista a construção da cidadania.

O regime jurídico público vincula-se a formulações de prerrogativas específicas de autoridade e contenções especiais ao exercício dessas prerrogativas, que são as atividades típicas do Estado, como no caso da prestação de serviços públicos. As alterações recentes na forma de prestação dos serviços públicos e a mudança na concepção de gestão pública ampliam de certa forma o leque de atividades públicas passíveis de delegação pelo Estado.

A Reforma do Aparelho do Estado optou por uma forma “descentralizada” de prestação de serviços públicos: Privatizações e Publicização, as Concessões de Serviços Públicos caracterizando as Privatizações, enquanto as Organizações Sociais representaram a chamada Publicização.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Prestação de Serviço Público e Administração Indireta**. São Paulo :Revista dos Tribunais, 1975.

2.4 Reforma do Estado e esfera pública

O debate em nível mundial, na década de 1970, sobre descentralização, só atingiu a América Latina nos anos 80 e em um cenário completamente diferente do europeu. Na América Latina não havia, como na Europa, crise do Estado do Bem-Estar Social, havia crises que poderiam ser atribuídas a fatores econômicos e políticos, crise de legitimidade.¹¹⁵ A questão da descentralização está assim diretamente relacionada com uma redefinição do papel do Estado e da Sociedade.

No Brasil, foi dado um maior impulso a essa discussão a partir do processo constituinte de 1987, que culminou na promulgação da Constituição de 1988. Impulsionada pelas forças oposicionistas, trouxe a Constituição de 1988 tendências descentralizadoras, principalmente, no que diz respeito aos direitos sociais e à distribuição de competências entre os entes integrantes da federação. As grandes mudanças não foram porém implementadas por dependerem de elaboração de normas complementares, de negociações e de uma profunda reforma administrativa.

Além do conteúdo político, a centralização e a descentralização, possuem conteúdos funcional e operacional. A centralização equivale a estilos político-administrativos autoritários com ênfase na hierarquia ao contrário da descentralização que funciona como imperativo de sistemas nos quais se encontra uma multiplicidade de atores autônomos. As organizações públicas não estatais e de controle social, principalmente em nível local, produzem bens públicos de forma descentralizada e demonstram ter um potencial muito grande para o fortalecimento do Estado, contrariamente ao entendimento que as caracteriza como estratégias conservadoras do Estado.

¹¹⁵ RUARO, Regina Linden. **Reforma Administrativa e a Consolidação da Esfera Pública Brasileira: o Caso do Orçamento Participativo no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Notadez, 2003, Revista Interesse Público, volume Nº 19 p. 81 e segs.

As relações Estado-sociedade, por meio de processos de delegação da execução de certas atividades, anteriormente centralizadas, à organização da sociedade civil só é possível se esta última estiver madura para assumir, exige a compreensão de dois fenômenos: O poder administrativo da burocracia estatal desenvolvida pelo Estado intervencionista, por um lado, e do outro, o poder dos meios que manipulam a formação de opinião, determinando a geração democrática de opinião e vontade política. No que concerne ao poder administrativo, questiona-se como se pode produzir uma influência sobre ele sem se deixar amarrar às suas teias. Constata-se, assim, uma interpenetração da esfera estatal no âmbito privado, em face dos próprios poderes sociais solicitarem a intervenção da autoridade pública que lhes dá competências para resolver os conflitos de interesses que não conseguem diluir no âmbito privado. Os meios que a democracia oferece não parecem suficientes para permitirem uma maior influência direta sobre as formulações políticas por parte da sociedade.¹¹⁶

Cunnil Grau¹¹⁷ oferece uma apreciação bastante significativa quando relata:

¹¹⁶ Os conceitos basilares da Reforma brasileira dos anos de 1990 guardam compatibilidade com os conceitos de Jürgen Habermas, na medida em que o sistema político ao definir suas políticas públicas influencia a formação da esfera pública brasileira, Habermas explica como as relações entre o cidadão e o Estado são afetadas pelo mercado, que ao estabelecer relação entre serviço e cliente, nega o caráter soberano da cidadania frente à Administração Pública. A idéia habermasiana é de que não pode haver poder autônomo sem a consolidação da democracia e a idéia de Estado de Direito. Na sua teoria de sociedade aplicada ao direito, encontra-se uma característica fundamental que é a busca da legitimação do direito por meio de procedimentos previamente orientados para o consenso, estabelecendo um nexo de complementariedade entre direito e moral. Para ele a sociedade é constituída de três esferas, ou subsistemas assim delineados: o político e o econômico considerados como âmbitos de ação formalmente organizados através dos meios imperativos sistêmicos (poder e dinheiro), que diferenciam os subsistemas político e econômico do componente social do mundo da vida que constitui a terceira esfera. A concepção do professor da Escola de Frankfurt sobre a sociedade é chamada de concepção dualista, a qual congrega em um conceito as formas sistêmicas e comunicativas de integração social. Neste sentido a reforma administrativa quase não contribuiu para a ampliação de uma esfera pública dentro da concepção de Habermas: “ *La racionalización Del mundo de la vida hace posible que la integración de la sociedad se polarice hacia médios control independientes Del language, permitiendo com ello um desgajamiento de âmbitos de accion comunicativa, y oponem al mundo de la vida marginalizado sus próprios imperativos.*”. HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974. Trd. Flávio Kothe.

¹¹⁷ CUNNIL GRAU, N. **La Rearticulación de las Relaciones Estado-Sociedad**: Búsqueda de Nuevos Setidos. Madrid: Reforma y Democracia. 1997, p.83

No entanto, a denominada tendência à “estatificação da sociedade” e à “socialização do Estado que também é significada respectivamente como “publificação da sociedade” e “privatização do Estado”, admite outras leituras. Por um lado, como mencionado, a tendência pode ser interpretada como a de um processo de aberta erupção de interesses privados-particulares na esfera público-estatal, expresso tanto na recusa das instituições democráticas, em favor das de base não-democrática, como na colocação em marcha de mecanismos neocorporativos de organização das demandas sociais e da elaboração das decisões públicas, não somente pelas pressões diretas dos interesses econômicos organizados para assegurar sua proteção, senão como forma de contrastar a ampliação virtual da esfera do público, aberta pelas maiores possibilidades de participação popular”.

A triangulação constituída pelas associações de interesses, partidos e administração, sem mediação, passa a caracterizar o modelo de exercício do poder público.

Desencadeou-se assim uma nova discussão sobre o conceito de esfera pública e esfera privada, sob à cidade-estado grega onde existia uma nítida separação entre as duas esferas. A esfera particular de cada indivíduo se desenvolve no interior da casa (*oikos*), onde também se desenvolvem as relações de natureza econômica. A família constituía-se numa unidade produtiva que compreendia além dos parentes consangüíneos, os agregados e os escravos.

Os indivíduos compartilhavam a vida comum na *polis*. Era uma sociedade de economia escravocrata, na qual os cidadãos livres não trabalhavam, e na qual se construiu uma ordenação política baseada na participação pública. O que distinguia a polis das outras formas de convívio era a liberdade e a igualdade que resultavam da autonomia de seus participantes em relação à necessidade material. Somente aqueles homens que não se sujeitavam a outros podiam pertencer à esfera pública. A casa é o espaço das relações verticais do poder, do despotismo doméstico, onde não existia liberdade. A condição de chefe da família, de poder supremo sobre seus membros, é o que o habilita como

cidadão. A esfera pública política é o reino da liberdade e da permanência em oposição à necessidade e à efemeridade da vida material.¹¹⁸

A liberdade do homem se realiza no Estado, na liberdade deste. O exercício da liberdade para os antigos gregos coincidia com o exercício cívico, liberdade para participar nos assuntos públicos. O estatuto da esfera pública helênica é a liberdade que existe entre os iguais. Uma liberdade política que para os gregos somente existe no trato com outros homens iguais. O homem isolado não é livre, assim como não o é o déspota, que nessa qualidade lida apenas com escravo, que pode até ser mais feliz, mais vitorioso, mais virtuoso e mais digno e até mais invejado, mas não é livre.

O chefe de família só é livre no momento que deixa a esfera privada da casa onde é soberano solitário para ingressar no convívio entre seus iguais. A esfera pública política encontra-se centrada sobre a noção de liberdade que significa não apenas não ser dominado como também não dominar.¹¹⁹ Na cidade-estado grega desenvolvida, a esfera pública, tal como idealizada na representação que os gregos deram de si mesmos, pode ser compreendida ao mesmo tempo como um espaço político por excelência, porém neutro e emancipado frente à dominação, vez que apenas faziam parte cidadãos e iguais entre si e livres.

A esfera pública burguesa nasce a partir de outro sentido de liberdade, que recebeu influência do platonismo, que já propunha uma outra forma de liberdade diferente daquela da polis grega, e do cristianismo. A partir de Platão passou-se a distinguir liberdade acadêmica da liberdade política, sendo que a acadêmica era usada como contraposição à política. Já a influência do pensamento cristão teve forte repercussão pelo aspecto de sua subjetividade, que buscava o mundo espiritual, conceito estranho para os antigos gregos, vez que o ideal cristão de

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 76, tempo brasileiro, Trad. De Flávio Kothe, 1984, p. 15 e segs.

virtude não se identifica com a virtude grega baseada na honra e no reconhecimento público. O verdadeiro cristão distancia-se do público, uma vez que a bondade busca a recompensa divina e não a dos homens.¹²⁰

O espaço público, tradicionalmente caracterizado como *locus* de liberdade, e que se traduzi na participação nos assuntos políticos, caiu em segundo plano. A preocupação passou a girar na prática filosófica e religiosa. Exercida por uma maioria, a política permitia uma minoria dedicar-se a temas mais elevados, menos mundanos. Se antes a economia era instrumentalizada em função da atividade política, a política o era em função da liberdade privada. A política que era, antes, a realização da própria liberdade dos gregos, é degradada a seu instrumento de viabilização e proteção na modernidade.¹²¹

A esfera pública sofreu grandes transformações em razão do modo de produção econômica, do surgimento do capitalismo comercial e da burguesia. No capitalismo moderno, as necessidades de reprodução econômica exigem um espaço cada vez mais amplo onde as relações de troca de mercadorias possam ocorrer mais amplamente. A família na sociedade burguesa, abandona o seu status econômico para se confundir na esfera da intimidade e subjetividade, criações tipicamente burguesas.¹²² Diferentemente do modelo clássico, no qual a família acompanhava o indivíduo por toda a vida, na sociedade burguesa, ela tem um papel a desempenhar, qual seja, tão só o de criar, sustentar e educar os filhos até que estes já estejam em condições de proverem o seu próprio sustento ingressando na esfera econômica e formando cada um a sua família.

As relações econômicas, antes eram confinadas à esfera privada da

¹¹⁹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, Trad. De Reinaldo Guarany, p. 49 a 49.

¹²⁰ Id. *Ibid.*, 1998, 64 a 69.

¹²¹ Id. *Ibid.*, 1998, p. 64 a 69.

¹²² BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado:** Entre eficiência e democratização. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 157.

sociedade burguesa, aparecem agora na esfera pública, onde o homem já aluga sua força de trabalho. A economia desenvolve-se para além do espaço doméstico onde já não há o poder do chefe de família, mas passa a ser objeto de regulação pelo Estado ou regulação pública. As relações econômicas permanecem, no entanto, privadas, no ponto de vista jurídico, e sob o aspecto social elas se desenvolvem em um espaço compartilhado por todos, que é o mercado, e do qual todos dependem, inclusive o Estado, cuja receita já depende da tributação, representando um espaço político relevante.

A esfera econômica também ganha relevância, passa a ser percebida publicamente, tanto pela administração quanto pelos agentes econômicos, que são os seus próprios agentes. O mercado passa a ser regulado pela burocracia mercantilista, causando impacto sobre a vida nacional, atingindo desde os produtores até toda a cadeia de relações de troca, justamente em razão da intervenção pública sobre o sistema de preços, taxas, dos impostos, das concessões, dos monopólios.¹²³

A esfera pública burguesa passa a constituir-se de um punhado de pessoas privadas que pensam, que lêem e absorvem informações, reúnem-se para discutir e formular juízos críticos sobre a atuação do poder estatal e contra ela, quando interfere nas leis de intercâmbio de mercadorias, ou quando cerceia a livre iniciativa e finalmente toda regulação política da esfera econômica privada publicamente relevante.¹²⁴

Segundo o ponto de vista da burguesia, a esfera das relações econômicas no mercado capitalista baseia-se sobre o intercâmbio generalizado de mercadorias no qual as pessoas participam como meros indivíduos. O sistema é governado pela livre concorrência e livre iniciativa. Possui uma certa

¹²³ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado**: Entre eficiência e democratização. Barueri, SP: Monole, 2003, p. 158.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 76, tempo brasileiro, 1984. Trad. De Flávio R. Kothe, p. 38 e 39.

racionalidade que conduz os atores do processo à riqueza e à prosperidade. A intervenção do Estado, nesse processo, é praticamente sem nenhuma representatividade, inócua e até imoral, pois priva os indivíduos da autonomia de buscar seus objetivos por sua conta e risco. O mercado dá conta de regular a si mesmo sem qualquer ingerência.

Leonardo Valles Bento ¹²⁵ afirma que a radical separação entre Estado, espaço da atividade política, e sociedade civil, espaço das atividades econômicas privadas, é uma das mais importantes e bem-sucedidas construções do pensamento burguês amadurecido no século XVIII. Para os modernos, a liberdade encontra-se relacionada com a preservação do espaço privado de autonomia individual, que já não se exerce no Estado, mas contra ele, preservando o homem a sua esfera de imunidade. Verifica-se, então, uma cisão entre Estado e sociedade civil.¹²⁶

Enquanto as leis de mercado configuram o perfil da sociedade burguesa, na qual não existem privilégios de nascimento, mas é regida pela igualdade formal do direito abstrato, a sociedade civil se proclama como um espaço neutro em relação ao poder e emancipado em relação à dominação, cujo status é assegurado por aquela organização político-jurídica denominado Estado de Direito. O mercado capitalista baseia-se no fundamento de que as chances de sucesso e de fracasso são iguais para todos e o esforço e a eficiência individuais é que fazem a diferença. Os agentes econômicos não ostentam títulos de nobre, ou com a condição de plebeu, mas a de proprietários. Atuam enquanto indivíduos simplesmente, enquanto seres humanos, podendo-se afirmar que a sociedade civil é um espaço neutro de poder e emancipação quanto à dominação.¹²⁷

¹²⁵ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: Entre eficiência e democratização**. São Paulo – Barueri ; Monole, 2003, p. 159.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 3. ed; São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990, p. 69.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro; Biblioteca Tempo Universitário 76, tempo brasileiro, 1984, Trad. De Flávio R. Kothe , p. 104-105.

A esfera pública, assim formada, consistirá na representação de um fórum público de interesses políticos da sociedade civil perante o Estado, que será chamado a justificar-se e legitimar-se perante ela. A esfera pública apresenta-se, inicialmente, como um espaço aberto, acessível a todos. Esse critério de admissão é de racionalidade imprescindível para que ela possa desempenhar a função que lhe é própria, de instância crítica de um público pensante, fazendo mediação entre a política do Estado de Direito e os interesses da sociedade.

Um dos principais argumentos da reforma consiste na transferência da prestação de serviços públicos para organismos que não pertencem à estrutura administrativa do Estado e, por sua natureza e lógica de atuação, não podem pertencer. Essas entidades integram o chamado “terceiro setor” ou setor público não-estatal, expressão vaga, mas muito abrangente, pois compreende uma série de distintas organizações. Esses organismos integrados e administrados por indivíduos privados não se identificam com o mercado porque perseguem fins sociais públicos ou corporativos sem fins lucrativos. Dentro desse conceito, pode-se enquadrar as organizações não-governamentais, organizações comunitárias de base, cooperativas, associações de solidariedade, instituições de caridade e até mesmo grupo recreativos, sindicatos e clubes.¹²⁸

A concepção sobre um terceiro setor surgiu, assim como o espaço público não-estatal, a partir de análise engajada do Estado de Bem-estar. Trata-se de um espaço onde se pode descobrir formas alternativas de sociabilidade e solidariedade. Surgiu, portanto, como uma crítica e uma tentativa de superação das formas burocráticas e tendentes à massificação.¹²⁹ As Organizações Sociais localizam-se nesse terceiro setor, na esfera pública não-estatal, que, segundo Bresser Pereira,¹³⁰ não implica em privatização de atividades do Estado, mas,

¹²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma reinvenção Solidária e Participativa no Estado**. In Sociedade e Estado em Transformação – Org. Bresser Pereira, Lourdes Sola e Jorge Wilhelm, Brasília: Editora UNESP – ENAP – Imprensa Oficial, Brasília: 1999, p. 243 e segs..

¹²⁹ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado**: Entre Eficiência e democratização. São Paulo: Barueri, 2003, p.235-236

¹³⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. Brasília: ENAP, Ed. 34, 2002, p. 248.

ao contrário, em ampliar o caráter democrático e participativo da esfera pública, subordinando-a a um Direito Público renovado e ampliado.

As Organizações Sociais surgem portanto como um instrumento de participação da coletividade nas tarefas do Estado, uma nova instituição que pode contribuir para o fortalecimento da democracia, portanto uma nova forma de participação democrática na Administração Pública. Institucionaliza-se um novo ente prestador de serviços públicos, adotando-se uma particular forma de propriedade pública não-estatal para a realização de determinados serviços públicos. Representa um espaço público localizado em um lugar intermediário entre o Estado e o mercado, uma figura de direito administrativo com profunda conotação privada.

3 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUA IMPORTÂNCIA

3.1 Surgimento das Organizações Sociais

As Organizações Sociais surgiram, no Direito brasileiro, no bojo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, nos anos de 1990. Reforma iniciada e parcialmente, implantada, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, sob a orientação do Ministro Antonio Carlos Bresser Pereira, que dirigia o então existente Ministério da Administração e Reforma do Estado. Robério Nunes dos Anjos Filho¹³¹ comenta que as Organizações Sociais, ao que tudo indica, foram inspiradas em instituições estrangeiras análogas, especialmente nas *quangos - quasi non-governmental organizations*, entidades autônomas desenvolvidas principalmente após a Segunda Guerra Mundial (embora a presença de alguns órgãos semi-independentes seja verificada há séculos no governo britânico), nas quais se transformaram as universidades e hospitais públicos do Reino Unido. Outros países europeus adotaram este tipo de instituição, que terminou por se espalhar pelo mundo, alcançando, também, a Austrália e a Nova Zelândia.

Tais entidades são voltadas para áreas sociais, recebem recursos públicos, firmam relação contratual com o Estado e se submetem a exigências relativas à composição dos seus órgãos de deliberação. A doutrina estrangeira tem encontrado enorme dificuldade para definir o que são *quangos*, principalmente em termos internacionais, considerando as diferenças entre os diversos sistemas constitucionais e governos existentes nos países nos quais é constatada a presença de tais instituições. Por outro lado, busca-se freqüentemente um conceito que não restrinja as possibilidades de aplicação das

¹³¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A Prestação dos serviços não-exclusivos na reforma administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: UFBA, 2001. p 152 e segs.

suas vantagens, razão pela qual há uma intencional preferência por definições vagas e imprecisas.

Sob essa ótica, mais próximo do entendimento médio de *quango* seria concebê-la como 'qualquer órgão que aplica dinheiro público para cumprir uma tarefa pública, mas com alguma independência dos políticos eleitos'. Assim, são três as características basilares para a identificação das *quangos*: o recebimento de dinheiro público; a atuação em atividades de interesse público; e não se tratar de órgão cuja direção seja entregue a um gestor diretamente eleito.

Os dirigentes das *quangos* não se submetem ao crivo popular e, no caso, é de extrema importância, havendo até quem utilize como sinônimo de *quangos* a expressão 'grupos não eleitos'. Esse é um dos motivos que provocam uma imagem por vezes muito negativa das *quangos* perante a opinião pública na Grã-Bretanha. A mídia não raro as descreve como instituições ilegítimas, corruptas, de difícil responsabilização (*accountability*) e fundamentalmente antidemocráticas.

Segundo Matthew V. Flinders,¹³² embora se reconheça que muitas dessas acusações possuam alguma procedência, não se deve esquecer que as *quangos* também têm um lado positivo, pois colocam questões sensíveis longe da instabilidade dos partidos políticos; permitem a introdução de técnicas de administração mais adequadas; atraem técnicos especializados que de outra forma não estariam envolvidos no processo de elaboração de políticas públicas; representam uma forma eficiente, barata e rápida de obtenção de informações e trazem um número maior de pessoas para o setor público, como voluntários.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da Administração Pública - PDRAE, publicado em 1995, previu a institucionalização das Organizações Sociais e a transferência de atividades ligadas à prestação dos

serviços públicos, feitos diretamente pelo setor público para essas entidades, como representativas da sociedade institucionalizada e organizada. Esses entes, personalizados como pessoas jurídicas de Direito Privado sem fins lucrativos, não são um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da Administração Pública. São estruturadas sob a forma de fundações privadas ou associações sem fins lucrativos. A doutrina as classifica como um terceiro gênero, entidade privada prestadora de serviços de interesse público.

Essas entidades tiveram a sua criação embasadas no conceito de Estado Democrático de Direito e na convicção de que o público representa assim uma esfera mais ampla que a estatal em reconhecimento de necessidade de uma participação social mais ativa ao nível do interesse público, menos dependente do poder público e mais dependente da sociedade civil. A criação das Organizações Sociais representa um novo direcionamento da prestação de serviços públicos pelo Estado, saindo dos setores mais exclusivos e transferindo a prestações desses serviços para a sociedade organizada. Trata-se, assim, de chamamento à sociedade organizada para comprometer-se, de forma mais ativa, com o poder público não-estatal.

A reforma objetivou desencadear um movimento em direção ao terceiro setor público não estatal. Essas entidades privadas, sem fins lucrativos, com títulos de Organizações Sociais, responsabilizam-se pela execução de serviços que não envolvem o exercício do poder do Estado, mas são subsidiadas por este. Dentro dessa sistemática, o Estado abandona o papel de executor ou prestador de serviços, mantendo-se, no entanto, no papel de regulador, provedor e promotor desses.¹³³

¹³² FLINDERS, Matthew V. in ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A Prestação dos serviços não-exclusivos na reforma administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico).Salvador: UFBA. p. 23.

3.2 Definição e natureza jurídicas das Organizações Sociais

Não existe uma definição legal de Organização Social. Para Paulo Modesto¹³⁴, uma definição operacional das Organizações Sociais pode ser formulada como sendo:

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

Por sua vez, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho, quando trata das Organizações Sociais, assim as definiu¹³⁵:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinada a absorver atividades plublicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

O tema das Organizações Sociais está relacionado com a retomada do princípio da subsidiariedade, que enseja uma atuação supletiva ou complementar das grandes instituições e no reconhecimento da existência de uma esfera pública¹³⁶. Trata-se de uma forma de participação da sociedade na gestão pública, o que não é novidade no nosso direito, posto que já foi regulada essa participação nas antigas entidades de assistência social consideradas pelos administrativistas como entes de cooperação¹³⁷. Duas direções orientam a idéia das Organizações Sociais: de um lado, a participação do Estado em atividades

¹³³ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais, Brasília -DF/ 1998 p.9

¹³⁴ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, out-dez. 1998 Vol. 214 p. 55 e segs..

¹³⁵ BRASIL, Plano Diretor do Aparelho do Estado e da Administração Pública - MARE. Brasília.

¹³⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v. 4, abr. 1999, p. 245e segs.

¹³⁷ Sobre o tema ver Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros. P. 690.

de natureza privada e, de outro lado, a participação popular na gestão administrativa, que caracteriza o cumprimento do princípio constitucional da democracia, não apenas na forma representativa, mas também na forma participativa.¹³⁸

A definição da natureza jurídica dessas organizações é necessária para que se possa definir a esfera jurídica a que pertence, se de natureza pública ou se de natureza privada. Ressalte-se que a sua constituição é feita nos moldes do direito civil, sob a forma de associações ou de fundações privadas, no entanto a qualificação como Organização Social vai ser atribuída pelo poder público, dentro do regime de direito público. A Lei Federal N.º 9637/1998 inseriu as Organizações Sociais no Executivo Federal Brasileiro, e serviu de base a que vários Estados Federativos também as institucionalizassem.

3.3 Um ente privado e um título público

Nos termos da Lei Federal nº 9.637, de 18.05.1998, o Poder Público 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 na referida lei. A norma legal deixa transparecer que a qualificação da entidade privada como Organização Social seria um ato discricionário do Poder Público. Um prévio exame de conveniência e da oportunidade dessa medida, ainda que preenchidas as formalidades legais exigidas, seria suficiente para a expedição do título. O artigo 2º, inciso I da mesma Lei, estabelece, no entanto, que para uma entidade ser qualificada como Organização Social, deverá preencher certos requisitos, exigência portanto objetiva, consonante com os postulados legais. O inciso II do referido artigo, no entanto, direciona a qualificação à análise de

¹³⁸ ERHARDT, Manoel de Oliveira. *As Organizações Sociais*. Revista da Esmaf do TRF da 5ª Região, nº 1, janeiro de 2001 s/n, p. 13.

conveniência e oportunidade, informação contraditória. Com efeito, preenchidos os requisitos formais, não há espaço para a discricionariedade.

O entendimento é o de que a qualificação da entidade privada como Organização Social é ato administrativo discricionário do Poder Público. No âmbito federal, o exame da conveniência e da oportunidade da medida cabe ao Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade pretendente, assim como ao Ministro da Administração. Essa discricionariedade é criticada por estudiosos do assunto, entre eles Perpétua Valadão Bahia Casali e Paulo Moreno Carvalho¹³⁹, que afirmam a natureza vinculada do ato de qualificação, uma vez que, preenchidos os requisitos exigidos pela lei, não pode o Poder Executivo recusar a qualificação, já que se trata de aferir condições formais de habilitação, não existindo espaço para intelecção discricionária do administrador, cujo ato deve simplesmente alcançar a finalidade da lei.

A lei confere ao Executivo a liberdade de examinar a conveniência e a oportunidade de qualificar como Organização Social a entidade pleiteante, precisamente para verificar se é de interesse público transferir ao setor privado o serviço que vem sendo realizado pela própria Administração, ou então, estimular o serviço já prestado pela entidade privada com recursos públicos. Discricionariamente, como dispõe a lei, ou de forma vinculada, como entende parte da doutrina, simples pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, por força de disposições legais, podem ser reconhecidas como Organizações Sociais e passar a integrar, de acordo com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado,¹⁴⁰ o chamado terceiro setor. (o primeiro setor passa a ser o núcleo estratégico, o segundo setor, as atividades exclusivas do Estado e o terceiro setor, o de atuação simultânea do Estado e da Sociedade Civil).

¹³⁹ BAHIA, Perpétua Valadão Casali e CARVALHO, Paulo Moreno. *Organizações Sociais, qualificação como ato vinculado da Administração Pública*. Tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado de São Paulo.

A competência atribuída ao Poder Executivo para qualificar as Organizações Sociais é discricionária, no entanto o princípio da impessoalidade da Administração impõe ao Poder Público que adote procedimentos objetivos para a escolha quando ocorrem situações nas quais podem surgir vários interessados. A ampla discricionariedade pode dificultar o controle da legalidade da tomada de decisão.¹⁴¹ Neste sentido conclui-se que ser Organização Social é possuir um título jurídico especial, atribuído a essas que nascem como associações ou fundações privadas, e que aderindo a requisitos legais, recebem o título conferido pelo Poder Público.

Bastante semelhante às tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública, com elas não se confunde, embora apresentem traços comuns como, entre outros: iniciativa privada na criação e na constituição; afetação a uma finalidade de interesse público ou socialmente relevante; limites gerais à livre constituição e funcionamento dos órgãos de direção ou gerência como requisito para o seu reconhecimento; recebimento de favores especiais, subsídios, isenções e contribuições do Estado. Como pessoas jurídicas de direito privado não titularizam qualquer prerrogativa de direito público, porquanto são reconhecidas pelo Estado. Não são formas de privatização de entes públicos, uma vez que não verifica qualquer transferência de domínio, mas simples permissão de uso. São entes que colaboram com a Administração, mas com ela não se identificam.

Diogo de Figueiredo¹⁴², cuidando das Organizações Sociais, examina a Descentralização Social como aquela consistente em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a unidades sociais já existentes, personalizadas ou não, como as

¹⁴⁰ ERHARDT, Manoel de Oliveira. *As Organizações Sociais*, Revista da EsmeF do TRF da 5ª Região, nº 1 janeiro de 2001, s/n. P. 14.

¹⁴¹ bis in idem

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 98.

profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as organizações comunitárias etc. mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo que possam elas próprias promover a sua execução.

Sérgio de Andréa¹⁴³ compreende as Organizações Sociais como descentralizações por colaboração, enquanto Paulo Modesto¹⁴⁴ considera que as Organizações Sociais podem ser percebidas pela Administração Pública como entidades Privadas de cooperação, mas não como descentralização. São vocacionadas a travar parcerias com o Poder Público para atividade de interesse coletivo. A concessão de título, porém, não exaure a participação do Estado, embora seja forte a presença estatal na implementação e no financiamento de tais organizações. O modelo opera baseado na lógica de um "sistema de competição administrativa", que privilegia as organizações públicas não-estatais, as quais podem ser competitivas entre si, ao prestar serviços e obter financiamento do Estado.¹⁴⁵

3.4 Objetivos e requisitos traçados para as Organizações Sociais

A Lei que instituiu as Organizações Sociais no âmbito federal estabelece os requisitos para qualificação, prevê a estrutura do Conselho de Administração, quanto à sua composição e atribuições, a forma de desqualificação e reversão, mas é insuficiente quanto ao controle do patrimônio público destinado a elas. Demonstra uma grande permissividade principalmente quando prevê a utilização dos bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores

¹⁴³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre o seu Regime Jurídico*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: jul/set. 1999, p. 105 e segs.

¹⁴⁴ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das Organizações Sociais*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez v. 214 p. 55 a 56.

¹⁴⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de Controle*. Brasília. MARE, 1997, p. 9.

públicos, a serem custeados pelo Estado, sem necessitar demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie.¹⁴⁶

Ao institucionalizar as Organizações Sociais, apesar de aproximá-las das pessoas jurídicas privadas de utilidade pública, como anteriormente demonstrado, a lei n. 9.637/98 estabeleceu, para elas, requisitos especiais. Dentre os requisitos especiais pode-se apontar alguns como: a exigência de que não podem ter finalidade lucrativa, e que todo e qualquer legado ou doações recebidas devam ser incorporados ao seu patrimônio, de igual modo aos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades; finalidade social em qualquer das áreas previstas na lei: ensino, saúde, cultura, ciência, tecnologia e meio ambiente; possuir órgãos diretivos colegiados, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade; publicidade de seus atos; submissão ao controle do Tribunal de Contas dos recursos oficiais recebidos; celebração do contrato de gestão com o Poder Público, para a formação de parceria e a fixação das metas a serem atingidas e o controle dos resultados.

Os estatutos devem prever e adotar certo modelo de composição para seus órgãos de deliberação superior, inclusive prevendo a participação necessária de representantes do Estado, como requisito para permitir o ato posterior de qualificação pelo Poder Público, além de prever obrigação de publicação anual do seu relatório de execução e sujeição ao controle externo; o trespasse de bens e recursos públicos condicionados à assinatura de contrato de gestão com o órgão competente da Administração Pública Federal e possibilidade de utilização de bens e recursos humanos de entidades extintas do Estado. O objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa¹⁴⁷, com a criação da figura das Organizações Sociais, foi encontrar um instrumento que permitisse a transferência para as mesmas de certas atividades que vêm sendo exercidas pelo Poder Público. Trata-se de uma nova forma de parceria, sem

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, pg.154- e segs.

¹⁴⁷ BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Ministério da Administração e da Reforma do Estado - MARÉ, 1995, p. 5.

necessidade de concessão ou permissão. Robertônio Pessoa¹⁴⁸ afirma que o surgimento de tais organizações rompe o distanciamento e a velha dicotomia Estado-sociedade, em que aquele era o único responsável pelos interesses públicos, e esta, composta por indivíduos, segundo a vetusta pregação liberal, apresentava-se como reino dos interesses privados.

3.5 Prestação de Serviços Públicos por Organizações Sociais: uma forma de privatização?

No entendimento de Cirne Lima,¹⁴⁹ Serviço Público consiste naquele serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa. No caso das Organizações Sociais, quer os serviços públicos sejam prestados por meio de terceiros quer sejam por meio da máquina estatal, deve preponderar o regime publicista, uma vez que a titularidade pertence inafastavelmente ao Estado e a prestação feita pelas Organizações Sociais não afasta esta titularidade.

Entre as teorias justificadoras da reforma da Administração Pública, encontram-se aquelas que argumentam ser o aparato estatal burocrático, ineficiente, mas não projeta reformar, reestruturar e aprimorar o aparelho estatal, procurando simplesmente transferi-lo da prestação estatal para a iniciativa privada. Quanto a isso é preocupante a existência de possíveis desvirtuamentos e a insegurança, de já não virem a ser as Organizações Sociais, privatizações dissimuladas que levarão inevitavelmente ao aumento das desigualdades sociais e aprofundamento do conformismo popular frente ao Estado. A lei pode ter produzido um modelo afrontoso para contornar exigências oriundas dos próprios princípios norteadores da administração e da preservação do patrimônio público,

¹⁴⁸ PESSOA, Robertônio. Curso de Direito Administrativo Moderno. Brasília: Consulex, 2000, p.148.

¹⁴⁹ LIMA, Ruy Cirne. *A Organização Administrativa e o Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro* – 1987, p. 21.

enquanto procurava uma forma democrática de participação popular na administração Pública.

São discutíveis as surpreendentes vantagens concedidas às Organizações Sociais, principalmente a possibilidade de absorção de atividades e recursos de entidades estatais. Sabe-se que os bens de entidades extintas reverterem ao patrimônio público, mas poderá haver permissão de uso para as Organizações Sociais. Referidos benefícios podem significar que as Organizações Sociais não passam de entidades estatais da administração indireta, sob a aparência de pessoas privadas, ou revelam uma nova forma de privatização. A transferência institucionalizada da prestação de serviços públicos para as Organizações Sociais pode representar assim mera absorção de serviços, antes prestados por Autarquias e Fundações Públicas, o que trará como conseqüência a redução da atuação da Administração Pública Indireta, podendo vir a ocorrer extinção de uma entidade pública e em seu lugar nascer uma Organização Social, como especificamente está previsto na lei. A respeito afirmam Flávia Santos e Lourdes Pedrosa¹⁵⁰ :

apesar de as Organizações Sociais terem sido concebidas com o objetivo de substituírem entidades da Administração Indireta (...), elas não são necessariamente, sucessoras de entidades públicas extintas" "(...) dificilmente, uma entidade será qualificada como Organização Social sem que haja extinção de órgão ou entidade pública da mesma área de atuação, devido à escassez de recursos de que dispõe a administração pública. Seria utópico imaginar que as Organizações Sociais venham a representar um mero acréscimo na oferta de serviços naquelas áreas de atuação específica de que nos fala a lei.

Não parece que as Organizações Sociais tenham surgido como complementares da Administração Pública, na prestação de serviços públicos. Os serviços públicos passíveis de serem transferidos para prestação pelas Organizações Sociais são aqueles insusceptíveis de serem prestados por meio de concessionárias e permissionárias de serviços públicos, porquanto, trata-se de prestação de serviços que constituem dever do Estado e, por isso, devem ser

prestados diretamente pelo Estado, e por se constituírem obrigações constitucionais a sua prestação direta, o Estado não pode se demitir de encargos que a Constituição lhe atribuiu.¹⁵¹

Coloca-se a eficiência, no sentido meramente econômico, acima dos interesses sociais públicos por excelência. Esses serviços são relativizados e precarizados ante o conceito de publicização, que se apresenta como mera conformação de cidadania que pressupõe vínculo de clientela neoliberal com o Estado. O papel do Estado, nesse processo, considerando serem os serviços públicos de caráter universal e contínuo, não deve ser somente de caráter complementar. Complementares são os serviços públicos prestados pelas Organizações Sociais e não o inverso. O Estado deve garantir e fortalecer a prestação dos serviços públicos, não minimizá-los.

A destinação de verbas orçamentárias para as Organizações Sociais, desde que submetidas aos controles legais e destinados à democratização dos meios de prestação de serviços, não chega a constituir afronta à legalidade, havendo dotação orçamentária. No entanto, é certo que os orçamentos públicos estão sempre a cortar verbas, a reduzir os repasses para a saúde, educação, pesquisa e assistência social, sob o pressuposto de ajuste das despesas públicas. O repasse de verbas para Organizações Sociais não se justifica, pelo menos da forma como é feito, mesmo sob o argumento de que são instrumentos mais democráticos e capazes de atender um número maior de pessoas. Fatalmente esses serviços passarão a ser cobrados, implicando em mera privatização.

O plano da reforma, que busca descentralização e desconcentração, tem nas Organizações Sociais o alcance de suas diretrizes e tem como concepção orientar novas metas e funções do aparelho estatal, os serviços não-exclusivos

¹⁵⁰ SANTOS, Flávia Pessoa dos e PEDROSA, Maria de Lourdes Capanema. *Aspectos Jurídicos das Organizações Sociais: a que se destinam?* Revista da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, ALEMGO, nº 22 Abril/junho de 1998, p. 10-5 .

do Estado. Atividades antes consideradas de caráter estatal passam a ser realizadas por uma entidade privada. Diogo de Figueiredo¹⁵², analisando as Organizações Sociais, examina a Descentralização Social como aquela consistente em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a unidades sociais já existentes, personalizadas ou não, como as profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as organizações comunitárias etc. mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo que possam elas próprias promover a sua execução.

A Organização Social apresenta uma característica diferenciadora das demais prestadoras de serviços públicos. Apesar de ser um ente do terceiro setor, não integrando a Administração Pública Indireta, possui a gestão de recursos públicos com a finalidade da satisfação do interesse coletivo. Administra, em regra, bens do patrimônio público, inclusive dinheiro público, e ficam à margem dos controles específicos traçados no art. 70 da Constituição Federal. A regra, por força de dispositivo constitucional e legal, é que para se travar com o Poder Público qualquer relação contratual (como o contrato de prestação de serviços ou de execução de obras), o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão. Inversamente, no que se refere ao contrato de gestão a ser firmado com as Organizações Sociais, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se o bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um Supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de Organizações Sociais.

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1999, pg. 154 e segs..

¹⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 98.

Trata-se, pois, de outorga de uma discricionariedade muito ampla e porquanto inconcebível por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie. A instituição das Organizações Sociais possibilitou que o empreguismo volte a rondar a Administração Pública e a determinar com quem o Estado vai firmar os contratos de Gestão. A moralidade e a impessoalidade consagradas na Constituição de 1988 estão sendo relegadas na institucionalização das Organizações Sociais. O uso do dinheiro público sem muito controle conduz a desvio de finalidade e nepotismo exacerbados. É o retrocesso, com a vestimenta de modernização do Estado. As Organizações Sociais preenchem o espaço existente entre o Estado e o mercado, comumente ocupados por entidades filantrópicas e organizações não governamentais. Segundo Paulo Modesto:¹⁵³

a concessão, caso a caso, de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor parece atender a pelo menos três propósitos. Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão do título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentam características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de título permite um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas a concessão, mas também a suspensão e o cancelamento.

No interior da proposta de reforma, as Organizações Sociais são consideradas como instrumento de gestão na mudança necessária do padrão de gestão estratégica, com a possibilidade de se firmar um contrato de gestão entre as partes, o que permite a avaliação e o controle dos resultados anteriormente acordados, requisitos fundamentais da lógica da reforma gerencial.¹⁵⁴

¹⁵³ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Revista Interesse Público. Porto Alegre, Ed. Notadez, vol, 1, 1999, p. 40.

¹⁵⁴ MARTINS, H. F. *Rumo a uma nova gestão pública*. Reforma Gerencial, nº 1, 1998, p. 22 e segs.

3.6 As Organizações Sociais frente à Constituição Federal

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabeleceu a relação das atividades que poderiam ser transferidas para as Organizações Sociais, que correspondem aos chamados serviços não exclusivos do Estado, setor no qual o Estado atua, simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As atividades a serem desempenhadas pelas Organizações Sociais ficaram evidenciadas no Plano Diretor de Reforma da Administração e no Aparelho do Estado, pelo menos é o que se entende da sua leitura ¹⁵⁵:

A preocupação com a qualidade e a eficiência dos serviços públicos motivou a elaboração do projeto de lei das Organizações Sociais. Este projeto tem como objeto permitir a descentralização de atividades no setor da prestação de serviços competitivos, nos quais não existe o exercício do poder do Estado, a partir do pressuposto de que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal. As entidades que obtenham a qualidade de Organizações Sociais gozarão de maior autonomia administrativa e, em compensação, os seus dirigentes terão maior responsabilidade sobre o seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior parceria com a sociedade. Entende-se por organizações sociais as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para assinar contrato de gestão com esse poder, e assim tem direito a dotação orçamentária. As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus Conselhos de Administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc. A transformação desses serviços competitivos estatais em organizações sociais dar-se-á de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridades os hospitais, as universidades e as escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial.

Em outro trecho do Plano, Bresser Pereira ¹⁵⁶ afirma:

¹⁵⁵ BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Estado -Cadernos do MARE: A reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle, 1977.

¹⁵⁶ BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Estado-Cadernos do MARE: A reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle, 1977, p. 13.

Serviços competitivos – correspondente ao setor onde o Estado atua simultaneamente com competidores do setor público não-estatal e da iniciativa privada. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. O Estado intervém nesses setores principalmente porque eles apresentam grandes economias externas, ou seja, as organizações que produzem os serviços não têm condição de transformar as economias correspondentes em preços e lucros para elas próprias. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade.

Conclui-se das colocações feitas e acima mencionadas que, se as atividades não forem, ao mesmo tempo, desempenhadas pelo Estado e por pessoas privadas, não podem ser objeto de trespasse. Logo, as atividades que estejam fora daquelas deduzidas no Plano Diretor, não são passíveis de execução por Organizações Sociais, por absoluta incompatibilidade com aquelas previstas no Plano. É indiscutível que o fato de uma instituição privada ter sido titulada como Organização Social não desconfigura a sua natureza jurídica privada, pois mesmo depois da qualificação, deve continuar a ser gerida, pelo menos, pela maioria dos que a integravam e a administravam, antes da obtenção do referido título. Ao prever a existência do Conselho de Administração, o legislador objetivou evitar a situação constatada no Plano Diretor, quando assim previu: “... *desse modo, a privatização ou feudalização dessas entidades*”.¹⁵⁷ Constata-se que houve a intenção de mesclar o corpo administrativo da instituição, todavia, não se pode conceber que a instituição, assim qualificada como Organização Social, possa ter ingerência majoritária do Poder Público, sob pena de se desnaturar.

O mais razoável, conveniente e mais consentâneo com os princípios que norteiam a coisa pública, seria compor o Conselho de Administração, de modo que não houvesse preponderância do Poder Público, caso contrário, o próprio Poder Público irá continuar gerindo as ações da instituição, desnaturando o regime de Direito Privado que deverá prevalecer. A entidade privada continua como tal, a despeito de ter sido qualificada como Organização Social, pois esta titulação é apenas uma espécie de rótulo provisório, que não tem o poder de transmutar o regime privado a que está submetida. A ingerência majoritária do

¹⁵⁷ BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Estado – Cadernos do MARE.

Poder Público acaba influenciando no controle das ações dessas instituições, desnaturando um regime que deveria ser privado, mas que também não as submete ao regime de direito público.

Vale observar que, ao contrário da Lei Federal que trata da matéria, o legislador paulista, ao disciplinar as Organizações, no âmbito do Estado, por meio da Lei Complementar de nº 846, de 6 de junho de 1998, não previu a possibilidade de representantes do Poder Público Estadual no Conselho de Administração das Organizações Sociais, qualificadas no âmbito daquela unidade federativa, do que se conclui que o legislador quis manter o Poder Público afastado da gestão da instituição.

A lei federal, quando prevê a possibilidade de qualificar entes privados como Organização Social, admite a preexistência dessas pessoas jurídicas de direito privado, que atuem na área em que se pretenda firmar o contrato de gestão, com pessoal e patrimônio próprios, estrutura administrativa independente, capaz de gerir suas atividades, com ou sem o auxílio do Poder Público, que só assim poderá oferecer a contrapartida. Não será cabível qualquer contratação com Organização Social quando o ente privado não apresentar contrapartida para os recursos e benesses conferidas a ele pelo Estado. O ente tem de apresentar estrutura própria, com recursos próprios, aptos a evidenciar sua capacitação para executar o objeto de interesse público. É indispensável que apresente experiência no setor de atuação.¹⁵⁸

Na mesma linha de Marçal Justen, Maria Sylvania Di Pietro¹⁵⁹ :

Vale dizer que os riscos e falhas são exatamente os mesmos apontados com relação às entidades de apoio analisadas no item 11.3 (entidades de apoio). Trata-se de entidades constituídas “*ad hoc*”, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como Organizações Sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.34.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zannella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 421.

São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o Poder Público. Para que a Organização Social se enquadre adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo:

- a) Exigência de licitação para escolha da entidade;
- b) Comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente.
- c) Demonstração de qualidade técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) Submissão aos princípios da licitação;
- e) Imposição de limitações salariais quando dependem de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f) Prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos e, geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público.

A experiência das Organizações Sociais precisa amadurecer para se exigir das candidatas à qualificação um tempo mínimo de experiência na área de atuação, servindo como exemplo, os três anos exigidos pela lei reguladora do título de entidades de fins filantrópicos. Com prudente cautela, evita-se a existência de entidades “ad hoc”, que sem a menor consistência obtêm o título de Organização Social, como uma forma de proteção pelo título contra qualquer possibilidade de questionamento sobre sua credibilidade. É necessário, ainda, que se exija que a entidade possua patrimônio ou qualificação técnica especial para a própria candidatura ao título. Trata-se de colocar em prática uma parceria, é necessário estimular o oferecimento de contrapartidas ao apoio do Estado, sendo que o simples desempenho não pode ser assim considerado ¹⁶⁰.

¹⁶⁰ MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Revista Interesse Público. Porto Alegre, Ed. Notadez, vol, 1 , 1999. p. 40

Da interpretação da lei federal instituidora das Organizações Sociais, conclui-se que, ao prever a parceria da Administração Pública com a iniciativa privada, objetivando o trespasse dos serviços não exclusivos do Estado, está implícita a necessidade, indispensável, da preexistência de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, dando-se preferência àquelas que já atuavam paralelamente com o Poder Público e naquelas atividades arroladas pelo Plano Diretor da Reforma do Estado. Marçal Justen Filho¹⁶¹ adverte para os vícios que podem ocorrer na configuração das Organizações Sociais:

A existência de organização social como “fachada” caracteriza infração a ordem jurídica, caracterizável sob duas modalidades básicas. A primeira modalidade de desvio consistiria na manutenção da existência de um ente público, integrante da Administração indireta, mascarado sob a aparência, de uma organização social. A hipótese se verifica quando toda estrutura material e humana continua a ser integrante da administração, que mantém o controle sob a atuação dos administradores da organização social. Nesse caso, não existe entidade privada assumindo atividades públicas, mas apenas uma entidade pública querendo escapar ao regime jurídico próprio e inafastável. A solução é reconhecer essa espécie de dissimulação, fazendo incidir o regime próprio da atividade administrativa e sancionando os responsáveis pelos atos reprováveis.

Constata-se que, com mais freqüência do que possa parecer, fundações e autarquias governamentais estão sendo extintas, transformando-se em organizações Sociais. O objetivo é fugir às amarras do regime jurídico administrativo, já que as Organizações Sociais são consideradas entidades “públicas não estatais”, não integrantes da administração indireta (...) – embora possa continuar a desempenhar as mesmas atividades de antes, somente sob um novo rótulo, escapando das ingerências de Direito Público¹⁶².

O dispositivo contido no art. 13 da Lei Federal 9.637/98 estabelece como faculdade e não como obrigatoriedade o Poder Público destinar bens ou recursos necessários ao contrato de gestão. Tal ilação decorre da interpretação dada ao dispositivo que contém em seu texto: *Às Organizações Sociais poderão ser*

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.33.

¹⁶² FERRAZ, Luciano. *O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais (s.n) V. 30, n.1 jan/mar, 1999, p.115.

destinados recursos públicos e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão (grifou-se). O objetivo é de a lei possibilitar que o Poder Público fomente e estimule pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que já se dediquem a atividades na área de prestação de serviços não exclusivos do Estado.

A condição de Organização Social, que ocorre com a concessão do título, permite que essas entidades de direito privado firmem contratos de gestão com o Poder Público. A qualidade do ente como Organização Social não autoriza automaticamente a sua contratação sem que a Administração Pública possa se cercar de cautelas mínimas necessárias, a fim de que o objeto do contrato de gestão se realize a contento ou, pelo menos, com um certo controle. Marçal Justen Filho¹⁶³, comentando a matéria:

A lei nº 9.637 tem de ser interpretada à luz da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Significa afirmar a impossibilidade de autorizar qualificação de organizações sociais sem a adoção de cautelas severas e rigorosas destinadas a evitar práticas reprováveis. Toda e qualquer alocação de bens, pessoal e recursos públicos tem de ser antecedida de providências evidenciadoras de que a solução será a mais satisfatória para o interesse público. Ou seja, é imprescindível verificar se a organização social se encontra em condições de cumprir seus objetivos e desempenhar as funções assumidas com eficiência maior do que a do Estado. Não se realiza contratação com organização social para obter resultados incertos ou menos eficientes do que os resultantes da atuação da Administração Pública.

Caso a Organização Social não tenha patrimônio próprio, não disponha de recursos para se auto-sustentar, nem pessoal qualificado para se desincumbir de suas funções, ou até mesmo, de experiência anterior no ramo das atividades objeto do contrato de gestão, e mesmo assim o Poder Público firme contrato de gestão com entidades com esse perfil, ficará patente a ofensa aos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, caracterizando desvio de finalidade. O preenchimento de determinadas formalidades, por entidades privadas, que atestam somente a sua existência como tal, não as credencia para firmar

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.34.

contrato de gestão, sob pena de ofensa aos princípios acima mencionados. Marçal Justen¹⁶⁴ esclarece:

A administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade. Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse público. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem à vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda a coletividade.

O princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso tem como finalidade averiguar se os meios utilizados pelo administrador são efetivamente adequados aos fins procurados. A contratação de Organizações Sociais, pelo simples fato de atender determinados requisitos sem, no entanto, ter qualquer relação de pertinência com os objetivos desejados, ofende o princípio da razoabilidade, porque as exigências a serem aferidas para esse fim, mais condizentes à capacidade operacional da entidade, têm natureza diversa daqueles observados em um primeiro momento, relacionados mais aos aspectos formais de sua existência.

Outro aspecto a considerar da Lei Federal 9.637/98, instituidora do título de Organizações Sociais frente à Constituição, diz respeito à ausência de procedimento licitatório para a concessão do título ou qualidade. Tendo em vista que a concessão do título é feita por ato discricionário do Poder Público, por intermédio do Ministro ou titular do órgão supervisor competente, que aprovará a qualificação após avaliação de conveniência e oportunidade, a lei federal 9.648/98, alterou a lei geral de licitação 8.666/93, no art. 24, para introduzir um novo caso de dispensabilidade de licitação no caso de celebração de contrato de gestão das Organizações Sociais com o Poder Público.

O Conselho de Administração das Organizações Sociais está autorizado, pelo art. 4º da lei 9.637/98, a adotar contratação de obras, serviços, compras,

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p.36.

alienações, plano de empregos, salários e benefícios dos empregados da entidade, também sem licitação. As Organizações Sociais estão, também, legalmente autorizadas a receberem recursos orçamentários a elas destinados e bens públicos, sem licitação, por meio de permissão de uso. Essas entidades terão regulamento próprio no qual devem ficar estabelecidos os procedimentos a serem adotados para a contratação de obras, serviços e compras com a utilização de verbas públicas. A gestão de pessoal das Organizações Sociais de que trata a lei federal em análise, apesar de ser feita com verbas orçamentárias, depende apenas de aprovação do seu Conselho de Administração, a quem compete aprovar o regimento interno.

A disposição constitucional que trata da investidura dos cargos e empregos públicos, inclusive das subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, com patrimônio próprio, não atinge as Organizações Sociais que não se submetem a esses dispositivos constitucionais por omissão da lei específica. Por outro lado, como utilizadoras de verbas e prestadoras de serviços públicos por força de um contrato de gestão, as Organizações Sociais obrigam-se aos princípios da administração pública. É certo que a lei 9.637/98 estabelece que os contratos de gestão devem ser firmados com obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Logo, deveriam estar subordinadas à realização de concurso público para a admissão de empregados.

O conteúdo da lei deixa transparecer que uma das principais vantagens das Organizações Sociais é justamente a agilidade na contratação de pessoal, considerando a exigência constitucional de um procedimento complexo e demorado, inclusive exigindo um processo seletivo até para empregos temporários. Na realidade a lei instituidora das Organizações Sociais, em nível federal, burlou a disposição constitucional, ao adotar um regime de direito privado na prestação de serviços públicos com verbas públicas. A previsão de absorção, pelas Organizações Sociais, das atribuições das Autarquias e das Fundações Públicas, demonstra uma clara fuga dos procedimentos

administrativos vinculados, exigidos na prestação de serviços públicos, de forma centralizada ou descentralizadas.

A Constituição Federal é taxativa ao disciplinar que a remuneração dos servidores públicos deve ser estabelecida em lei; que as despesas com pessoal ativo e inativo dos entes públicos não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Já se viu que, para as Organizações Sociais, a fixação é feita pelo contrato de gestão. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração na estrutura de carreira, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Pública, somente poderão ser realizados se houver prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesas e os acréscimos delas decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Mesmo utilizando verbas orçamentárias e prestando serviços públicos, as Organizações Sociais passam ao largo de tais exigências.

Os controles interno e externo das Organizações Sociais são atribuídos, privativamente, ao Conselho de Administração, de acordo com o art. 4º da lei federal 9.637/98. A competência privativa é utilizada no texto Constitucional para atribuir competência própria a uma entidade ou órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte.¹⁶⁵ Estabelecendo a lei 9.637/98 que a competência originária para exercer o controle é do Conselho de Administração, descarta a possibilidade do controle estabelecido na Constituição Federal, a partir do artigo 70. O controle, por força da Constituição Federal, a ser exercido sobre as Organizações Sociais é o controle interno do Poder Executivo, portanto o controle não pode ser privativo do Conselho de Administração.

No que respeita ao controle externo, a lei federal denota uma maior preocupação ao estabelecer nos artigos 8º, 9º e 10 que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de

atuação correspondente à atividade fomentada. A matéria não deveria ser tratada na lei porque é matéria constitucional, tratada no artigo 70 da Constituição Federal. Se as Organizações Sociais possuem, além de outros objetivos, o de absorver as atividades no âmbito da saúde, como se depreende do artigo 18 da lei 9.637/98, ao determinar que, em atendimento à comunidade, deverá submeter-se aos princípios estatuídos para o Sistema Único de Saúde, tratado no art. 198 da Constituição Social, tal dispositivo confronta os artigos 196 e 199 da Constituição, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Portanto, o Estado não pode se eximir da responsabilidade de prestar esses serviços, extinguindo entes públicos e transferindo essa responsabilidade para uma entidade não estatal, como as entidades qualificadas como Organizações Sociais.

A Constituição Federal também contempla o direito à educação, no art. 250, como direito de todos e dever do Estado. Com essa qualificação, afirma que deva ser prestado pelo Estado e regulado pelo regime de direito público. A absorção dessas atividades pelas Organizações Sociais implica na prestação sob a égide do direito privado. O artigo 1º da lei nº 9.637/98 estabelece que as Organizações Sociais poderão absorver atividades públicas na área de educação. A intenção do legislador é clara, substituir-se uma pessoa de direito público por uma de direito privado. As atividades tipicamente públicas passam a ser prestadas sob o regime de direito privado sem necessidade de obediência às normas de direito público. A previsão legal estende-se às atividades de pesquisa científica, de preservação do meio ambiente e à cultura todas elas de prestação pública, agora transferidas à prestação privada. A comunidade não está participando sob a forma de colaboração, e sim absorvendo atividades de competência da administração pública.

É indiscutível que a forma como as Organizações Sociais são regulamentadas é incompatível com as regras constitucionais estabelecidas para a prestação de serviços públicos. O objetivo traçado para o contrato de gestão

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo: 2000 p. 420.

entre o poder público e as Organizações Sociais é a formação de uma parceria para fomento e execução das atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. O contrato de gestão, sem dúvida, não se encaixa no conceito de parceria para fomento, uma vez que a lei prevê a absorção dos serviços prestados por autarquias e fundações públicas, numa clara substituição do ente público pelo privado, objetivando a prestação do mesmo serviço realizado pelo ente público extinto.

É lógico e razoável concluir que o fato de a Organização Social absorver atividade exercida anteriormente por ente estatal utilizando o patrimônio público e, inclusive, os servidores públicos que antes pertenciam aos quadros das entidades extintas, não deixa margem a qualquer dúvida de que a forma de Organização Social é apenas uma roupagem que esconde uma pessoa privada, mascarando uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. Trata-se da mesma atividade, que agora será exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio.¹⁶⁶

A submissão à legalidade e aos demais princípios da administração é regra que obriga o Poder Público. Os requisitos exigidos para os atos administrativos são conseqüências dessa obrigatoriedade. A lei que institui as Organizações Sociais, no âmbito Federal, subverte essa realidade ao afastar os procedimentos administrativos. O próprio Poder Público subverte a ordem, fuge das amarras legais, titulando entes privados como Organizações Sociais, garantindo maior flexibilização a atividades públicas, uma vez que, na forma da lei, essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado. Trata-se de um meio explícito de fugir ao regime jurídico de direito público. Afinal, os mesmos bens públicos, os mesmos servidores e até os mesmos recursos orçamentários, a mudança dá-se apenas no plano formal, ou seja, aquelas atividades que antes vinham sendo regidas pelo direito público, passará a ser regidas pelo direito

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 421.

privado. As atividades públicas, aparentemente, continuarão a ser desempenhadas como vinham sendo realizadas antes da transformação da entidade. Trata-se de uma clara fuga das regras de direito público como salienta Regina Pacheco, Presidente da Escola Nacional de Administração Pública:¹⁶⁷

A Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) será a próxima estatal a entrar no programa de publicização do governo. Em junho ela vai transformar-se, juntamente com o Instituto Nacional do Câncer, em Organização Social – OS. Figura criada pelo governo para viabilizar seu programa de reforma do Estado, a Organização Social é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, mantida, mas não controlada pelo Estado. Essa solução já foi adotada, há um mês, para o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e Fundação Roquette Pinto. (...) Virar OS (sic) vão nos dar mais vantagens, como uma maior flexibilização na contratação de pessoal, pela CLT e a eliminação da burocracia nas licitações (grifamos).

A ampla autonomia para contratar serviços, pessoal e alienar patrimônio público que a lei concede às Organizações Sociais faz gerar conclusões sobre possíveis problemas, tais como e a quem cabe assumir os débitos de uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, que devido a sua natureza não possui patrimônio nem capital próprios? Quem responderá por seus atos perante terceiros ou perante o Governo Federal diante da malversação das verbas a elas destinadas e quem garante as dívidas trabalhistas e com empresas contratadas? Como já comentado muito provavelmente recairá sobre os cofres públicos.

A utilização de verbas públicas pelas Organizações Sociais enseja a análise dessas entidades, perante as disposições contidas na Lei Complementar 101/2000 (lei de responsabilidade fiscal). As leis de Diretrizes Orçamentárias de todos os entes federativos, por expressa disposição da lei de responsabilidade fiscal, deverão conter obrigatoriamente as condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas ou privadas. Toda e qualquer despesa pública deverá obedecer às determinações contidas na referida lei, sob pena de se tornarem não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público,

¹⁶⁷ PACHECO Regina, apud Petição. Disponível em: www.pt.org.br/assessor/adin0s.htm acesso em 14/-4/2003.

sujeitando o administrador público responsável às penalidades previstas na mencionada lei. As Organizações Sociais, no cumprimento das atividades que lhe são atribuídas pelo contrato de gestão, não podem afastar-se da adoção de procedimentos calcados na observância compulsória dos princípios que devem nortear a atuação do Poder Público.

4 O CONTRATO DE GESTÃO E SUA PERSPECTIVA DE AÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Contrato Administrativo

O contrato se encontra, dentro das teorias dos negócios jurídicos, entre os atos bilaterais que se aperfeiçoam pela coincidência de dois ou mais consentimentos. Representa uma espécie do gênero negócio jurídico. Todas as vezes que para a formação do negócio jurídico houver dependência da conjunção de duas vontades, estar-se-á na presença de um contrato, que é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos.¹⁷¹ O âmbito dos contratos não se circunscreve apenas ao chamado direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado e até mesmo do direito público. O código francês, baseado na teoria de Photier¹⁷², estabeleceu uma distinção entre os contratos e as convenções. A convenção, como acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico. O vocábulo contrato, em sentido estrito, ficaria reservado àquelas convenções destinadas exclusivamente a criar obrigações. A teoria de Photier pouco prosperou em outros sistemas, mas, no Brasil, as duas expressões são usadas como sinônimas.

¹⁷¹ COLIN E CAPITANT. **Cours élémentaire de droit civil français**, apud RODRIGUES. Silvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações de Vontade. 4. ed.** São Paulo: Saraiva, 2003, Silvio Rodrigues. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. Vol. 3,** de acordo com o Novo Código Civil, p. 10.

¹⁷² PHOTIER ensina que: “Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c’est qu’un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c’est une convention. Une convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus; l. 1 § 11, ff. De pacto*. L’espèce de convention, qui a par objet de former quelque engagement, est celle qu’on appelle contrat”. (Traité des obligations, n.3, Oeuvres complètes de Pothier, Paris, Ed. Depelafol, 1835, v. I). apud RODRIGUES. Silvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações de Vontade. 4. ed.** São Paulo: Saraiva, 2003, Silvio Rodrigues. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. Vol. 3,** de acordo com o Novo Código Civil, p. 21.

A Administração Além dos atos administrativos, a Administração utiliza largamente o contrato, no qual uma forma jurídica nova é criada pelo acordo de vontades de dois interessados. Esses contratos são firmados pela Administração e utilizados de duas formas distintas. Por um lado, celebra contratos idênticos tal como são disciplinados no Direito Privado. O recurso usado pela Administração de utilizar-se do contrato privado é muito freqüente; é a regra no que diz respeito aos serviços industriais e comerciais e é característico do processo de gestão privada dos serviços públicos. Por outro lado, a Administração também pode praticar atos, que apesar de sua natureza contratual, são submetidos a regras diferentes das que regem os contratos privados, e sim, as regras particulares dos contratos administrativos.

A Administração Pública está vinculada ao regime jurídico de Direito Público, ainda que o contrato firmado seja submetido às normas do Direito Privado¹⁷². Para Lúcia Vale de Figueiredo¹⁷³, inexistem contratos privados da Administração Pública. Existem contratos da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora do Direito Privado. Roberto Dromi explica:¹⁷⁴

a maior parte das figuras jurídicas são comuns aos distintos ramos jurídicos. Não há figuras exclusivas do Direito Privado ou do Direito Público. A propriedade, os contratos, a responsabilidade, as servidões, o direito subjetivo etc., são instituições utilizadas comumente por ambos. São simplesmente `figuras jurídicas`, categorias gerais de direito, cuja essência permanece idêntica.

No início do século XX, quando da elaboração da teoria dos contratos administrativos, houve forte resistência a essa idéia, sob o argumento de que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude de sua posição de supremacia em relação ao particular; por outro lado, o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo, e ainda, que as

¹⁷² GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, t.III; Brewer-Carías, La Evolución del Contrato Administrativo, pp. 144-e segs.

¹⁷³ FIGUEIREDO. Lúcia Valle de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003, PP 497-498.

relações entre Administração e particulares só nasciam mediante ato administrativo.¹⁷⁵

A resistência verificada à existência de contratos administrativos explicava-se pelas concepções que predominavam no século XIX, e que versavam sobre contratos entre particulares. Tais resistências foram sendo progressivamente vencidas a partir das elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente, do papel desempenhado pelo Conselho de Estado francês. Os contratos administrativos são, portanto, acordos que a Administração Pública, nessa qualidade, celebra com pessoas privadas, naturais ou jurídicas ou públicas, para a consecução de fins públicos, e dentro de um regime de direito público. Ou ainda, um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁷⁶

4.2 Características dos Contratos Administrativos

Os poderes que são atribuídos à Administração permitem, desde que respeitado o objeto do contrato, que sejam estabelecidas cláusulas diferenciadas das de direito privado, constituídas nas modificações das prestações devidas pelo contratante, em função das necessidades públicas de acompanhar e fiscalizar a execução dos mesmos, de impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e de rescindir o contrato por ato unilateral se o interesse público assim o determinar.

¹⁷⁴ DROMI Robert. **Derecho Administrativo**, 5ª.ed., Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. S. d. p. 304.

¹⁷⁵ MEDAUAR. Odete. **Direito Administrativo Moderno**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pp. 232-3.

¹⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros: 2003, p.445.

Celso Antonio Bandeira de Mello ¹⁷⁷ refuta a opinião de que, no contrato administrativo, garantem-se os privilégios da Administração, ao afirmar:

O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes, como adiante melhor se dirá. Se assim fora, como é curial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse tais avenças. Foi, de resto, o que salientou Francis-Paul Benoit: `Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes.

O traço imprescindível, caracterizador do contrato administrativo, consiste no resguardo dos interesses dos contratantes, que se traduz no direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que preserva sua natureza comutativa. A existência de prerrogativas especiais ou cláusulas exorbitantes, que assim se qualificam por serem cláusulas que fogem ou exorbitam as regras do direito comum, não representa o aniquilamento ou diminuição do interesse do contratante, uma vez que lhe é garantida integral proteção ao equilíbrio econômico-financeiro. O contrato administrativo se desenvolve dentro de uma dualidade: por um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público que está substanciado no contrato; de outro lado, o contratante goza de integral garantia dos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo.

A desigualdade fundamental no contrato administrativo tem um limite do lado financeiro, pois o contratante, neste campo, se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração de suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais.¹⁷⁸ No Direito positivo brasileiro, compete à União expedir normas gerais sobre contratação em todas as modalidades, para a Administração Pública. Essas normas estão consubstanciadas na lei 8.666 de 1993, com algumas alterações posteriores.

¹⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio op. Cit., 2003, p. 447.

¹⁷⁸ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1965, p 108.

A Lei de Licitação e dos Contratos Administrativos ¹⁷⁹ consagra, no art. 58, um conjunto de prerrogativas em prol da Administração, nos limites e termos da lei, como: a) o de modificar o contrato unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados ao disposto na lei; b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei; c) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Finalmente, dentre as modalidades de contratos admitidos no Direito brasileiro, sujeitos ao Direito Administrativo, vai-se encontrar o contrato de gestão que tem sido utilizado como forma de ajuste entre a Administração Pública direta e entidades da Administração indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado.

4.3 Convênios e consórcios administrativos

Os convênios e consórcios administrativos, são tradicionalmente utilizados como instrumentos jurídicos aptos a formalizar atividades cooperativas entre os diversos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. O Art. 241 da Constituição Federal prevê a possibilidade dos entes federativos firmarem convênios e consórcios de cooperação. A Carta constitucional de 1988 consagra um federalismo de cooperação conforme se pode depreender dos artigos 10, 23, 71, 199 e 241. Convênio pode ser entendido como ato administrativo bilateral mediante o qual uma entidade pública acorda com outra ou outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho coordenado de atividades convergentes para a satisfação de interesses públicos concretos.¹⁸⁰

Por meio dos convênios criam-se obrigações ou encargos recíprocos por parte das entidades convenientes, tendo em vista certo objetivo. Os convênios,

¹⁷⁹ BRASIL, lei 8.666/93, **Licitações e Contratos Administrativos**, art.58 e incisos.

¹⁸⁰ PESSOA, Robertônio. **Curso de Direito Administrativo Moderno**. Brasília: Editora Consulex, 2000, p. 288.

portanto, apresentam características como a de serem acordados por entes que possuem interesses comuns; celebrados entre órgãos e entidades públicas de níveis federativos diferentes; entre órgãos e entidades públicas e entidades privadas, que supõem competências diferentes. Odete Medauar¹⁸¹ observa que se torna cada vez mais difícil estabelecer uma diferença radical entre convênios e contratos, com base nos interesses que norteiam os participantes, como se tem feito tradicionalmente, principalmente convênios firmados com entidades privadas.

Os consórcios são atos administrativos bilaterais em que uma entidade pública acorda com outra ou outras entidades públicas, da mesma natureza, o desempenho coordenado de atividades convergentes para a satisfação de um interesse público concreto. Ao contrário dos convênios que supõem competências diferentes, os consórcios pressupõem competências e responsabilidades comuns por parte dos consorciados. Os convênios e os consórcios podem apresentar os mais diversos objetos, de acordo com as diferentes necessidades coletivas a serem supridas e as peculiaridades de cada região. A natureza jurídica dos convênios e dos consórcios é bastante discutida. A posição clássica foi a enfrentada por Hely Lopes Meirelles¹⁸², para quem o Convênio é acordo e não contrato. Nos contratos, as partes têm interesses comuns e coincidentes. A posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos. Os consórcios são acordos firmados entre entidades estatais autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

¹⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Convênios e Consórcios Administrativos**. São Paulo: In Revista Jurídica da Procuradoria do Município de São Paulo, 2, p.75.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 24ª edição. Malheiros: São Paulo, 1999, p.360-4.

4.4 O Contrato de Gestão: Origens e Desenvolvimento

O Contrato de Gestão, segundo Siqueira Lima,¹⁸³ é de inspiração estrangeira, principalmente nas experiências francesa e inglesa. A experiência inglesa data da ascensão de Margareth Thatcher ao poder, em 1979. Buscou-se uma mudança durável nas formas de gestão da Administração Pública inglesa por meio da reforma das estruturas dos sistemas de informações, das formas de gestão financeira, dos recursos humanos e da cultura do *civil service*. Implantava-se em cada Ministério sistemas e estruturas, que permitissem aos responsáveis, de todos os níveis, ter uma visão clara de seus objetivos e desempenho.

O governo inglês concluiu que as supostas vantagens de uma administração gerenciada de maneira uniforme eram mais que superadas pelas desvantagens. O modelo inglês demonstrou uma forte decisão de substituir o modelo estrutural da Administração Central. Sheyla Maria Lemos¹⁸⁴, sobre a origem dos contratos de gestão esclarece:

... conforme vem denominado no Brasil, tem sua origem na França no final da década de 60, onde é conhecido como contrato de plano, quando aplicado a empresas públicas, e como contrato de serviços, quando aplicado a órgãos de administração pública não-empresarial (equivalência à administração direta, autárquica e fundacional brasileira). Consiste no estabelecimento periódico e sistemático de compromissos negociados e acordados entre nível local e o central acerca dos objetivos e metas para dado período de gestão, com o intuito de induzir a uma maior participação e coresponsabilização na operacionalização dos referidos objetivos e metas em cada período. Em contrapartida, o nível central concede ao nível local maior autonomia gerencial, liberando-o do controle de meios, que passa a ser realizado somente sobre os resultados alcançados.

¹⁸³ SIQUEIRA LIMA. **Contribuição à Eficácia na Aplicação do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais**. São Paulo: USP, 1998, Tese de Doutorado. p. 214.

¹⁸⁴ LIMA, Sheyla Maria Lemos. **O Contrato de Gestão e a Conformidade de Modelos Gerenciais para as Organizações Hospitalares Públicas**. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, 1996, nº 5, jul./ago. P. 101 e segs.

A experiência francesa, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸⁵, foi o berço idealizador do contrato de gestão e foi criado como instrumento de controle, revelou uma evolução das relações contratadas entre governo e empresas estatais e procurou sintetizar a proposta de modernização para a administração pública levada a efeito no final da década de 1980, como o chamado “Relatório Nora”, no ano de 1967.

O programa de modernização foi relatado pela Comissão Closets, desenvolvida por solicitação do primeiro-ministro Rocard, direcionada para quatro eixos principais: política de relações de trabalho renovada; política de desenvolvimento e responsabilidades; avaliação das políticas públicas; e política de atendimento e prestação de serviços aos usuários. Para aplicar a política de Renovação do Serviço Público, o governo propôs que os órgãos desenvolvessem projetos de serviço e sugeriu a criação de centros de responsabilidade, em caráter experimental. Observa-se na experiência francesa a mudança da natureza do controle, tendendo a minimizar os controles administrativos e a valorizar sistemáticas de avaliação de resultados a partir dos compromissos anteriormente assumidos¹⁸⁶.

Na evolução das doutrinas sobre os Contratos de Gestão, várias definições foram adotadas, tais como: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos¹⁸⁷. André de Laubaudère, Pierre Devolve e Frank Moderne, quando tratam dos contratos de gestão, os intitulam de “contratos discutíveis”, já que os mesmos revelam tratar-se de um acordo, não afirmando, sequer, se são ou não são realmente contratos.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contrato de Gestão**. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e as Organizações Sociais. Texto da Internet no site <http://pge.sp.gov.Br/aberturaprin.htm>. Acesso em 15 de julho de 2003.

¹⁸⁶ LIMA, Ivan Siqueira, **Contribuição à Eficácia na Aplicação do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais**. São Paulo: USP, 1998, Tese de Doutorado, p. 213.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 212.

¹⁸⁸ LAUBADÉRE, André; DEVOLVE, Pierre e MODERNE, Franck. **Traité des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983, t. 1:423 e ss.

4.5 O Contrato de Gestão no Direito Brasileiro

No Brasil, adotou-se o modelo francês, mas optou-se pela denominação Contrato de Gestão, tendo sido introduzido no texto constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4.6.98, que permitiu a implantação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Delineado constitucionalmente, no § 8º do art. 37, pode ser considerado como o acordo de vontades, firmado entre o Poder Público e os administradores de órgãos e entidades públicas integrantes da Administração direta ou indireta. Inicialmente, foi adotado no Brasil nas empresas estatais federais, cuja regulamentação foi objeto do Decreto Federal 137, de 27 de maio de 1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais.

À semelhança dos Contratos de Gestão, antes do advento do mencionado decreto, o Ministério da Minas e Energia já tinha compromissos de gestão denominados “Convênio de Desempenho”, com oito empresas Estatais como: Companhia Vale do Rio Doce, Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, Usiminas, Açominas, Companhia Siderúrgica de Tubarão, Companhia Siderúrgica Nacional, Aços Finos Piratini S/A e Cosipa.¹⁸⁹ Uma experiência anterior do Contrato de Gestão no Brasil foi a que resultou de acordo firmado entre o Ministério da Saúde e o Serviço Social Autônomo - “Associação das Pioneiras Sociais”. Anteriormente funcionando sob a forma de Fundação mantida pelo Poder Público, foi transformada em Serviço Social autônomo para fugir das amarras jurídicas impostas às Fundações pela Constituição de 1988¹⁹⁰. O acordo firmado entre as Pioneiras Sociais e a União estabelecia regras para regular a aplicação dos recursos. Baseava-se na idéia de um contrato de gestão porque buscava a autonomia gerencial e estabelecia controle de resultados.

¹⁸⁹ LIMA, Iran Siqueira. **Contribuição à Eficácia na Aplicação do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais**. São Paulo: USP. 1998, Tese de Doutorado, p. 213.

¹⁹⁰ Conforme Iran Siqueira Lima, in **Contribuição ao Estudo do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais**, p. 192; na exposição de motivos da lei que transformou a Fundação das Pioneiras Sociais em Serviço Social Autônomo continha expressamente que o motivo da transformação era fugir das amarras jurídicas impostas pela Constituição de 1988, particularmente no que concerne ao regime jurídico único, de natureza estatutária.

Apesar da constitucionalização do contrato, não há no direito brasileiro nenhuma lei regulando, especificamente, os contratos de gestão. As normas que cuidam do assunto fazem-no apenas regulando contratos específicos com entidades determinadas, como no caso da lei federal nº 9.637/98, que regula o contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e as Organizações Sociais. Os contratos de gestão foram admitidos para estabelecimentos de metas de desempenho com as Organizações Sociais e as Agências Executivas, trazendo uma série de indagações e questionamentos à doutrina administrativista.

O Plano Diretor de Reforma do Estado¹⁹¹ estabeleceu o Contrato de Gestão como compromisso institucional de resultados, com o propósito de contribuir ou reforçar o alcance de objetivos de políticas públicas, por meio de um programa de melhoria da gestão. Além de um programa de metas, com estabelecimento de obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes e mecanismos de avaliação e penalidades, representam uma espécie de instrumento-chave que regula relações entre órgãos públicos e entidades.

Figura jurídica que se aproxima ora com os contratos administrativos, ora com os chamados convênios, firmados entre pessoas jurídicas de direito público, ou entre órgãos do Estado e particular, difere dos convênios porque estabelece um estatuto normativo, criando autonomamente uma disciplina jurídica vinculante¹⁹². Este seria um requisito essencial para todo e qualquer contrato, administrativo ou não, já o contrato administrativo revela-se posteriormente, em face de existência de cláusulas exorbitantes.

Tradicionalmente, a doutrina costumava diferenciar os contratos administrativos e convênios, a partir da natureza das partes envolvidas. Os convênios seriam firmados apenas entre pessoas jurídicas de direito público. A diferença estabelecida não subsiste em face de não caracterizar a realidade e apresenta um duplo engano. Tanto os contratos como os convênios podem ser

¹⁹¹ BRASIL **Organizações Sociais**. Brasília: Cadernos do MARE – Ministério da Administração e da Reforma do Estado, vol. 2, 1997, p. 36 e segs..

firmados por pessoas jurídicas de direito público e admitem como partes pessoas jurídicas de direito privado. Outros fatores ainda são apresentados como distintivos dos dois institutos como, por exemplo, os interesses das partes. Os convênios visam à confluência de interesses e os contratos resultam de interesses contrapostos. O fator que justifica, realmente, a distinção entre contratos administrativos e convênios, que inclusive a doutrina e a jurisprudência parecem reconhecer, é que os convênios seriam passíveis de denúncia a qualquer tempo. Ainda que convênios *stricto sensu*, firmados entre órgãos públicos, a tendência parece ser extensiva aos convênios firmados com particulares.

Doutrinariamente, os convênios podem ser considerados contratos, ainda que com diferenças acentuadas em face da ausência da comutatividade e não existir um traço realmente distintivo no regime jurídico. No que diz respeito à comutatividade, os convênios podem ser considerados contratos. Em uma simples divisão entre eles, poderiam ser classificados em comutativos e cooperativos.¹⁹³ Não se pode negar que os convênios possuem traços essenciais que poderiam colocá-los entre as espécies de contratos, pois as partes que os celebram estabelecem uma disciplina jurídica que lhes é vinculante, consistente em direitos e deveres.¹⁹⁴

A possibilidade dos convênios serem denunciados a qualquer tempo não significa a inexistência de uma doutrina vinculante. Via de regra, o efeito é “*ex nunc*” e para que se opere é necessária a existência de motivação. No caso dos convênios, a Administração dispõe de uma ampla margem de discricionariedade. Nesse ponto reside a diferença fundamental entre os convênios e os contratos administrativos. A margem de discricionariedade outorgada ao administrador para o rompimento de um contrato administrativo é sensivelmente menor.

¹⁹² JUSTEN FILHO. Marçal. **Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética. S. d. p. 23.

¹⁹³ Id. *Ibid.*, 1997, p. 524.

¹⁹⁴ BORNHOLDT, Rodrigo. Santa Catarina, disponível em: <http://www.ufpr.br/direito/art/rodrigo.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2003.

4.6 Natureza Jurídica e Características do Contrato de Gestão

O Contrato de Gestão é uma categoria intermediária que está situada entre os convênios firmados pelos órgãos públicos e os contratos administrativos em geral. Possui uma menor margem de discricionariedade para rompimento lícito do ajuste e por isso se aproxima dos contratos. Assemelha-se aos convênios porque as partes visam a um escopo comum e não admitem responsabilidade por fato lícito.

Efetivamente, não parece que o contrato de gestão seja uma espécie de contrato, tendo em conta sua natureza jurídica, pois é da essência deste que os interesses em jogo sejam opostos ou contraditórios. Dúvidas têm sido suscitadas acerca da natureza jurídica do contrato de gestão, surgindo dentro desse contexto a denominação de uma nova figura jurídica denominada “termo de assunção de responsabilidades recíprocas”, situada entre o contrato e o convênio.

O contrato de gestão não tem natureza de convênio nem de contrato administrativo. É, no entanto, mais do que um termo no qual a entidade matriz estabelece responsabilidades assumidas pela entidade que recebe o recurso público e que se presta a determinados comportamentos. É um instrumento jurídico muito parecido com o termo de assunção de responsabilidades recíprocas, porque, no contrato de gestão, em si, não há repasse de recursos. O repasse de recursos ocorrerá, posteriormente, por meio de dotação orçamentária.¹⁹⁵

As normas do Contrato de Gestão prevêm a estipulação detalhada dos diversos direitos e deveres das partes, e com isso parecem conferir uma certa longevidade ao contrato, uma vez que o próprio objetivo da administração

¹⁹⁵ ANASTÁCIA, Antônio Augusto Junho. **Governo quer cuidar apenas de ações e áreas estratégicas**. Belo Horizonte : Revista do Legislativo. Belo Horizonte, S. d. ALEMG, n. 22, abr-jun., p. 20-26.

gerencial prevê a fixação e alcance de determinados resultados. Nesses contratos não se encontra algumas das características próprias dos contratos administrativos tradicionais consistentes basicamente na intangibilidade da equação econômico-financeira, na determinação do objeto contratual inalterável estruturalmente e no recebimento do preço avençado. Como princípio alternativo da equação econômico-financeira, existe uma espécie de “reserva moral” a ser respeitada pelo Estado¹⁹⁶.

Trata-se de uma espécie de acordo de gerenciamento e apresenta como objetivo fundamental a busca de metas previamente traçadas, visando a uma efetiva melhoria do produto ou serviço colocado à disposição do cidadão, destinando-se, principalmente, ¹⁹⁷ a classificar o foco da instituição, interna e externamente; oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado; definir níveis de responsabilidade e responsabilização e possibilitar o controle social, por resultados e por comparação com outras instituições.

Marcos Juruena¹⁹⁸²⁵ entende que o contrato de gestão tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como meta a redução dos controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilização das empresas estatais. Para Mukai ²⁰⁰, os contratos de gestão são contratos de direito público numa dimensão maior do que os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, devendo ser interpretados à luz dos princípios publicistas.

¹⁹⁶ BORNHOLDT, Rodrigo. Santa Catarina, disponível em: <http://www.ufpr.br/direito/art/rodrigo.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2003.

¹⁹⁷ BRASIL. **Organizações Sociais**. Brasília: Cadernos do MARE 9 MINISTÉRIO DA Administração e de Reforma do Estado, 1998, vol. 2. p. 37.

¹⁹⁸ SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 529 e segs..

²⁰⁰ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.425 e segs.

Objetivam estabelecer uma ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do órgão ou entidade pública. Nos contratos de gerenciamento, o gerenciador não age em nome do órgão que o contratou; apenas atua por ele, prestando-lhe um serviço especializado. Não representa o órgão contratante e não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre esses terceiros e o órgão público.

Trata-se, na realidade, conforme foi idealizado, de um compromisso de resultados, e necessita de cláusulas dentro dos parâmetros legais que definam os critérios de avaliação de desempenho. A finalidade desta espécie de contrato é incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público, tendo como metas a redução dos controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilização das empresas estatais²⁰¹.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado traçou algumas características para o contrato de Gestão. Estabeleceu que deve ser um documento flexível e dinâmico. Flexível, porque seus elementos básicos devem comportar ajustes decorrentes de situações peculiares; dinâmicos, porque deve espelhar a realidade, estando, portanto, sujeito a mudanças na medida em que se modificarem os objetivos ou o contexto das políticas públicas para as quais está orientado. São as seguintes as partes básicas de um contrato de gestão:²⁰²

a) disposições estratégicas que são os objetivos da política pública à qual se refere, missão, objetivos estratégicos e metas institucionais com seus respectivos planos de ação;

b) indicadores de desempenho como forma de representação quantificável, e também de natureza qualitativa, para a mensuração da obtenção

²⁰¹ SOUTO, Marcos Juruena. Op. Cit. , 2001, p. 529 e segs.

das metas propostas, baseada em um determinado padrão de excelência, convencionado para julgamento da adequação do nível de realização de cada meta programada;

c) definição dos meios e condições para o desempenho das metas pactuadas como recursos, níveis de autonomia e flexibilidades;

d) sistemática de avaliação a ser exercida pelo Ministério Supervisor a cada trimestre ou semestre, por meio de reuniões de acompanhamento ou avaliação, para objetivamente ser analisado o grau de atingimento das metas, com base nos indicadores propostos, cujos resultados serão objeto de análise com o objetivo de corrigir ou redirecionar as metas.

A um só tempo, é instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, e instrumento de gestão estratégica, na medida em que se direciona a ação organizacional. Devem conter cláusulas que indiquem o objeto, o objetivo, metas, obrigações da contratada, obrigações do Ministério ou Secretaria Supervisora ou Interveniente, o valor a ser alocado, acompanhamento e avaliação de resultados, suspensão, rescisão, vigência e renovação, publicidade e controle social, desqualificação e penalidades.

Vale salientar que a formulação e a negociação do contrato de gestão deve obedecer a três requisitos básicos: contexto institucional (políticas públicas e diretrizes governamentais para o setor de atuação); planejamento estratégico da instituição e metas respectivos, indicadores de desempenho e planos de ação. A negociação e aprovação do contrato são processos formais envolvendo a administração da instituição e o respectivo representante da Administração Pública, visando à explicitação dos interesses e à avaliação correta do conteúdo indispensável ao contrato, bem como à busca dos objetivos visados. Torna-se

²⁰² BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Vol 2.** Brasília: MARE – Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1998, p. 37 e 38.

imprescindível o acompanhamento contínuo do contrato para uma melhor avaliação do desempenho. Trata-se da fase mais relevante porque dela depende a obtenção da sua eficácia plena. A avaliação processa-se em três vertentes: geração de relatórios parciais e anuais; avaliação institucional e auditorias.

Tecendo críticas a respeito do contrato de gestão, Jessé Torres²⁰³, narra um pronunciamento do Deputado Agnelo Queiroz, sobre o Contrato de Gestão, com o seguinte teor:

É no campo da gestão do patrimônio público que o ilustre Relator esfrangalha, retorce e arrebenta com os princípios norteadores da atual Constituição, ultrapassando todos os limites de competência de um poder derivado. Assim é que cria a figura do contrato de gestão de órgãos públicos. Até bem pouco tempo atrás, o refrão dos neoliberais é que precisavam aparar o excesso de atribuições estatais, para que o governo pudesse se concentrar nas áreas básicas de saúde, educação, segurança. A figura do contrato de gestão desmascara esse mito: o que eles querem é entregar tudo, todo o patrimônio público, à iniciativa privada. É isso que significa esse contrato: entrega-se o patrimônio público, por exemplo, as universidades, os hospitais públicos, às ditas organizações sociais, com os prédios, as instalações, os aparelhos, os estoques de materiais, e ainda se repassa a esses empreendedores privados as verbas orçamentárias e deles só se exige em troca que cumpram determinadas metas. É o “contrato de gestão de resultados.

O contrato de gestão previsto na lei das Organizações Sociais, anterior à Emenda Constitucional 19, destina-se a ser estabelecido com uma pessoa privada. Jessé Torres²⁰⁴ pergunta, à parte as inconstitucionalidades e incoerências e acerca de qual o regime jurídico desses contratos, admitindo não ver como entender estarem sob a regência do Direito Administrativo. Como a matéria está posta na esfera federal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁵ afirma serem inegáveis o conteúdo da imoralidade contida na lei federal e os riscos que correm o patrimônio público e os direitos do cidadão:

Em primeiro lugar, fica nítida a intenção do legislador (como, aliás, nós mesmos já remarcamos) de fugir ao regime jurídico de direito público a

²⁰³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da Reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 172.

²⁰⁴ Id. Ibid. , 1999, 173.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 215-6.

que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social atividade exercida por ente estatal e utilizar patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvida de que, sob a roupagem da entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao Direito Público. Trata-se de entidades constituídas, com o objetivo único de se habilitarem como Organizações Sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades-fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o Poder Público.

Os contratos de gestão são firmados com dispensa da licitação. Foi previsto na lei 8.666/93, a qual sofreu alteração para esse fim específico, que a sua pactuação caracteriza uma forma de dispensabilidade de licitação. Por outro lado, a literal disposição do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que dispõe sobre a exigência de licitação para contratação²⁰⁶, objetiva dar concreção ao princípio da igualdade de todos perante a lei, postulado do Estado Democrático de Direito. Apresenta-se, assim, violada a disposição constitucional pela dispensabilidade licitatória, uma vez que é exigível o estabelecimento do certame, em face do direito de qualquer entidade de direito privado poder firmar contratos de gestão, desde que preencha os requisitos legais e seja voltada às atividades de pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à defesa do consumidor, à cultura e à saúde.

4.8 O contrato de Gestão como atuação de direito privado

A dogmática do direito administrativo rejeitava, inicialmente, o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública. Cabia a esta apenas a função de executar objetivamente a vontade geral da lei, vontade que não podia ser objeto de pactuação ou de ajuste, sob pena de desnaturação

²⁰⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**: Art. 37, inciso XXI : “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

de sua objetividade e ruptura do papel da lei.²⁰⁷ O Direito Administrativo sempre desconfiou dos interesses privados, e a doutrina foi construída sob a crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger impedindo qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade.²⁰⁸

Foi reconhecido, quando da vigência do Estado Liberal, que certas situações exigiam porque lhe era necessário e útil à Administração Pública recorrer à forma contratual para realizar algumas de suas funções, como uma forma de alargamento de tarefas da Administração. Uma das conseqüências mais importantes deste processo de alargamento, no Estado Social, foi o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato. Sérvulo Correia²⁰⁹ observa que não só o alargamento do intervencionismo econômico do Estado, assim como a busca de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões.

Essas formas têm sua origem no Direito Romano, mas apenas em meados do século XIX tornaram-se generalizados os recursos da Administração Pública à atividade contratual, em razão do enorme alargamento das tarefas que a Administração passou a desempenhar. À luz da concepção liberal do Direito Administrativo, este se constrói a partir de uma série de exceções ao Direito Civil, que são justificadas pela sua natureza diferente e específica. Em termos dogmáticos, isso explica porque se tenha julgado imprescindível demonstrar a originalidade dos contratos celebrados pela administração.

Após um inicial entusiasmo acerca do contrato administrativo, a doutrina francesa acaba por voltar sua atenção para o ato administrativo. Somente a partir

²⁰⁷ PAREJO, Alfonso L. **La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo como Forma Alternativa de Desarrollo de la Actividad Unilateral de la Administración.** In Eficácia y Administracion. S. d. p. 165.

²⁰⁸ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003, p. 262.

do pós-guerra, com a passagem para o Estado Social, o enorme alargamento da Administração Pública determina uma nova vitalidade à teoria dos contratos da Administração Pública.²¹⁰ Trata-se de uma nova forma de administração, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a esta como uma verdadeira alternativa, e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.

Giannini²¹¹ enfatiza que havia uma generalizada convicção de que os “instrumentos fundados sobre o consenso são preferíveis a instrumentos fundados sobre a autoridade”, e afirma que nessa administração por acordo estará o “administrar do futuro”. Giorgio Berti²¹² analisa que em um mundo dominado pela troca, não faria nenhum sentido que a Administração Pública se retirasse, pelo contrário, numa espécie de exílio monacal, para guardar de forma ciente o ícone do poder imperativo, do ato unilateral. Maria João Estorninho²¹³:

... neste período do Estado Social a Administração Pública sofre uma verdadeira recaída e todos os sintomas da síndrome” Dr. Jekyll e Mr. Hyde²¹⁴ “se voltam de novo a manifestar. Na realidade, uma das características mais típicas da própria dogmática administrativa desta fase é precisamente a afirmação da dualidade de regimes jurídicos aplicados à Administração Pública, expressa nomeadamente na distinção entre” gestão pública e “gestão privada” e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da Administração Pública”. Tal como no período do Estado Liberal, toda a atividade de Direito Privado da Administração Pública continua a ficar na sombra, sendo completamente voltada ao esquecimento pela doutrina, mais preocupada em aperfeiçoar aquilo que considera núcleo essencial

²⁰⁹ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Lisboa: Ed. Almedina, 1987, p. 353.

²¹⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Coleção Teses, Livraria Almedina, Coleção Teses, 1999, p. 44.

²¹¹ GIANNINI, Máximo Severo. **Diritto Amministrativo**, Vol. 2, 2. ed., Milano: Giuffrè, Milano, 1988, p.779.

²¹² BERTI, Giorgio. **Il princípio Contrattuale nell'Attività Amministrativa**. In Scritti in Onore di Máximo Severo Gianinni. Vol. 2. Milano: Ed. Giuffrè. 1988. p. 47-9.

²¹³ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit. 199, p. 46.

²¹⁴ Maria João Estorninho, faz referência citando Franz-Josef Kunert, a personagem do romance de Robert Louis Stevenson, acerca da dualidade da personagem e da eterna luta entre o bem e o mal celebrizado através de um dos grandes clássicos do filme de terror, “Dr. Jekyll and Mr. Hyde, o monstro em que o primeiro se transfigurava.

do Direito Administrativo, sobretudo em torno do seu caráter exorbitante e da noção de prerrogativa de autoridade.

Sem qualquer dúvida, o Contrato de Gestão marca uma consensualidade voltada para o Direito Privado. O Direito Administrativo não tem sido insensível à necessidade de construção de uma disciplina jurídica voltada para a consensualidade. Os esforços da doutrina e os objetivos traçados pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que objetivava redesenhar a Administração Pública, vêm impulsionando a regulação de alguns instrumentos de consenso²¹⁵.

A qualificação das Organizações Sociais, previstas na Lei Federal, n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, dá ensejo ao surgimento de parcerias, estabelecidas em um contrato de gestão, para o fomento e a execução de atividades voltadas para o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e a preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde. O Contrato de Gestão é na realidade uma verdadeira manifestação do consenso. A sua natureza afasta qualquer relação com o regime dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, que trata das Licitações e dos Contratos Administrativos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²¹⁶

A denominação utilizada (...) foi, porém, inadequada, uma vez que a natureza das relações que se estabelecem entre o Estado e a Organização Social não são contratuais. Com efeito, não pactuadas prestações recíprocas, resultante do sinalagma, voltadas a satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhe é comum. Está-se, portanto, diante de um ato administrativo complexo (...) A tais atos a doutrina denomina de convênios, embora fosse ainda mais apropriado denomina-lo de acordos de programa (...).

Reconhecer um terceiro gênero, autônomo, o dos acordos administrativos, tem a vantagem de destacar as diferenças entre a contratualidade e a

²¹⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003, p. 288.

²¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: S.../ed.p. 195 /196.

consensualidade. A consensualidade, estabelecida especificamente, em algumas leis, ainda não se encontra plenamente regulada no Direito Administrativo brasileiro.

4.9 Contrato de Gestão: contratualidade ou consensualidade?

Embora a nomenclatura legal utilizada para o termo de parceria entre Organização Social e o Estado foi a de contrato de gestão. A distinção entre contratualidade e consensualidade não é muito nítida, do que decorre alguma confusão, porque ambas integram um processo mais amplo levado a efeito pela Administração, na busca de parcerias na sociedade.

Entre os contratos e as formas de consenso existem diferenças sensíveis, como, por exemplo: o caráter patrimonial da prestação avençada, e a ausência de preocupação negocial ou econômica. Representam mais uma técnica de administração, “no sentido jurídico dessa expressão”, do que uma forma de intercâmbio de prestação patrimonial.²¹⁷ A consensualidade, via de regra, é utilizada mais comumente nas relações entre a Administração e os administrados, mas é possível essa relação ser estabelecida entre entes da Administração. Nesse contexto, pode-se incluir entre os instrumentos consensuais os acordos, os programas, os convênios, os protocolos e, mais recentemente, o chamado contrato de gestão, previsto no art. 37 § 8º da Constituição Federal.

A consensualidade, embora possa representar um ponto de comunhão entre dois tipos de relação jurídica consensual, é ponto convergente, na totalidade, entre eles. O consenso entre a Administração e os cidadãos é decorrência da idéia de participação na função administrativa, portanto, parece ser, antes, uma decisão administrativa²¹⁸. A consensualidade começa agora a

²¹⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Renovar, Rio de Janeiro / São Paulo – 2003, p. 274.

²¹⁸ Sobre a matéria ver Ernesto S. Damiani. **Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma..** Milano: Giuffrè, 1995.

ganhar força e ser objeto de estudo. No mundo todo, ainda é escassa a discussão normativa sobre o tema. Moreira Neto²¹⁹ formulou uma tipologia sobre a consensualidade na qual aponta suas possíveis manifestações:

Primo, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extrajudiciais: a regulática.

Secundo, a consensualidade na administração dos interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração.

Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com adoção de formas alternativas de composição.

O tema da administração consensual, sem dúvida, está intimamente relacionado à atividade administrativa de decisão e, por consequência, ao procedimento que antecede a decisão consensual. No Brasil, ou a Administração firma contratos ou age unilateralmente, por atos administrativos, como a principal característica da Administração Pública. No Direito Administrativo Brasileiro, o estudo sobre a consensualidade ainda é muito incipiente, embora não se possa dizer que o Direito Administrativo tenha ficado alheio a essa realidade e necessidade. O chamado contrato de gestão encontra-se de acordo com a lei federal nº 9.637/98, que dispõe sobre a concessão de títulos de Organizações Sociais e das parcerias entre essas entidades e o Poder Público, apresentando-se o como um autêntico instrumento de consenso.

²¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Op. Cit., p. 41.

5 CONTROLE DEMOCRÁTICO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

5.1 Organizações Sociais e Mecanismos de Controle

O vocábulo “controle” não possui raiz na língua portuguesa, sua origem pode ser encontrada no francês (*contrerôle*), com o significado de rol, ou um duplo registro. No inglês, o vocábulo controle (*control*) é mais vinculado a idéia de poder, de dominação²²⁰. No Brasil, usa-se a expressão “controle” nos dois sentidos. Scaff²²¹ aponta que, mais recentemente, a expressão tem sido usada no âmbito do direito privado e sua maior utilização diz respeito ao sentido de dominação, de regulação, surgindo daí a idéia de Agências Reguladoras da atividade econômica.

Pondé²²² lembra que o termo controle é encontrado nas letras jurídicas já em 1654:

O termo, diz-se, vem do fato histórico do registro de um rol de atos jurídicos, exigidos a partir de 1654, para efeito do pagamento de uma taxa: ‘c’est donc essentiellement opérer le rapprochement entre un rôle et un contre-rôle, dont le contrôle est une contraction’ (BERGERON, G. *Fonctionnement de l’Etat*-(Colin) 51, 52. Daí, duas versões: a do direito francês, segundo a qual o controle implica o reexame de um ato, ou situação jurídica, e outra, a do direito inglês, no sentido de poder diretivo, vigilância, predomínio sobre uma atividade programada.

²²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder do Controle nas SA`s**, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997, p. 09 e ss.

²²¹ SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de Gestão, Serviço Sociais Autônomos e Intervenção do Estado**: Porto Alegre: Coleção Teses. Ed. Notadez, 2001, Revista Interesse Público. Nº 12, p. 66 e segs.

²²² PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos da Administração Pública**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1998, jul/set. n. 139, p. 131.

As Organizações Sociais, conforme previsão do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado²²³, estão subordinadas a três mecanismos de controle fundamentais: O Estado, o Mercado e a Sociedade Civil. Esses controles funcionam como instrumento de eficácia das Organizações Sociais e dos Contratos de Gestão passíveis de avaliação dos seus objetivos e de suas metas. Partindo desses pressupostos, tem-se que as Organizações Sociais, estando submetidas ao controle estatal, estarão subordinadas a um sistema legal ou jurídico, constituído por normas legais e instituições fundamentais da sociedade, que é o mecanismo mais geral de controle, identificado com o Estado que estabelece princípios básicos para a dinâmica das outras formas de controle.

A existência de um controle de mercado parece paradoxal em se tratando de um ente prestador de serviços públicos não exclusivos, mas, na visão do Plano Diretor, como a eficiência é meta a ser alcançada pelos mecanismos da reforma, o controle de mercado está fundamentado na competição, já que o mercado é, na realidade, o sistema econômico onde vai se operar a prestação dos serviços públicos. O controle de mercado é considerado como o mecanismo preferível por ser o mais geral, o mais difuso e o mais automático, porque é por meio da concorrência que se obtém os melhores resultados, com os menores custos e sem necessidade do uso do poder²²⁴. Partindo dessa constatação, os teóricos da Reforma²²⁵ admitem que, como regra geral, sempre que for possível, deve ser adotado o mercado como mecanismo de controle.

A sociedade civil aparece como o terceiro mecanismo de controle, não a sociedade considerada linearmente, mas a sociedade estruturada de acordo com o peso relativo dos diversos grupos sociais. Os grupos sociais que compõem a sociedade controladora tendem a se organizar, ou objetivando defender interesses particulares, corporativos, ou em nome de interesses públicos.

²²³ BRASIL. **Reforma e Mecanismos de Controle**. Brasília: Cadernos do MARE de Reforma do Estado: 1998, vol.p. 36.

²²⁴ Id. Ibid., p.37.

²²⁵ Os intelectuais da Reforma foram liderados por Antonio Carlos Bresser Pereira e alguns estão citados no texto do II capítulo da tese.

5.2 Controle Estatal sobre as Organizações Sociais

Para este estudo interessa o controle estatal que incide sobre as Organizações Sociais que se insere na conformação das atividades dessas entidades com o interesse público e, portanto, com a lei. O controle decorre do poder de vigilância, fiscalização, correção, orientação a ser exercitado sobre essas Organizações no exercício da ação Administrativa de prestação de serviços públicos, que, por sua vez, deve ocorrer dentro dos estritos ditames da lei e dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. A finalidade do controle é a verificação sobre a conformação da Administração Pública com os princípios constitucionais inseridos no artigo 37 caput, da Constituição Federal, e constitui poder-dever dos órgãos e de pessoas jurídicas que a integram e que estão vinculadas às referidas entidades na condição de entidades que utilizam recursos públicos.

No âmbito público, o sentido de controle é traduzido nas idéias de fiscalização, averiguação, vinculada a auditorias e inspeção, em razão do uso de recursos públicos. A Constituição Federal de 1988 usou esse sentido nas disposições do artigo 70, que cuida dos âmbitos sobre os quais deve ser exercida a fiscalização, como seja: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre os aspectos da legitimidade, legalidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncias de receitas.

O instrumento que possibilita, portanto, o equilíbrio de forças no exercício do poder estatal é a Constituição, bem como as leis que dela derivam. De fato, para que haja um efetivo controle da Administração Pública, é indispensável a existência de funções independentes com garantias de autonomia. No Estado brasileiro, o princípio da separação dos poderes é garantia de controle que está conectada ao exercício das funções estatais, independentemente do órgão competente para exercê-lo. Afigura-se uma forma, talvez a maior delas, de

garantia dos administrados, em nome dos quais se justifica a própria existência do Estado. A atividade de Administração Pública é adstrita a uma finalidade cogente. A multiplicidade de relações que se coloca a cargo do Estado pressupõe a existência de planejamento, organização, direção, coordenação e, sobretudo, controle em variadas formas.

A questão do controle, no contexto brasileiro das ciências sociais, era um assunto *meio tabu*, segundo anotou Carlos Estevam Martins²²⁶, para quem as pessoas preferiam evitar o assunto, temendo talvez provocar mal-entendidos e reações de reprovação. Expressões freqüentes na mídia, como *transparência*²²⁷ e *accountability*²²⁸, revelam a preocupação crescente da sociedade com o tema de controle. Por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em exposição na FIESP²²⁹ sobre *O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras*²³⁰, afirmou, a propósito da atuação das referidas agências: *“Também não escaparão do controle, burocrático e burocratizante, dos Tribunais de Contas, sempre mais preocupado com pormenores do que com a realização da tarefa para o qual o ente foi instituído”*.

A submissão do Estado a regras conduz à certeza de que em qualquer poder social, em qualquer organização, há sempre um conjunto de regras básicas que lhe dá coesão e lhe permite a sobrevivência histórica. O controle sob os primados da lei surgiu, efetivamente, como controle de legalidade no Estado de Direito, já que se baseia na sua submissão à lei e a uma ordem interna e superior.

²²⁶ MARTINS, Carlos Estevam. **Governabilidade e Controles**. Rio de Janeiro:Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 1989. v. 23, n.1, janeiro, p.5.

²²⁷ O site <www.transparencia.org.br> mantido pelo capítulo brasileiro da Transparência Internacional contém informações sobre o tema transparência.

²²⁸ A propósito de accountability sugerimos o excelente texto de Anna Maria Campos. **Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro:FGV, fev./abr. 1990.

²²⁹ Palestra proferida na Federação da Indústria do Estado De São Paulo.

²³⁰ Texto sobre a reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR) em 30/03/2000.

Publicado no Caderno 18 de Debates do Instituto Roberto Simonsen da FIESP. São Paulo.

Sobre a idéia de que o poder sempre esteve, no mundo moderno, associado à preocupação do seu controle e de que o controle é um derivado do conceito de poder, entende-se que, desde o princípio, a sensação humana de poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas e, por isso, toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle²³¹. Já em 1789, no limiar do Estado de Direito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²³² estabelecia, no artigo 15, que "a sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração".

Seja no Direito Público seja no Direito Privado, a expressão administração designa "a atividade do que não é senhor absoluto".²³³ Cumpre ressaltar que a Administração Pública, também, não é senhora absoluta de toda atividade pública, toda prestação de serviço público, por qualquer forma que seja prestado, não pode estar imune aos controles legais. A Constituição Federal contempla duas espécies de controle estatal, o interno e o externo, além do controle social ou popular, que, ultimamente, tem sido objeto de estudos. O controle interno da Administração Pública está constitucionalmente previsto do art. 74, que determina a Administração, dos três poderes, a manutenção de um sistema integrado de controle interno com a finalidade de avaliar os cumprimentos de metas previstos no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; de exercer o controle das operações de crédito; avais e garantias²³⁴.

Não obstante o caput dos artigos 70 e 71 da Constituição da República em princípio ter confiado ao legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas) a titularidade do controle "externo" da Administração Pública, este último dispositivo enumera competências (I a XI) que são atribuídas exclusivamente ao

²³¹ MANNHEIN, Karl. **Liberdade, Poder e Planificação Democrática**, São Paulo: Mestre Jou, 1972.

²³² **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Texto retirado da Internet. Disponível em www.Terraviva.pt/ancora/2254/dudh.htm. Acesso em 15 de outubro de 2003.

²³³ LIMA, Ruy Cirne. **A Organização Administrativa e o Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo S./ ed., 1987, p.21.

Tribunal de Contas, razão pela qual se torna imperiosa a existência de uma seara de movimentos (atos) da Administração, cujo controle compete tão-somente a este órgão. A propósito, é precisa a anotação de Frederico Pardini:²³⁵

Se, por um lado, como declara a Constituição em seu art. 71, caput, o controle externo está a cargo do Congresso Nacional, e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, por outro lado, no mesmo caput, está claramente preceituado que todas as competências enumeradas nos incisos I a XI, do mesmo art. 71, são outorgadas diretamente ao Tribunal de Contas. É ao Tribunal de Contas que compete o exercício e a prática da maioria absoluta das atividades de controle externo, ou seja, o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos e desempenho dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade, fiscalização esta que, como dispõe o art. 70, será exercida mediante controle externo, e pelo controle interno de cada poder.

O constituinte de 1988 repartiu a competência para o controle contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional da Administração Pública por dois órgãos estatais: o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas. Quando o Poder Legislativo atua nessa seara, o faz com o auxílio do Tribunal de Contas, que, por sua vez, recebeu do constituinte competências que lhe são próprias e exclusivas.

Classificações diversas surgem quanto aos tipos de controle, sempre tendo em vista os critérios utilizados. Neste diapasão, vai-se encontrar classificações quanto ao sujeito que realiza o controle, quanto ao órgão que o exerce, quanto ao momento de sua realização ou finalmente quanto à posição que se encontra o controlador e o ato ou o órgão objeto do controle, conforme integre ou não, a estrutura externa ou interna do órgão controlado.

Os tipos básicos de controle estatal são os *interno* e o *externo*. O interno, desempenhado por órgãos e agentes da própria administração. Restringe-se, via de regra, a um controle de legalidade e tem índole preventiva ou concomitante à

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, p. 163.

²³⁵ PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: Órgão de destaque Constitucional**. Belo Horizonte: UFMG, 1997, tese de Doutorado, p. 75.

atuação da administração. O controle externo é realizado por entidades públicas ou particulares situadas fora do âmbito da Administração.

O controle interno encontra-se expresso na previsão do art. 74 da Carta Constitucional brasileira, e é também denominado de *autocontrole*, *autotutela* ou *controle administrativo*. Corresponde ao poder de fiscalização e de correção que a Administração Pública exerce sobre sua própria atuação sob os aspectos de legalidade e de mérito, por sua própria iniciativa ou por provocação. Encontra-se fundamentado nos princípios constitucionais a que se submete a Administração. Trata-se de obrigação constitucional e legal.

O sistema de controle interno desenvolve-se ou desencadeia-se no âmbito da administração direta, em consequência da desconcentração e da subordinação hierárquica. Quanto aos entes descentralizados, pode-se verificar essa espécie de controle, mas não em decorrência da hierarquia, e sim, em decorrência da supervisão. O controle interno abrange ainda os concessionários e permissionários de serviços públicos, por exercerem atividades delegadas pela Administração Pública na forma da Constituição e das leis específicas.

Fundamenta-se, o controle interno, em razões de ordem administrativa e mesmo política²³⁶. Sem controle não há, nem pode haver, em termos realistas, responsabilidade política. A responsabilidade pública depende de uma fiscalização eficaz dos atos do Estado. O controle externo é exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo. As formas de controle externo se assentam sobre o princípio da separação dos poderes do Estado de Direito que fixa no plano constitucional regras disciplinadoras do controle.

As Organizações Sociais estão sujeitas aos controles: contábil-financeiro, legislativo e administrativo e, de acordo com o art. 4º da Lei Federal de nº 9.637/98, estão também sujeitas, a controle do seu Conselho de Administração.

²³⁶ DROMI, Robert. **Derecho Administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: 1966 ,p. 673.

Em relação ao controle contábil-financeiro, que caracteriza a participação do Tribunal de Contas, não há diferença entre o procedimento que incide sobre as Organizações Sociais e o que se pratica sobre as demais instituições que utilizam recursos públicos. O controle do legislativo é auxiliado por relatórios técnicos do Tribunal de Contas, sem esquecer que, além desse controle, há uma outra dimensão no controle do legislativo, que é o controle político, próprio do Poder Legislativo, e que indiretamente retrata um controle de natureza social.

O principal instrumento de controle das Organizações Sociais é, sem dúvidas, o contrato de gestão. Por meio desses contratos, as Organizações Sociais, prestam serviços tipicamente públicos, recebem verbas públicas e para elas podem ser cedidos servidores e bens. Dos contratos de gestão, que vinculam a Organização Social ao Poder Público, devem constar cláusulas necessárias, por expressa disposição de lei, como as que versem sobre as metas; os indicadores de produtividade; os prazos para consecução das metas estabelecidas e para vigência do contrato; os critérios para avaliação de desempenho; as condições para revisão; suspensão e rescisão e as penalidades aos administradores que descumprirem resoluções ou cláusulas contratuais.

Os Contratos de gestão sujeitam as Organizações Sócios à supervisão do órgão competente da Administração Pública. Marcos Juruena²³⁷ afirma que os contratos de gestão devem ser supervisionados pelo respectivo Ministério e que a execução será fiscalizada pelo órgão ao qual a atividade está vinculada e os resultados devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, que encaminhará à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

O plano de reforma do Aparelho do Estado brasileiro veio munido de uma sistemática desburocratizante que privilegia o controle de resultados. Os

²³⁷SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização, Privatização, Permissão, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 532.

contratos de gestão são os instrumentos eleitos para a implantação dessa sistemática, vez que, por intermédio de órgãos ou de entidades públicas, têm sua autonomia aumentada. Como consequência, há a flexibilização dos controles, os quais, hipoteticamente, devem atentar apenas para o cumprimento de metas (objetivos).

Todavia, Gualazzi²³⁸ sintetiza a distinção:

o controle de resultados significa um alargamento do controle de mérito, no tocante à avaliação crítica da atividade administrativa. O controle de resultados ultrapassa o controle de mérito: o de mérito conecta-se apenas aos primeiros momentos de execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético, quanto aos resultados finais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada. Em termos lógico-formais de extensão, o controle de legitimidade apresenta extensão mínima, o de mérito extensão média e o de resultado extensão máxima.

Em verdade, toda essa transformação passa pela crítica ao modelo weberiano de organização formal – a burocracia racional. A hierarquia, cuja origem é mágica e religiosa, passou a ser burocrática quando foi organizada de maneira racional, constituindo uma corrente de funções arranjadas numa relação escalar com o poder superior sobre o imediatamente inferior. Nessa corrente, cada cargo é constituído como um pequeno sistema de direitos e deveres em situação de interação com os demais cargos, superiores e inferiores.

Assim também ocorrem nas relações interorgânicas e interpessoais, no seio da Administração Pública. Não há nada de novo no modelo da administração que se pretende implementar. É uma tentativa de aplicação de teorias próprias da administração na organização estatal, classicamente burocratizada. O estatuto das Organizações Sociais deve prever, também como requisito da qualificação, *sujeição* da entidade à publicação no Diário Oficial da União do *relatório de execução* de acordo ou contrato de gestão (relatório

²³⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 204 e 205.

gerencial das atividades desenvolvidas, apoiadas pelo Poder Público, e não apenas do relatório formal da contabilidade da entidade)²³⁹.

O controle é meio de garantia da consecução das finalidades públicas e de proteção dos direitos e interesses dos administrados contra atos lesivos ou simplesmente ilegais da Administração Pública, em todos os âmbitos de governo. Os serviços prestados pelas Organizações Sociais são serviços públicos próprios do Estado, realizados à custa do Estado e, muitas vezes, por meio de servidores públicos e com utilização de bens patrimoniais do Estado, buscam atender os interesses públicos, que consistem, em última análise, na finalidade da Administração Pública.

O Contrato de gestão, que foi idealizado como um documento *flexível e dinâmico*²⁴⁰, apresenta, entre outros, um aspecto extremamente relevante que diz respeito ao seu *acompanhamento e avaliação*, por meio de instrumentos de aferição que, na busca dos resultados, constatem a sua eficácia ou ineficácia. A destinação do contrato de gestão, enquanto instrumento que regula a relação entre o Poder Público e as Organizações Sociais, pode ser assim enumeradas:

- a) Clarificar o foco da instituição, interna e externamente;
- b) Oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desejado;
- c) Possibilitar os controles, social por resultado, e por comparação, com outras instituições.

Assim, o Contrato de Gestão funciona como instrumento de controle, pois o seu acompanhamento e a avaliação de desempenho permitirão a adoção de estratégias de ação mais eficazes, e permitirão a redefinição dos objetivos e metas pactuadas, além de ser um excelente instrumento para avaliação de

²³⁹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Reforma do Marco Legal do terceiro Setor no Brasil**. Porto Alegre: Notadez, 1999, Revista Interesse Público, vol. 1, 1999, p.6,

²⁴⁰ BRASIL. Cadernos do MARE da Reforma do Estado, nº 2 **Organizações Sociais**. Brasília: 1998, p.37.

desempenho dos gestores da instituição. Como um compromisso institucional, o propósito do contrato de gestão é atingir objetivos de políticas públicas mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, visando conseguir uma qualidade superior do produto oferecido.

Como ato bilateral, por parte da Administração, apresenta-se como um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida que vincula recursos à busca de finalidades públicas. Por parte da Organização Social, é um instrumento de gestão estratégica porque direciona a ação da organização para uma ação voltada à prestação de serviços públicos satisfatórios para os cidadãos²⁴¹.

Paulo Modesto²⁴² afirma, ao estabelecer os traços comuns entre os títulos de Organização Social e de utilidade pública que, entre outros traços comuns, submetem-se a uma vigilância especial e a limitações de ordem administrativa, que vão além do simples poder de polícia exercido sobre as demais pessoas privadas. Submissão ao regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado, com derrogações de direito público. As sujeições dos Contratos de Gestão, firmados com as Organizações Sociais, aos mecanismos de controle, fundamentam-se em razões de ordem administrativa, jurídica e política. O controle interno dos contratos de gestão, fundamentado nas razões e sujeições de ordem pública e contratual acima analisadas, previne os vícios e as possíveis irregularidades.

O controle, ao ser exercitado, pode utilizar os próprios procedimentos estabelecidos, por força de lei, nos contratos de gestão, como, por exemplo: supervisão, intervenção, limitações etc. ou procedimentos outros, preventivos ou repressivos, ou auditorias verificadoras ou controladoras, com respaldo no art. 70, caput, e parágrafo único da Constituição Federal Brasileira vigente.

²⁴¹ BRASIL. **Organizações Sociais**. Brasília: Cadernos do MARE da Reforma do Estado, nº 2, 1998.

²⁴² MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Op. Cit**, p.12.

Os contratos de Gestão, firmados entre Organizações Sociais e o Poder Público, sujeitam-se a todas as formas de controle externo constitucionalmente previsto. O controle parlamentar direto pode e deve incidir sobre as Organizações Sociais, previstos, entre eles, por exemplo, as comissões parlamentares de inquérito, sustação do contrato, pedido de informação, convocação de autoridade, entre outros. A doutrina já existente sobre o controle dos contratos de gestão é explícita, ao afirmar a submissão dos mesmos ao controle estatal externo dos Tribunais de Contas, tanto prévio, quanto concomitante e posterior, sob suas diversas formas. Respaldam, o referido controle externo, os dispositivos do art. 70, caput, e parágrafos único e 71, inciso II, entre outros dispositivos da Constituição Federal ou outros controles legais.

Ao Ministério Público, também, cabe exercitar atuações controladoras sobre os contratos de gestão das Organizações Sociais. Hugo Mazilli ²⁴³, em relação à competência do Ministério Público sobre os contratos de gestão afirma:

O papel do Ministério Público na defesa do Patrimônio Público é hoje previsto na Constituição. Entretanto, não lhe cabe atuar como advogado da Fazenda: esta tem seus próprios procuradores. Nem se exige que o Ministério Público intervenha em toda ação em que se discuta questão patrimonial afeta ao erário ou a Fazenda Pública. A *mens legis* consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público, para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que especial razão exista para tanto, como quando o Estado não tome iniciativa de responsabilizar o administrador anterior ou o em exercício por danos por estes causados ao patrimônio público, ou quando razões de moralidade administrativa exijam seja nulificado algum ato ou contrato da administração que este insista em preservar, ainda que em grave detrimento do interesse público primário.

O Ministério Público do Distrito Federal ingressou com Ação Civil Pública, com pedido de liminar, em desfavor de Organização Social do Distrito Federal, em razão de pretensas irregularidades na contratação e intermediação de mão-de-obra. Ao longo do pedido, os Membros do Ministério Público peticionantes, os

²⁴³ MAZILLI, Hugo. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p.95.

Procuradores Diógenes Lourenço, Fernanda Cunha e Nino Franco²⁴⁴, resumem as características das Organizações Sociais ou do programa afirmando:

Existe a previsão de intervenção nos serviços autorizados quando houver descumprimento das obrigações assumidas no contrato de gestão, porém, não há dispositivo que preveja alguma garantia especial ao patrimônio público, no caso de sua dilapidação pelas organizações sociais.

Além das Organizações Sociais serem passíveis do exercício do Controle Jurisdicional, sob o aspecto da legalidade, no cumprimento das metas do Contrato de Gestão, que se fundamenta na garantia constitucional de inafastabilidade da função Jurisdicional, é importante trazer à colação o pronunciamento do Tribunal de Contas da União –TCU, manifestado nos autos do processo nº 004.170/1998-9, em sessão realizada no dia 2 de setembro de 1998, publicado no Boletim do TCU nº 63/98,²⁴⁵ quando então firmou entendimento de que as contas anuais das Organizações Sociais são submetidas àquela Corte de Contas.

Em razão dessa deliberação a Corte Federal de Contas acrescentou à sua Instrução Normativa nº 12/96, publicada no Diário Oficial da União de 10/07/2000, um parágrafo único no art.22, que se refere aos documentos que devem constar das contas de todos que firmem contratos de gestão com a Administração Pública. O Relator da referida Corte de Contas Federal manifestou no retro citado processo, em relatório e voto do seguinte teor:

...O Grupo de Trabalho entende que as Organizações Sociais submetem-se à égide controladora do TCU. Essa conclusão expressa no Relatório, a seguir transcrita: “ 152 - Assim, de acordo com o disposto na Lei das OS, os gestores dos contratos de gestão se

²⁴⁴ LOURENÇO, Diogenes; MORAES, Fernanda e FRANCO, Nilo. **Ação Civil Pública:** Para nulidade de contrato de gestão firmado para simular contratação por intermediação do Ministério Público Federal do Distrito Federal, Promotores: Diógenes Antero Lourenço, Fernanda da Cunha Moraes e Nilo Franco. Jus Navigandi <http://www1.jus.com.br/peças/texto.asp?id+141> &p=2. Acesso em 18 de outubro de 2003.

²⁴⁵ Tribunal de Contas da União –TCU, processo nº 0004.170/1998-9 – Sessão de 02 de setembro de 1998 –Boletim do TCU nº 63 p. 98.

encontram sob a jurisdição dessa Corte de Contas não apenas quando derem à causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, situação, aliás, na qual se enquadram todos que de alguma forma utilizam ou gerenciam recursos públicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas e privadas, consoante comando constitucional inscrito no inciso II do art. 71 c/c o parágrafo único do art. 70 da Carta Magna. Mas, também, esses gestores, por força da literalidade do comando legal acima transcrito, estão submetidos à fiscalização do TCU quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de todos os seus atos de gestão que envolvem recursos públicos. Ou seja, o controle externo a ser exercido sobre os contratos de gestão abarca, por imposição legal, o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial praticados pelos responsáveis na execução dos referidos contratos, no que diz respeito a recursos públicos, quanto a sua regularidade e legalidade. Além disso, em vista do comando constitucional contido no art. 70 da C.F, a competência desta Corte inclui a fiscalização do aspecto operacional da gestão, o controle finalístico dos serviços públicos, natureza indubitável dos serviços a serem prestados pelos OS>

Em seu voto, diz o Relator do TCU:

Destarte, não vislumbro razão para que as organizações sociais furtamente ao controle exercido por este Tribunal. Os argumentos ofertados no Relatório em comento servem ao propósito de reforçar a premissa de que o controle a ser desempenhado pelas entidades supervisoras das OS, por força do disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.637/98, não exclui o controle a cargo deste Tribunal, que detém competência constitucional para tanto, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que estabeleceu explicitamente, no parágrafo único do art. 70, que a prestação de contas é devida por “...qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utiliza, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que em nome dela, assumas obrigações de natureza pecuniária”. Portanto, tenho por oportunas as conclusões a que chegou o Grupo de Trabalho instituído pela Ordem de Serviço nº 16/98, permitindo, com isso, a atuação do TCU no controle finalístico das chamadas organizações sociais, baseada em parâmetros objetivos constantes do contrato de gestão.

Por imperativo constitucional, com efeito, as Organizações Sociais submetem-se ao Controle dos Tribunais de Contas, ainda que não exista na lei instituidora tal determinação.

6 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

6.1 Os Caminhos do Direito Administrativo

O Estado Absolutista, com referência ao direito, já apresentava o que Jorge Miranda chamou de desdobramento²⁴⁵, uma dualidade entre o Público e o Privado. Por um lado, o Estado propriamente dito dotado de soberania e, pelo outro, o “Fisco”, entidade de direito privado e sem soberania. Na fase que antecedeu à revolução francesa, o Estado adotou o lema “*The king can do no wrong*”, e cultivava a idéia de irresponsabilidade do Estado. Essa irresponsabilidade, no entanto, era largamente atenuada em razão de, em sendo um estado absolutista, representar um risco menor de interferência na esfera jurídica dos particulares e por não ser possível qualquer ação contra a Coroa para dirimir possíveis litígios que surgissem entre os particulares²⁴⁶.

A solução encontrada foi a de criar, ao lado do conceito ainda nebuloso de Estado, uma entidade de direito privado a quem pudesse ser imputada a responsabilidade de eventuais prejuízos causados aos particulares. Surgiu, nesse contexto, a teoria do fisco, baseada no desdobramento entre o Estado, que tem o poder soberano, mas não tem patrimônio, e o fisco, que apenas tem patrimônio, mas não é dotado de poder público. Era, o fisco, uma espécie de ficção por meio da qual era possível que o Rei, sem perder a soberania, pudesse estabelecer relações jurídico-privadas com os particulares, celebrando contratos,

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo I, Coimbra: Editora, Coimbra, 1990, p.

²⁴⁶ SOARES, Rogério Ehrhardt, **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra, 1995, pg. 60.

comparecendo em juízo e estando sujeito a que, contra ele, os particulares reivindicassem seus direitos.

A Administração usava, nesse período da história, forma jurídico-privada de atuação sujeita ao direito comum e não se falava ainda em Direito Administrativo. Marcelo Caetano²⁴⁷ observa que, no antigo regime, em meados do século XVIII, a enciclopédia do Direito resumia-se a uma meia dúzia de disciplinas e em todas elas aparecem relações entre os particulares e a Coroa. Porém, Jean Louis Mestre²⁴⁸ afirma não ser uma verdade absoluta, pois, ainda no período medieval, já existia a percepção de algumas regras aplicáveis à Administração Pública, principalmente as que diziam respeito aos privilégios do fisco. As regras especificamente administrativas remontam ao século XVIII e surgem em oposição ao direito comum. De um lado, a lei civil cobrando os cidadãos em pé de igualdade uns com outros; e do outro, as exigências do bem comum.

No Estado Liberal, no que se refere à atividade de direito privado da Administração Pública, as características mais marcantes estão inseridas em duas idéias fundamentais: as idéias de liberdade e de separação dos poderes. Em nome dessa liberdade é que, no Estado Liberal, se afirma a necessidade de limitar o poder político. O processo de criação do Direito Administrativo, à luz da afirmação da necessidade de mecanismo de limitação, induziu a que Prosper Weil²⁴⁹ afirmasse:

A própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a atividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior ao do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere “ligado” (vinculado) pelo direito.(...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminado por toda parte. (...) Fruto de um milagre, o direito administrativo só subsiste, de

²⁴⁷ CAETANO, Marcelo. **Tendências do Direito Administrativo**. Lisboa: Ed. Ática, 1974, p. 429.

²⁴⁸ MESTRE, Jean-Louis. **Introduction Historique au Droit Administratif Français**. Paris: Ed. P.U.F, 1985, pág. 53

²⁴⁹ WEIL Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra; Almedina, 1977, Trad. Almedina, 1977, p.7.

resto, por um prodígio cada dia renovado. (...) Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juízes, do espírito e do tempo.

Burdeau²⁵⁰ opina em sentido contrário a Weil, afirmando que o direito administrativo não possui nenhum um caráter milagroso. A contrário, a disciplina resulta de uma tradição na qual se lê o grande princípio em que o poder deve ser regrado, para realizar seus objetivos e se inscrever no tempo. O nascimento do Direito Administrativo insere-se, assim, no contexto do que Rogério Soares²⁵¹ chamou de visão liberal do mundo alicerçada na separação entre o Estado e a sociedade.

A teoria da separação dos poderes desencadeou a criação dos Tribunais Administrativos e, como fruto da atuação dos próprios Tribunais, surge o Direito Administrativo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve forte influência no advento desse ramo jurídico, em decorrência da separação dos poderes determinou a separação entre as funções estatais, o que evidenciou a existência de uma função administrativa. A teoria de Montesquieu permitiu a formação do princípio da legalidade e, na França, a influência deveu-se ao reconhecimento de que as lides que envolvessem essa função administrativa deveriam ser decididas por um juiz especial.

Pode-se considerar o Direito Administrativo como possuindo uma natureza, de certa forma, singular. Desenvolveu-se em países de tradição romana por meio de construções jurisprudenciais, processo típico encontrado no direito anglo-saxônico que, por sua vez, até meados do século XX, recusava a existência da disciplina. Surgiu em um período marcado pelas grandes codificações e assim continuou, sem nunca possuir uma compilação geral de suas normas, continuando sem sistematização e fragmentário.²⁵²

²⁵⁰ BURDEAU, François. **História do Droit Administratif**, Paris: PUF, 1995, p. 22-23.

²⁵¹ SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Coimbra: Ed. Atlântica, 1969, p. 31.

²⁵² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 2.

As atividades de Direito Privado da Administração Pública acompanharam o desabrochar do Direito Administrativo e surgiu como resultante e instrumento do liberalismo e como meio de realização da atividade administrativa. Atividade esta centrada na proteção do indivíduo contra o executivo e que ao mesmo tempo representou a realização da vontade desse mesmo executivo²⁵³.

A Administração do Estado Liberal, reconhecidamente agressiva aos direitos dos particulares, deveria incidir, sem dúvida, sobre o ato administrativo enquanto manifestação dessa autoridade e como atuação administrativa subordinada ao Direito que determinou o aparecimento da moderna concepção do Direito Público. Concepção alicerçada na limitação do poder do Estado, enquanto fisco e enquanto entidade soberana dotada de prerrogativas.²⁵⁴

A atividade do Estado passou a ser submetida à lei e ao Direito Administrativo, inclusive, as demais atividades da Administração. Tendo havido a intenção de criar um Direito específico para a atuação da Administração Pública, compreendeu-se que, aquilo que resta de sua atividade de direito privado, seja muito pouco e apareça quase como uma atividade alternativa.²⁵⁵

Maria João Estorninho²⁵⁶ comenta que o aspecto mais interessante a salientar é o fato de, no fundo, quer no Estado Absoluto quer no Estado Liberal, a atividade de direito privado da Administração Pública ser sempre considerada como uma exceção. Aquilo que, em relação a essa questão, verdadeiramente constituir a diferença entre os dois períodos é o fato de, no primeiro caso, a outra atividade do Estado não estar sujeita à lei, ao passo que no Estado Liberal passa a estar subordinada ao Direito Administrativo.

²⁵³ SOARES, Rogério Ehrhardt. Op. cit., 1969, p. 7.

²⁵⁴ CAETANO, Marcelo. **Tendências do Direito Administrativo**. Lisboa: Ed. Ática, 1974, p. 431.

²⁵⁵ GIANINNI, Massimo Severo. **Direito Administrativo**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988, vol. 2, p 777-778.

²⁵⁶ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., 1999, p. 34.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social funcionou como uma alavanca para grandes mudanças, na esfera social, econômica e cultural e onde o Direito Público sofreu, inevitavelmente, grandes embates. Esse modelo de Estado caracterizou-se por um grande elenco de funções, não se restringindo apenas ao intervencionismo econômico, porém, abrangendo sua ação cultural e social. A intervenção passa a funcionar como instrumento da felicidade individual.

A Administração torna-se especialmente complexa e tende a se ocupar praticamente de tudo, desenvolvendo a sua atividade em todos os setores da vida econômica. Os fins do Estado são colocados ao encargo da Administração Pública e diretamente relacionados com as necessidades coletivas de segurança, bem-estar econômico, social e cultural. A evolução administrativa que se verificou no Estado Social provocou o alargamento das relações entre a Administração e o cidadão, trazendo como conseqüências sérias transformações, passando a exigir uma atuação mais eficaz, mais autônoma e mais submetida a controles.

Esse caráter mais ativo e porquanto mais interventivo da Administração Pública é indissociável de novos métodos ou instrumentos de atuação. A intervenção da Administração Pública nem sempre é exeqüível por meio da administração burocrática tradicional e por isso precisa recorrer a novos modelos de organização e de atuação mais dinâmicos e flexíveis. Esses novos modelos foram trazidos do Direito Privado e se, até então, a utilização do direito comum era reduzida praticamente ao contrato dos bens indisponíveis ao funcionamento, ampliou-se. Os atos de direito privado, praticados pela Administração Pública, são aqueles que, de modo contínuo ou descontínuo, institucional ou ocasional, são praticados pela Administração Pública e possuem como traço comum, qual seja, o de serem atos regulados pelo direito privado.²⁵⁷

²⁵⁷ GIANINNI, Máximo Severo. **Ativita Amministrativa**, in Enciclopédia Del Diritto, vol.3 ed. Varese: Giuffrè, 1958, p. 994 e segs.

Gradativamente, ampliou-se a utilização do direito privado por parte da Administração Pública. Pode-se dizer que, no Estado Social, o recurso das formas de atividades jurídico-privadas podiam ter caráter meramente instrumental, servindo para a aquisição de bens necessários ao funcionamento dos serviços, realização de obras públicas ou outras atividades para as quais admite-se a forma pública ou privada.

6.2 Um direito privado administrativo?

A origem da teoria do Direito Privado Administrativo é alemã, cujo conceito, segundo Maria João Estorninho²⁵⁸, é atribuído a H.J. Wolff, embora haja quem atribua a descoberta científica a Wolfgang Siebert, que, por sua vez, distinguiu o Direito Privado Administrativo da atuação puramente fiscal da Administração.²⁵⁹ De acordo com Maria João Estorninho, Siebert iniciou seu estudo a partir do Direito Privado, enquanto Wolff partiu do Direito Público. Na realidade, parece tratar-se de uma feliz coincidência:

Wolff partiu da distinção entre “fiskalischer Verwaltung”, na qual a Administração Pública se serve das formas jurídicas privadas, e “hoheitlicher Verwaltung”, na qual utiliza as formas de direito administrativo. Nesta última, distingue ainda a “obligkeitlich” e a “schlichte Hoheitsverwaltung”, havendo exercício de poder autoritário na primeira e na segunda não. Wolff entendia haver Direito Privado administrativo quando uma entidade da Administração atuasse sob formas jurídico-privadas, para prosseguir de forma imediata fins administrativos públicos. Para ele, o lugar do Direito Privado Administrativo era assim a chamada “administração fiscal” ou, em bom

²⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., 1999, p. 121.

²⁵⁹ ZEJSCHWITZ, Friedrih, apud ESTORNINHO, Maria João, **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, coleção teses, 1999, p. 121.

rigor, uma zona intermédia, entre uma área tipicamente fiscal (“fiskal²⁶⁰”) e a administração soberana (“hoheitlich”).²⁶¹

De acordo com Wolf²⁶², esse Direito Privado Administrativo possui uma especificidade que está no fato de a entidade administrativa não gozar de plena autonomia privada negocial, estando sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas. A Administração Pública estaria expressamente vinculada aos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado Administrativo, especialmente à liberdade e à igualdade.

Por outro lado, coube a Siebert²⁶³ verificar que, no caso das relações de prestação em massa (“massenmaessig geformte Leistungsverhaeltnisse”), o Direito Privado aplicado se afasta das regras clássicas do Direito Civil. Chamou, também, a atenção para o fato de o Direito Público ter começado a criar formas jurídicas próprias para determinados fenômenos sociais coletivos e concluiu ser inevitável a aproximação das regulamentações jurídico-públicas e jurídico-privadas no âmbito da atividade administrativa típica do Estado.

Diversas críticas têm sido feitas às teorias comentadas em face das diversas dificuldades que desencadeiam, principalmente na determinação das fronteiras entre a busca da forma direta ou indireta de fins públicos pela Administração Pública, ou entre atividade soberana e fiscal. Aqueles que defendem que a área de Direito Privado Administrativo se distingue do “fisco” propriamente dito, no fundo, defende continuar a manter uma parte da atividade de Direito Privado da Administração Pública completamente à margem de qualquer enquadramento jurídico-público.²⁶⁴

²⁶⁰ Sobre a noção de fisco ver José Manoel Sérvulo Correia, **Os Princípios Constitucional da Administração Pública**, in Estudos Sobre a Constituição, Vol 3, Lisboa: Ed. Livraria Petrony., 1979, p. 661 e segs.

²⁶¹ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**, teses, Livraria Almedina, Coimbra – 1999. p. 121 e 122.

²⁶² WOLFF, apud ESTORNINHO, Maria João Estorninho. Op. Cit. 1999, p. 122.

²⁶³ SIEBERT, apud ESTORNINHO, Maria João. Op. Cit p. 122 e 123.

²⁶⁴ CORREIA, José Manoel Sérvulo, **Os Princípios Constitucional da Administração Pública**, in Estudos Sobre a Constituição, Vol 3. Lisboa: Ed. Livraria Petrony, 1979, p. 389.

Maria João Estorninho²⁶⁵, referenciando Ehlers²⁶⁶, comenta que a tendência da doutrina começa a ser no sentido de que, para qualquer atuação da Administração jurídico-privada, exista um especial Direito Privado Administrativo, com utilização de normas de Direito Privado Geral, complementadas, substituídas ou modificadas por especiais vinculações de Direito Público. Significa dizer que, na medida em que for admissível a atuação jurídico-privada para o cumprimento de atividades administrativas, existem as formas jurídico-privadas, mas não a liberdade e as possibilidades das pessoas jurídico-privadas²⁶⁷.

A teoria defendida por Wolf sofre variada crítica de natureza doutrinária. Cantucci²⁶⁸ admite que a Administração quando celebra um negócio de Direito Privado, os direitos e deveres nascidos dentro dessa relação ou negócio serão disciplinados pelo Direito Privado, mas admite que uma parte dessa relação é sempre regulada pelo Direito Público resultante das características subjetivas e decorrentes da organização da Administração.

O advento do Estado de Direito provocou, na Itália, o abandono da velha dualidade de personalidade do Estado. As atividades passam a ser subordinadas ao Juiz, portanto, desaparecem as relações que podiam ser subtraídas ao império do Direito. Verifica-se a unicidade da personalidade estatal.²⁶⁹

A atividade administrativa é essencial à vida do Estado, as atividades de Direito Privado são apenas subsidiárias e se restringem-se apenas ao campo das relações patrimoniais do Estado. As duas atividades estão ligadas e a atividade jurídico-privada funciona como meio para se adquirir os serviços para serem utilizados pela atividade administrativa. O Estado possui, assim, excepcionais poderes, até nas relações jurídico-privadas.

²⁶⁵ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit. 1999, p. 129 e 130.

²⁶⁶ EHLERS, apud Estorninho. Maria João. 1999, pg, 128

²⁶⁷ BULL, Hans Peter, apud Maria João Estorninho, op. cit. 1999, 1999, p. 129.

²⁶⁸ CANTUCCI, Michele. **L'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione**. Padova: Ed. CEDAM, 1941.

A Itália admite procedimentos administrativos complexos para a prática de atos administrativos que definem o conteúdo do contrato administrativo e sindicáveis por meio de processo administrativo. Em face do contingente de normas que se destinam a regular o conteúdo desses contratos, já se considera existindo um Direito Privado especial, próprio da Administração²⁷⁰.

Gianninni²⁷¹ distingue a atividade privada da Administração e a atividade administrativa de direito privado. Considera a atividade administrativa de Direito como sendo atividade administrativa em sentido próprio, que diz respeito à prossecução de interesses públicos, mas desenvolvendo-se segundo as regras do Direito Privado. A atividade administrativa de direito privado é mais complexa, podendo apresentar duas diferentes situações: uma atividade administrativa de direito privado com caráter institucional e uma outra com caráter alternativo. A de natureza institucional é aquela exercida pelas atividades administrativas quando atuam exclusivamente em regime de direito privado.²⁷²

6.3 Novos atores para o Direito Administrativo

Colocando a doutrina jurídico-administrativa dentro do contexto liberal da época, torna-se possível compreender o porquê da tendência da doutrina administrativista de proteger os direitos dos particulares, por meio de limitações progressivas de prerrogativas administrativas. A doutrina liberal parte do princípio de que o bem-estar do cidadão depende do livre jogo das suas atividades privadas e não da intervenção do Estado, sendo possível assegurar a maior proteção dos administrados, sem arruinar o interesse geral.²⁷³

²⁶⁹ RAIMONDI, Salvatore. **I Poteri Amministrativ nell'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione**, Palermo; Ed. Ateneo, 1968, p. 10-3.

²⁷⁰ Id, *ibid.*, 1968, p. 14/15.

²⁷¹ GIANINNI, Massimo Severo, **Diritto Amministrativo**, in Enciclopédia Del Diritto, Vol 12, Milano: Ed. Giuffrè, Milano, 1963. p. 777-9.

²⁷² Id. **Attività Amministrativa**, in Enciclopédia Del Diritto. Varese: Giuffrè, 1958, vol.3, p. 994.

²⁷³ DEBBASCH, Charles. **Lê Droit Administratif face à l'Évolucion de l'Administration Français**, in Mélanges offerts a Marcel Waline, Tomo 2, Ed. L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 343 e ss.

É certo que toda construção clássica do Direito Administrativo buscava regulamentar a ação do “velho estado de modelo liberal”²⁷⁴, do que decorre a dificuldade de conciliação, no Estado Social, entre a proteção dos administrados com o interesse geral, tornando custoso encaixar nesses quadros tradicionais as novas de formas de atuação administrativa²⁷⁵. A gradativa intervenção da Administração na sociedade já não provocava qualquer surpresa, decorrendo, em consequência, o desaparecimento da tradicional separação entre o Estado e a sociedade. As atuações de ambas já não se distinguem e passam a exercer influências recíprocas, desaparecendo o antigo antagonismo antes. Passa a existir um verdadeiro emaranhado de realidades administrativas²⁷⁶. Ao mesmo tempo em que a Administração Pública se via parcialmente submetida ao Direito Privado, o Direito Administrativo extrapolava o seu âmbito para aplicar-se a entidades exteriores ao seu quadro de atuação. Os anos de 1940 marcam o início da perda da unidade do Direito Administrativo cujo campo de atuação se torna indefinido.

Sobre o período referido, Prosper Weil²⁷⁷ afirma que a *confusão das palavras e de idéias ainda estava só a começar* e se tratava de um *espetáculo desorientante*, de uma disciplina que à medida que se tornava cada vez mais importante à natureza, os limites se tornavam mais incertos, o autor admite, ainda, uma crise no Direito Administrativo, para cujo *domínio ninguém tinha a chave nem conhecia a fronteira*. Um sintoma da crise de que fala Prosper Weil²⁷⁸, foi o fato do tão propalado ato Administrativo ter perdido a sua condição de protagonista nas relações com o Estado e os cidadãos.²⁷⁹ O fato é que, em determinado momento, tomou-se consciência de que o ato administrativo é apenas um instrumento da atuação da Administração e, como tal, pode lesar direitos de particulares.

²⁷⁴ SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Coimbra: Ed. Atlântica, 1969, p. 86 e 87.

²⁷⁶ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977, p.28.

²⁷⁷ Id. Ibid., 1977, p.28.

²⁷⁹ NIGRO, Mário. **Giustizia Amministrativa**. 3. ed. Bologna; S. ed. 1983, p. 34 e 35.

Agora são dois os problemas para afligirem a doutrina: por um lado, as formas de atuação da Administração Pública; e por outro, a necessidade de criação de garantias para os particulares em face dos atos da Administração.²⁸⁰ No Estado Social de Direito, passa a prevalecer uma nova sistemática das formas de atuação da Administração Pública, orientada para as finalidades Públicas. Novos modelos organizacionais passam a regular a atividade administrativa. Uma mesma atividade administrativa passa a poder ser exercida por pessoas públicas e privadas. Pessoas fictícias, de direito privado, dirigidas pela Administração Pública. O Direito Administrativo tradicional não poderia reger essas novas atividades. Passa-se então a admitir que esses serviços poderiam ser regulados pelo Direito Privado.

O Estado providência ou de bem-estar, a partir dos anos de 1980, entrou em crise. Ao crescimento desmesurado da Administração Pública e do Estado, associam-se fenômenos graves de ineficiência e de aumento da burocracia. Por sua vez, as exigências feitas aos cidadãos para suportar as despesas cada vez maiores do Estado e a falta de imparcialidade, agravadas pelos escândalos e a corrupção, suscitaram uma reação quase generalizada de desconfiança e insegurança do cidadão perante o Poder Público.²⁸¹

Entra em discussão o crescimento do Estado e das funções por ele desempenhadas, repensa-se a dimensão da máquina administrativa, a ineficiência da Administração e o paradigma burocrático. Sem dúvida, o intervencionismo estatal diminuiu as fronteiras entre o Estado e a sociedade, levando a Administração a entrar nos domínios que, anteriormente, no Estado liberal, estava adstrito à atuação dos particulares.

No Brasil, o Decreto lei 200, de 1967, por exemplo, permitiu a criação das pessoas jurídicas de direito privado para explorarem atividades econômicas e até

²⁸⁰ MACHETE, Rui Chancerelle. **Considerações sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social.** In Estudos de Direito Público e Ciência Política. Lisboa: Ed. Fundação Oliveira Martins – Centro de Estudos Administrativos, 1991, p, 403 e ss.

prestarem serviços públicos, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Patrícia Baptista comenta que²⁸²:

A crise do Estado-providência, em vez de provocar a volta da Administração ao âmbito do direito público, somente fez aumentar o recurso ao direito privado, associado freqüentemente à busca pela eficiência. Agora, já não se trata apenas da atuação da Administração sob formas de direito privado, mas igualmente da realização de atividades públicas por pessoas privadas, através de privatizações e parcerias das mais diversas naturezas. Está em causa, portanto, um fenômeno que a doutrina passou a designar como a "fuga para o direito privado". Tal "fuga" tem como principal reflexo a dificuldade de determinação do regime aplicável a cada atividade da administração exercida fora do âmbito das relações tradicionais de subordinação.

O Direito Administrativo surgiu como ramo do direito público por excelência, constituindo um regime derogatório do direito comum nas relações entre os particulares e a Administração Pública, mas foi buscar fórmulas tradicionais do direito privado, para regular relações jurídico-administrativas, que foram intensificadas a partir de 1950, com o desenvolvimento do Estado do Bem-estar ou de providência. A nova realidade do Direito Administrativo, que já não se ajusta ou mal se ajusta à tradicional dicotomia entre direito público e direito privado, levou alguns doutrinadores, entre os quais Sabino Cassese²⁸³, a afirmar que o Direito Administrativo nem é direito público nem privado:

em ningún país el Derecho administrativo forma parte del Derecho público, consistiendo, en cambio, en una combinación de principios iuspublicitas y de normas y principios iusprivatistas sin una jerarquía (unitaria) entre los dos. Esta combinación se realiza de formas muy diversas que van desde una aplicación integral de principios de Derecho privado, a una suerte de Derecho privado, a una fusión de Derecho privado y Derecho público..

Atualmente, já não se discute a velha dicotomia do direito em público e privado como sendo absoluta. Privilegia-se uma concepção unitária da ordem jurídica. Os dois processos, tanto de publicização do privado como de

²⁸¹ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, teses, 1999. p. 47.

²⁸² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 11.

²⁸³ CASSESE, Sabino. **Lãs Bases do Derecho Administrativo**. Madrid: INAP, trad. Espanhola de Luís Ortega. Madrid, 1994.

privatização do público, não são considerados incompatíveis e, de fato, completam-se um no outro. A publicização do direito privados reflete o processo de subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade representada pelo Estado, que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; a privatização do público, por sua vez, representa a revanche dos interesses privados por meio da formação dos grandes grupos que servem de aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.²⁸⁴

A partir das reformas verificadas nos países centrais, como a Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Austrália, Estados Unidos, Suécia, França, Itália, e os países em desenvolvimento, com predominância os países da América Latina, procurou-se reformar o Estado e a Administração Pública, buscando reencontrar a eficiência por meio das privações e da revalorização da sociedade civil.

No Brasil, como já ficou evidenciado em capítulo anterior, buscou-se a reforma gerencial da Administração, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que teve como marco institucional a idéia de Estado e o seu papel. Procurou-se delimitar a atuação do Estado em três áreas ou tipos de atividades: atividades exclusivas, os serviços sociais e científicos não exclusivos ou competitivos e a produção de bens e serviços para o mercado.

Dentre os instrumentos criados pelo Plano Diretor de Reforma do aparelho do Estado, as Organizações Sociais, no entender do próprio idealizador da reforma brasileira, Bresser Pereira²⁸⁵, seria a instituição que teria mais repercussão. Às Organizações Sociais, entidades sem fins lucrativos, localizadas no terceiro setor, seriam destinados os serviços sociais e científicos. Os serviços Públicos, não exclusivos do Estado, são transferidos para essas Organizações que, à custa do Orçamento Público, prestam serviços estatais sob a égide do Direito Privado.

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: Por uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. 26-7.

²⁸⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. Brasília: ENAP, Editora 34, Brasília –DF, 1998, p. 235.

O que a reforma gerencial do Estado buscou foi uma espécie de “desintervenção”, como aponta Maria João Estorninho²⁸⁶, nas atividades instrumentais, sem prerrogativas de autoridade e em que exista concorrência no setor privado. O critério utilizado para essa chamada desintervenção não foi aquele de classificação em áreas temáticas de atividades da administração, mas das características das próprias tarefas desempenhadas, como a sua natureza e relação com as atribuições principais do ente público, o tipo de poderes envolvidos e a forma como podem ser exercidos e, ainda, contratar serviços com o setor privado.

Ossenbuhl²⁸⁷ lamenta a falta de uma doutrina geral sobre tarefas jurídico-privadas do Estado e define as formas de atuação da Administração Pública de maneira expressiva, como “as portas, através das quais, a atividade amorfa da Administração, na sua imensa multiplicidade, se introduz no universo ordenado do direito”. A ampliação dos fins do Estado trouxe como consequência a adoção de novas formas de atuação da Administração Pública que não precisaram mais se disfarçar como formas publicistas²⁸⁸.

É certo que uma larga parte da doutrina, por influência de administrativistas alemães, tratada no item anterior, denota admitir a existência de um direito privado administrativo que é, na realidade, um direito adaptado à Administração Pública, como esclarece Almiro do Couto e Silva,²⁸⁹ pela incidência de normas de direito público.

Na visão de Luciano Perejo Alfonso²⁹⁰, para essa doutrina, a eleição do direito privado pela administração não supõe qualquer liberação das limitações e

²⁸⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 48/49.

²⁸⁷ OSSENBUHL, Fritz. **Oeffentliches Recht und Privatreht in der Leistungsverwaltung** apud Deutsches Verwaltungsblatt. Ed. Carl Heymanns, Koeln/Berlin/Boonn/Munchen, 1974, pp. 541 e 542.

²⁸⁸ GIANINNI, Máximo Severo. **Diritto Amministrativo**, in Enciclopédia Del Diritto, vol 2 . Milano: Ed. Giuffré, 1988, p.778.

²⁸⁹ SILVA, Almiro do Couto e. **Os indivíduos e o Estado na Realização das tarefas Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997, p. 43 a 70.

²⁹⁰ ALFONSO, Luciano Perejo. **Organización y Actividad em la Administración Pública: Eficácia y Amministracion**. Madrid: Três Estúdios, INAP, 1995, p. 76.

vinculações próprias do Direito público-administrativo e nega que exista liberdade para a Administração na eleição de suas formas de atuação, se pública ou se privada. Primeiramente, porque a Administração não tem capacidade jurídico-privada geral e porque não possui liberdade para utilizar ou servir-se do direito privado como se se tratasse de um sujeito ordinário. A extensão da capacidade jurídico-privada se rege por atribuições concretas de direitos e obrigações, assim, a cada momento, o ordenamento deve determinar ao Estado, e como consequência à administração, que se reconheça alguma capacidade jurídico-privada e qual a extensão dessa capacidade.

Mesmo no regime de direito privado, essa teoria, fundada em sólidos argumentos, não é pacífica e ainda precisa que seja consolidada numa possível teoria geral da atividade privada da Administração Pública²⁹¹. Estorninho²⁹² reconhece a aparente inevitabilidade de uma diversidade de regimes dentro do próprio direito administrativo e que, mesmo com o regime de direito privado, nunca a Administração se equipara inteiramente a pessoas privadas, reconhecendo, ainda, uma vinculação permanente aos direitos fundamentais.

No direito brasileiro essa é uma realidade inevitável, de certa forma devido à constitucionalização do Direito Administrativo. A nossa Constituição concentrou no capítulo VII do seu Título III – Da Organização do Estado, a maioria das disposições sobre o regramento da Administração Pública, contemplando-a ainda em outros vários pontos. A Carta Constitucional de 1988 separou a Administração Pública do Governo, reconhecendo a autonomia da função e da estrutura administrativa, além de, explicitamente, enumerar, no caput do artigo 37, os princípios condicionadores da Administração, que vão desde a exigência de concurso para o ingresso nos quadros até a ampliação do controle sobre a atividade administrativa.

²⁹¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 16.

²⁹² ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, teses, 1999, p. 97 e segs.

Sérgio de Andréa²⁹³ analisa, nos seus comentários à Constituição de 1988, que o crescimento dessa estrutura e dessa função no Estado Contemporâneo justifica e, mais ainda, exige que a matéria jus-administrativista ascenda ao nível constitucional. Por outro lado, fixa-se, desse modo, com nitidez, a distinção entre o núcleo político do governo de cada entidade federativa e o segmento estrutural administrativo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹⁴ comenta:

efetivamente, temos que esse sistema de princípios e de normas constitucionais regedoras do direito administrativo nacional, vigente para todas as unidades político, muito além dos benefícios que normalmente já defluem apenas pela unidade e coerência doutrinárias, abre um imenso campo à ação de controle de legalidade e legitimidade, interno e externo, provocado ou *ex officio*, de fiscalização ou de correção, à disposição do próprio Estado, por seus órgãos próprios de zeladoria da ordem jurídica e da sociedade.

Realmente, a Constituição de 1988 trouxe grandes avanços, mas pecou por excesso de detalhismo que lhe trouxeram severas críticas. Vê-se que o constituinte apegou-se a inúmeros detalhes. Esse detalhismo induz a uma certa descrença dos constituintes no legislador ordinário, como, por exemplo, quando trata da remuneração dos servidores públicos e a crença social que impregnou também os constituintes de que na Constituição deveria caber tudo.²⁹⁵

O tratamento constitucional dado à Administração Pública, em face da Reforma Administrativa a que se comprometeu o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, quando da sua eleição, ensejou severas críticas às suas disposições, que foram consideradas como engessamento das administrações dos entes federados.

²⁹³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição: arts. 37 a 43**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 20.

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Administração Pública e a Revisão Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Vol 187, 1992, p. 48 e segs..

²⁹⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 76.

A Emenda Constitucional nº 19/98 surgiu em um contexto de críticas generalizadas e foi direcionada para a adequação da reforma gerencial que precisava de uma profunda alteração constitucional. Longe de eliminar o detalhismo casuístico, a Emenda acrescentou à Constituição cerca de 48 novas regras relativas à disciplina da Administração Pública. O que a Emenda Constitucional nº 19 buscou e todas as outras que reformaram a Constituição, no governo de Fernando Henrique Cardoso, quando Bresser Pereira, era ministro do antigo Ministério da Administração e Reforma do Estado, foi a adequação da Constituição à Administração Gerencial que estava sendo implementada e que buscava uma “fuga para o direito privado”²⁹⁶.

As novas formas de atuação através dos meios jurídicos privados, como se vai verificar no que se refere às Organizações Sociais, por parte da Administração Pública, sem dúvida oferece algumas vantagens. Essas possibilidades já eram previstas por Siebert²⁹⁷, ainda no ano de 1953, quando afirmava que a Administração Pública devia poder recorrer ao Direito Civil em razão de o Direito Público ainda não ter desenvolvido as formas necessárias para a administração de providência e proteção. Admitia-se uma situação de pobreza ou escassez de formas de direito público contratual.

As Organizações Sociais, por meio do contrato de gestão, possuem, inegavelmente, relevância de natureza administrativa, mas que levam a que se coloque necessária indagação sobre os problemas e os riscos nelas envolvidos e principalmente, os motivos reais que podem, eventualmente, estar por trás de sua criação. É fácil imaginar que, por trás desse tipo de privatização da esfera pública ou publicização da esfera privada, existam objetivos velados de se tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, como por exemplo, em relação à competência, forma, atuação,

²⁹⁶ Ver sobre a “Fuga para o Direito Privado” Maria João Estorninho. Coleção Teses. Coimbra: Livraria Almedina.

²⁹⁷ SIEBERT, Wolfgang, *Privatrecht im Bereich oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von oeffentlichem Rechet und Privatrecht*, in Festschrift für Hans Niidermayer-zun 70. Geburtstag, Ed. Otto Schwartz & Co, Goettingen, 1953, pp 215 ess., 246.

controles ou responsabilidade.

Estorninho²⁹⁸ acentua que, ao longo dos tempos, a Administração Pública acabou, às vezes, por passar de uma fuga que se poderia dizer quase “inocente” a uma fuga “consciente e perversa” para o direito privado. As formas de atuação administrativa através dos meios jurídicos privados, sem dúvida, oferecem algumas vantagens, que aos olhos dos administradores podem parecer perfeitas, do contrário, não o é e transparece ante a visão do jurista. Nem tudo aquilo que aparece como administrativamente correto é juridicamente possível, nem é conveniente, tratando-se de um Estado Democrático de Direito.

A tendência jurídico-privada que vem se acentuando nos últimos tempos levou a que Maria João Estorninho²⁹⁹ sistematizasse, com base e seis critérios que ela julgou como fundamentais, a serem tomados em consideração, para a utilização das regras privadas pela Administração Pública:

Do ponto de vista da sua criação:

1-A maior facilidade na criação, a) e extinção de instituições, uma vez que a imposição das formas jurídico-públicas dificulta, por exemplo, a fundação de empresas.

2-Do ponto de vista de sua autonomia: a) o fato de teoricamente se favorecer a descentralização e a autonomia dos entes criados; b) a possibilidade de criação e clara delimitação de âmbitos de responsabilidade próprios e autônomos; c) uma pretensa menor permeabilidade à influência político-partidária.

3- do ponto de vista estático, ou seja, do ponto de vista da sua organização: a) a liberação das regras de organização de direito público.

4- De um ponto dinâmico, ou seja, do ponto de vista de sua atuação: a) a possibilidade de atuação mais flexíveis, mais desburocratizados, mais rápidos e supostamente mais transparentes e eficientes.

²⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, teses, Livraria Almedina, Coimbra – 1999. p. 68.

²⁹⁹ Id.Ibid. 1999, p.59/60.

Com efeito, a busca do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no Brasil, por formas privadas de prestação de serviços públicos, foi a maior flexibilização e menor controle estatal. A multiplicidade e diversidade das atividades executadas pelas Organizações Sociais com verbas do Orçamento Público levam necessariamente a que se coloque os problemas dos riscos nelas envolvidos e dos reais motivos que podem estar por trás de suas criações.

A ampla autonomia, decorrente do regime de direito privado adotado para as Organizações Sociais, enseja sérias indagações, que vão desde a concessão do título até o seu efetivo controle, por meio das metas firmadas no contrato de gestão. A competência discricionária, concedida ao Chefe do Executivo, para, no caso da Lei Federal, qualificar a entidade como Organização Social, sem qualquer processo seletivo, caracteriza uma afronta à literal disposição da Constituição que prevê a exigibilidade de procedimento licitatório. A qualificação, nesse caso, se assemelharia à doação de uma sesmaria, afastando-se do princípio da impessoalidade³⁰⁰ e do próprio princípio da legalidade administrativa.

A grande autonomia do Conselho de Administração permite que se disponha em seus regulamentos sobre os procedimentos que serão adotados para a contratação de obras e serviços, efetivação de compras e o plano de cargos e salários dos empregados da entidade. Trata-se, sem dúvida, de instrumento direcionado para contornar os entraves legais atualmente existentes e que obrigam a realização de processos licitatórios para a contratação de obras, compras, serviços e, na maioria dos casos, de alienação de propriedades.

Com efeito, agrada aos gestores e/ou aos administradores, mas, sem dúvida alguma, constitui-se em precedente extremamente perigoso sob o ponto de vista da moralidade administrativa, sem esquecer, ainda, que essas entidades

³⁰⁰ CONFERENCIA NACIONAL DE SAÚDE ON-LINE – **Criação das Organizações Sociais** -Posição do Conselho Nacional de Saúde a respeito da Proposta de Criação das Organizações Sociais. p. 3.

estarão executando orçamento público.³⁰¹ Preocupa a ampla autonomia das Organizações Sociais, porque, sendo pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, dada a sua natureza, não possuem patrimônio ou capital próprios, logo não terão como responder por seus atos perante terceiros e perante o próprio governo em caso de malversação de verbas destinadas a essas entidades. É fato, também, que o erário não tem garantias de ressarcimento dos prejuízos, nem tampouco no que se refere às dívidas trabalhistas dos empregados e com empresas contratadas. Muito provavelmente essas dívidas recairiam sobre a Administração.³⁰²

Esse fenômeno de privatização da Administração Pública decorre, muitas vezes, de considerações ilegítimas³⁰³. Por trás desses fenômenos, na realidade, existem objetivos diversos daqueles que retratam as entidades. Geralmente são objetivos voltados para o desvio das vinculações jurídico-públicas, sob diversos aspectos, como de competência, forma, atuação, controle ou responsabilidade.

Giuseppe Pericu³⁰⁴ observa que para a compreensão desse fenômeno é importante lembrar que quando o Direito Administrativo, tradicionalmente, não retratava o Estado de Direito e não possuía verdadeiras formas judiciais de proteção, a Administração utilizava o direito privado de forma favorável ao cidadão, o que não acontece hoje, pois, ao contrário, existe o perigo de que a Administração, por meio de uma “fuga para o direito privado”, liberte-se de suas vinculações jurídico-públicas.

As Organizações Sociais demonstram, quanto à sua natureza jurídica, uma certa dubiedade entre o direito público e o direito privado. A sua criação como pessoa jurídica de direito privado, conforme regras do direito civil, dá-lhe

³⁰¹ Texto publicado na CONFERENCIA NACIONAL DE SAÚDE ON-LINE – **Criação das Organizações Sociais** - Posição do Conselho Nacional de Saúde a respeito da proposta de criação das Organizações Sociais. p. 3.

³⁰² Id.Ibid. p. 4 e 5.

³⁰³ EHLERS, Dirk, apud ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, teses, 1999. p. 47.

uma personalidade de direito privado. A qualificação como Organização Social decorre de ato administrativo discricionário e porquanto possui natureza de direito público. O contrato de gestão, convênio ou contrato, o que entender a doutrina, possui regras de direito privado e público e propõe metas a serem exercidas por formas nitidamente privadas, tanto que não se obrigam às regras vinculantes da Administração Pública.

O controle exercido sobre essas entidades possui natureza mista, conquanto o controle interno é exercido pelo seu Conselho de Administração, e o externo engloba pessoas jurídicas e entidades de direito público, entre as quais os Tribunais de Contas. Conforme ficou evidenciado no capítulo III do presente trabalho, em face da natureza jurídica das Organizações Sociais, embora de direito privado, sofrerem derrogações de direito público administrativo, algumas conseqüências jurídicas decorrem dessa dubiedade conceitual.

As conseqüências nefastas decorrentes da criação das Organizações Sociais, como entes de direito privado, prestadoras de serviços públicos com orçamento público, acaba vulnerabilizando princípios ínsitos ao Estado Democrático e que se fundamentam na própria Constituição Federal. A adoção de um regime privado, no qual o setor público aparece majoritariamente nas deliberações da entidade privada e no financiamento das suas atividades, fornecendo, inclusive, servidores e patrimônio, atentam contra o princípio da indisponibilidade do interesse público, e mutila a liberdade da pessoa privada.

O ente federativo que firma contrato de gestão, em última análise, estaria abrindo mão do cumprimento de princípios inerentes à *res pública* e ao próprio Estado Democrático de Direito como o da supremacia do interesse público. O regime democrático em que se embasa o nosso sistema constitucional faz presumir que a atuação do Estado sempre busque a finalidade e a tutela do

³⁰⁴ PERICU, Giuseppe, **Note in Tema di Attività di Diritto della Pubblica Amministrazione**, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Milano: Ed. Giuffrè, 1966, p. 108 e ss.

interesse público. Portanto, não é lícito ao Administrador, qualquer ato que implique em renúncia de direito ou que de forma injustificada onere a sociedade.

No caso das Organizações Sociais, normas inerentes ao regime de direito público acabam sendo vulnerabilizados, quando a Administração, em “fuga para o direito privado”, referenda-se a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, mesmo que apenas sob a ótica do direito formal, e menospreza a sua qualificação pública. As Organizações Sociais, como foram idealizadas, configuradas em um modelo privado, é a própria Administração Pública que foge do cumprimento de princípios dos quais não poderia se furtar, e como Poder Público, estaria abrindo mão, não só de princípios de que não lhe seria dado renunciar, como também de mecanismos de controle estabelecidos pelo próprio Poder Público, entre os quais, a exigência de concurso público para a admissão de pessoal, a submissão ao princípio da legalidade pelo ente aparentemente privado, a exigência de licitação para o contrato de gestão e os demais contratos firmados pela entidade, o controle de gastos com o seu pessoal, além dos limites de remuneração, nos termos da Lei Complementar 101, lei de responsabilidade fiscal.

Com a institucionalização das Organizações Sociais, no Direito brasileiro, tem-se que ficou caracterizada a sua colocação ambivalente entre a Disciplina do Direito Público e a do Direito Privado. Essa não é uma constatação isolada, mas, ao contrário, resultante da tendência que vem se verificando no Estado Pós-Social de privatização da Administração Pública, agravada em consequência da crise do Estado-Providência e da própria Administração Pública.

O Direito Administrativo, como regime jurídico da Administração Pública, sofre as consequências dessa crise que determina uma redefinição de suas normas e de suas fronteiras conceituais. Para isso contribuiu o enorme alargamento das atividades jurídico-privadas das entidades administrativas. Deve-se observar que o Direito privado aplicado à atividade administrativa encontra-se sempre tocado pela finalidade de interesse geral e se reveste de um

certo particularismo, porque nunca é idêntico ao que se aplica nas relações privadas.³⁰⁵

Se por um lado o Direito Administrativo abrange a atuação de toda a Administração Pública, (segundo Estorninho³⁰⁶, esta atuação da Administração é formada não apenas pelas tradicionais pessoas coletivas públicas, mas também pelas pessoas organizadas sob formas jurídicas privadas, mas que continuam sendo públicas), por outro lado, de certa forma, abrange, também, as atividades das verdadeiras pessoas privadas que agem em colaboração com a Administração.

³⁰⁵ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra; Almedina, 1977, Trad. Almedina, 1977, p.7. O Direito Administrativo... op.cit. p.100.

³⁰⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**, teses, Livraria Almedina, Coimbra – 1999. p. 351.

CONCLUSÃO

A história administrativa do Brasil não comporta fases totalmente distintas uma das outras nem se pode afirmar a existência do Direito Administrativo como um regime jurídico presente em todas essas etapas. Pode-se identificar, durante os seus quinhentos anos, a existência de modelos de administração que se iniciam com o patrimonialismo, passando pelo sistema burocrático, para culminar com adoção do sistema gerencial representado especificamente por meio da implantação das Organizações Sociais, que caracterizam um sistema de administração democrático- participativo e insere novos atores no campo do Direito Administrativo brasileiro.

O Brasil colônia testemunhou manifestações administrativas de natureza patrimonialista, que caracterizava as sociedades pré-capitalistas e consistia na falta de distinção entre o patrimônio do príncipe e o patrimônio do Estado. No caso do Brasil, as expedições exploradoras, seguidas da adoção do regime de capitanias hereditárias com as concessões de sesmarias, retrataram essa forma patrimonialista de administrar. As manifestações patrimonialista podem ser identificadas inicialmente nas expedições exploradoras e guarda-costas, que na realidade eram empresas comerciais, e posteriormente por meio da divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias. Outras experiências marcaram a história administrativa do Brasil, como bem exemplifica a experiência de Pernambuco sob o domínio holandês que caracterizou formas privatísticas e patrimoniais de administrar, porque retrata a experiência da Companhia das Índias Ocidentais, que comandada pelo Príncipe João Maurício de Nassau, administrou Pernambuco como uma empresa.

O surgimento do Capitalismo e da Democracia permitiu uma radical mudança nas formas de propriedade e de administração e trouxe, como consequência, o estabelecimento da diferenciação entre a *res pública* e os bens privados. A Democracia funcionou como instrumento político de proteção dos direitos civis contra a tirania e assegurou os direitos sociais contra a exploração, ao mesmo tempo que proporcionou o surgimento da Administração Pública burocrática.

O século XIX testemunhou o nascimento de uma nova forma de Administração baseada na divisão dos poderes que substituíra, aos poucos, as antigas formas de administrar o Estado, admitia a superioridade da autoridade racional-legal sobre o poder patrimonialista e, já no século XX, verificaria a ampliação do papel do Estado, nos aspectos social e econômico. O Brasil, nos meados do século XIX, enfrentou uma espécie de patrimonialismo político que influenciou a Administração Pública, de forma contundente, representada pelo Coronelismo, que significava o resultado de uma superposição de formas desenvolvidas do regime representativo e uma estrutura social inadequada. Não só representava uma sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu um fenômeno típico da história colonial brasileira, mas uma forma peculiar de manifestação do poder privado, adaptado àquela realidade e capaz de sobreviver, mesmo existindo uma nova forma de administração como o sistema burocrático.

A revolução de 1930 causou uma revisão na política liberal até então adotada voltada para a política econômica do país. Depois de 1930, o país passou por reformas administrativas, baseadas no modelo racional de Max Weber, o modelo burocrático, que permitiu a adoção do sistema de mérito para o ingresso no serviço público. Nos anos 30, dentro do modelo proposto, adotaram-se as hierarquizações, as normas abstratas, as relações interpessoais e a predominância do aspecto técnico. Durante o período em que prevaleceu o modelo de administração burocrática, o regime de Direito Administrativo, baseado na supremacia do interesse público, era o regime jurídico da

Administração Pública, um Direito Administrativo de feição mais autoritária, centrado na idéia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis pela Administração Pública em luta contra os abusos eventualmente perpetrados pelos particulares.

A reforma administrativa iniciada nos anos de 1990 buscou uma mudança de paradigma do burocrático para o gerencial, criando novas instituições legais e organizacionais que permitissem um novo tipo de burocracia, agora a burocracia profissional e moderna, que não subestima os elementos de patrimonialismo ou de clientelismo que ainda subsistem em nosso sistema administrativo. Foi uma reforma mais institucional do que uma reforma de gestão.

No contexto da reforma gerencial surgiram as Organizações Sociais, como ente privado prestador de serviços não exclusivos do Estado. Essas Organizações Sociais foram institucionalizadas e implantadas sob formas privadas que funcionam como forma de derivação do Estado para fugir das amarras do regramento jurídico administrativo. Constata-se que se está vivenciando o movimento de privatização da Administração Pública agravada em razão da crise do Estado de Bem-Estar ou de Providência, que por meio da Administração Pública busca encontrar a eficiência por meio do fenômeno da privatização e da revalorização da sociedade civil. Novas formas de organização são encontradas pela Administração, que apesar de vantagens aparentemente existentes, oferecem riscos decorrentes dessa submissão da Administração ao Direito Privado.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado motivou a criação das Organizações Sociais na busca de maior eficiência e no atendimento do cidadão-cliente. Trata-se de um regime de parceria que, sem margem de dúvidas, permite maior democratização na prestação dos serviços públicos em razão da participação da sociedade caracterizada pela existência de um terceiro setor, o Público não estatal.

Várias emendas foram feitas à Constituição, buscando adequar o sistema Constitucional às regras do paradigma gerencial que, a despeito da emenda constitucional nº 19, ter alterado substancialmente a Constituição de 1988, tendo inclusive constitucionalizado a possibilidade do acordo de gestão, as várias emendas constitucionais não venceram as dificuldades constitucionais de adequação das Organizações Sociais às regras constitucionais, nem às regras do Direito Administrativo, nem se subordina inteiramente às regras do Direito Privado em face de utilização de verbas orçamentárias que se submetem a regras e princípios da Administração e como consequência da constitucionalização do Direito Administrativo.

O Contrato de Gestão fica na intermediação entre o convênio e o contrato e enseja a forma de transferência das verbas públicas para as Organizações Sociais. Firmado sem licitação, por expressa determinação legal, representa uma literal afronta aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. É, por fim, um instrumento fronteiro entre formas jurídico-pública e jurídico-privada intimamente relacionadas, traduzindo o movimento de privatização dos setores administrativos. O contrato de gestão, apesar da nomenclatura adotada pelo legislador, é na realidade um instrumento de consensualidade ou de expressão do consenso, para o qual é melhor a denominação de Convênio, porque a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre o Estado e a Organização Social não são contratuais, não são pactuadas prestações recíprocas, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação de interesse de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse que lhe é comum. Trata-se de um instrumento de consensualidade, muito embora a decisão consensual não se ache regulada no Direito Brasileiro.

As Organizações Sociais, por meio do acordo de gestão, estão submetidas aos controles interno, do seu Conselho de Administração, e externo, da Administração Pública e dos Tribunais de Contas, sem afastar a possibilidade do controle jurisdicional. O Conselho de Administração, segundo disposição legal

contida na Lei federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, é competente para exercer o controle interno da instituição, de acordo com as disposições do artigo 4º, que estabelecem para os fins de atendimento dos requisitos da qualificação, dever ser atribuições privativas do Conselho de Administração da entidade o exercício privativo do controle interno.

Apesar da disposição legal, não pode ficar afastada a ingerência de outros controles estatais sobre as Organizações Sociais e o seu acordo de gestão, em razão do princípio da preponderância do interesse público e das formas de controles previstos na Constituição Federal. Constata-se a ingerência de regras privadas para o exercício do controle das Organizações Sociais, como no caso do Conselho de Administração, sem, no entanto, eliminar as formas públicas de controle. O direito privado e o público aparecem, novamente, controlando, em conjunto, as Organizações Sociais em um viés público e outro privado. Perante o Direito, considerando as particularidades que envolvem as Organizações Sociais, conclui-se que são pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, não exclusivos do Estado, que por utilizarem recursos públicos estão submetidas ao controle do Estado. Por outro lado, não estão submetidas aos rígidos procedimentos administrativos porque a lei federal que as criou, previu o contrato de gestão e o Conselho de Administração permitindo tal liberdade, muito embora recebam recursos públicos orçamentários e utilizem servidores e bens públicos.

Colocadas entre o Direito Público e o Direito Privado, são resultantes da busca por regras privadas para fugir das amarras dos procedimentos e controles do Direito Público Administrativo, que atualmente se encontra enfrentando um grande desafio, entre atualização dos mecanismos de controle e a busca para aumentar a eficiência do aparelho burocrático. São metas de difícil conciliação, em razão decorrência da observância de que o interesse público é indissociável de qualquer atividade administrativa, quer seja por meio de atividades privadas ou públicas e pela constatação de existência de atividade de Direito Privado da Administração Pública. Por estarem colocadas entre o Estado

e o mercado, as Organizações Sórias estão também entre regras do Direito Público e do Direito Privado. A constitucionalização da Administração Pública brasileira impede que se reconheça à Administração a capacidade de direito privado a não ser como um meio e não como regra, desde que seja necessário para o alcance de interesse público. As utilizações desses meios devem estar em completa adequação com princípios constitucionais que, de forma explícita ou implícita, norteiam a atividade administrativa. A utilização de regras privadas, pela administração, para fugir das amarras dos procedimentos administrativos, não pode constituir afrontas aos ditames constitucionais e ao Estado Democrático de Direito. As Organizações Sociais, como foram instituídas, no âmbito Federal, apesar de ensejarem uma efetiva experiência democrática participativa dos setores privados na Administração Pública, não se circunscrevem inteiramente dentro das normas constitucionais.

As Organizações Sociais surgiram no Plano de Reforma da Administração Pública como uma forma de ampliação e consolidação da esfera pública e por meio do consenso de gestão realizam funções administrativas e se alicerçam no princípio da subsidiariedade como um dos princípios jurídicos aplicáveis ao Direito Administrativo, na medida que impõe uma redefinição de competências entre o Estado e os cidadãos. Apesar do chamamento da sociedade, por meio da expressão da consensualidade, para realizar fins públicos, as regras devem ser pautadas por regras de Direito Administrativo. Os problemas se verificam quando da execução do ajuste, quando o particular pergunta se está sob as regras do Direito Administrativo com todas as suas amarras ou se pode agir dentro da liberdade que permite o Direito Privado. Com certeza, a resposta não é tão simples como possa parecer. O certo seria a submissão a um regime especial de Direito Público, com poderes e deveres especiais em relação aos particulares, que não constituíssem afrontas à Constituição Federal e conseqüentemente ao Estado Democrático de Direito.

Assim, as Organizações Sociais, como instrumento de realização da democracia participativa, só poderiam cumprir o seu papel democrático em bases

constitucionais se a lei federal n. 9.637/98, fosse alterada de forma a cumprir os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública e ao mesmo tempo, alterada a Constituição Federal, de forma a poder suportar essas entidades.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS E ENSAIOS

ALFONSO, Luciano Perejo. *Organización y Actividad em la Administración Pública*. Eficácia y Aministarcion; Três Estudos. Madrid: INAP, 1995.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A Prestação dos serviços não-exclusivos na reforma administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: UFBA, 2001.

AVELLAR, Hélio Alcântara. *História Administrativa e Econômica do Brasil*. MEC/Fename, RJ, 1976.

-----, *História Administrativa do Brasil – Administração Pombalina*, ed. Universidade de Brasília, Funcepe, 1973.

ARENDT, Hannah. *O que é Política?* Trad. Reinaldo Guarany, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo: 1999.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: Entre eficiência e democratização*. Barueri: São Paulo: Manole, 2003 .

BERT, Giorgio. *Il principio Contrattuale nell'Attività Amministrativa*, In Scritti in Onore de Massimo Gianinni, vol. 2, ed. Giuffrè, Milano:1988.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997 b.

-----, *Estado, Governo e Sociedade: Por uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado Patrimonial ao Estado Gerencial*. 2001.

-----, Luiz Carlos, Cadernos do MARE – Reforma Estado dos anos 90 – *Lógica e Mecanismos de Controle* – caderno 1 – Brasília – DF/1997.

-----, Luiz Carlos Bresser. Plano Diretor da Reforma do Estado - *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*, MARE , Brasília 1997, p. 13

-----, Luiz Carlos. *A Reforma do Estado nos anos 90. Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília, MARE, 1997.

-----, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na perspectiva Internacional*. ENAP , Editora 34, Brasília –DF, 1998.

-----, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. ENAP , Editora 34, Brasília –DF, 1998. p. 235.

-----, *Liberalismo e Democracia*, Editora ENAP, Brasília:2001.

BULL, Hans Peter, in Maria João Estorninho, “Fuga para o Direito Privado”, Almedina, Copimbra. p. 129.

BURDEAU, François. *História du Droit Administratif*, Paris: PUF, 1995.

CAETANO, Marcelo. *Tendências do Direito Administrativo*, Ed. Ática, Lisboa 1974.

CANTUCCI, Michele. *L'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*. Ed. CEDAM, Padova, 1941.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Autoritarismo e Democratização*, Paz e Terra, Rio de Janeiro: 1975.

CARNAXIDE, Apud Avellar p. 12 – *O Brasil na Administração Pombalina*.

CARONE, Edgar. *A republica Velha* (evolução política), Corpo e Alma do Brasil, Difusão Européia do Livro, São Paulo, 1971, p. 7 – 9.

CARNOY, M. *Estado e Teoria Política*. 2. ed. Trad. PUCCAMP. Campinas, Papirus, 1988.

CASSESE, Sabino. *Lãs Bases do Derecho Administrativo*, trad. Espanhola de Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994.

CHEVALIER, Jacques. *Lê Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitucional*. In: Chevalier, Jacques et al. *Lê Droit Administratif em Mutation* (obra coletiva). Paris: PUF, 1993.

COLIN E CAPITANT. *Cours élémentaire de droit civil français*, 4ª ed., Paris, 1924, p. 257. Apud Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. Vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, de acordo com o Novo Código Civil, p. 10.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder do Controle nas SA`s*, SP:RT, 1997.

CORREIA, José Manoel Sérvulo Correia, *Os Princípios Constitucional da Administração Pública*, in *Estudos Sobre a Constituição*, Vol 3, Ed. Livraria Petrony. Lisboa, 1979.

CUNILL GRAU, R. *La Reasticulacion de las Relaciones Estado-Sociedade: Busqueda de Nuevos Sentidos, Reforma y democracia*, 1997.

DALAND, Robert T. *Estratégia e Estilo de Planejamento Brasileiro*. Coleção Societas Lidador. Rio de Janeiro, 1969.

DAMIANI, Ernest S. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*, Milano:Giuffré, 1995.

DEBBASCH, Charles. *Lê Droit Administratif face à l'Évolution de l'Administration Français*, in *Mélanges offerts a Marcel Waline*, Tomo 2, Ed. L.G.D.J., Paris, 1974.

DINIZ, E. *Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado:os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90*. Azevedo, S. org. Reforma do Estado e Democracia no Brasil. Brasília, Editora Universidade de Brasília. 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DROMI, Robert. *Derecho Administrativo*, 5ª ed. Ediciones Ciudad Argentina: 1966.

DUPAS, G. *Em busca da "terceira via"*. Ed. Brasil no limiar do século XXI: alternativas para a construção de uma sociedade sustentável. São Paulo, Edusp, 2000.

EVANS, P. *O Estado como problema e solução*. Lua Nova, n 28/29, p.107-156, 1992.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, teses, Livraria Almedina, Coimbra – 1999.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder - a formação do patronato político*, 3ª edição, editora Globo-Editôra da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

FERLIE, E.; **ASBURNER**, L.; **FITZGERALD**, L; **PETTIGREW**. A. *A nova Administração Pública em Ação*. Trad. Sara R. F. Oliveira. Brasília, Editora Universidade de Brasília/ENAP, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 11ª edição, São Paulo: 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição: arts. 37 a 43*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FIGUEREDO, Lúcia Valle de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Malheiros Editores: Rio de Janeiro, 2003.

FIORI, J.L. *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado Desenvolvimentista*. Rio De Janeiro, EdUERJ, 1995.

FLAINER, Fritz. *Institutionem dês Deutschen Verwaltungsechts*, 8ª ed. Mohr, (Paul Siebck) Tübingen, 1928.

FLEIUSS, Max. *História Administrativa do Brasil*. (Separata do Dicionário Histórico, Geográfico e Etnográfico do Brasil, Rio de Janeiro:Imprensa Nacional, 1923.

FRIEDRICH, Carl J. *Teoria Constitucional Federal y Propuestas Emergentes*. In MACMAHON, Artur W. (Coord.) *Prática del Federalismo*, Buenos Ayres, Editorial Bibliográfica Argentina,1955.,

GIANINNI. Massimo Severo. *Direito Administrativo*, vol. 2, 2ª ed.,Editora Giuffrè, Milano, 1988.

----- . *Atlivilta Amministrativa*, in Enciclopédia Del Diritto, vol.3 ed. Giuffre, Varese, 1958.

GORDILO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo, t. II*. Brewer-Carias, La Evolucion del Contrato Administrativo.

GUALAZZI, Eduardo Lobo. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HABERMAS Jürgen. *Teoria de la Acición comunicativa I – Racionalidad de la acción y la racionalizacion social*. Mdrid: Tauruz, Ediciones.

-----, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 1984.

HIRSCH, J. *Globalización, Capital y Estado*. México-DF. Universidad Autónoma Metropolitana, 1996.

HOLMES, Malcom & **SHAND**, David. Management Reform Some Practitioner Perspectives on the Past Ten Years . Governance, v. 18, n.4.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 4ª edição. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 1999.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Concessões de Serviço Público*. São Paulo. Dialética. São Paulo: 2002

-----, *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª ed., Rio de Janeiro AIDE, 1997.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzono, *Administração Pública no Brasil –Crises e mudanças de paradigma*. São Paulo: Analume:Fapesp:2000.

LAUBADÉRE, André; **DEVOLVE**, Pierre e **MODERNE**, Franck. *Traité des contrats administratifs*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983.

LAUREL, A. C. *Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo*. ed. Estado e políticas sociais do neoliberalismo. 2. ed. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. São Paulo, Cortez/CEDEC, 1995.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Editora Alfa-Omega, São Paulo, 1988.

LIMA, Iran Siqueira. *Contribuição à Eficácia na Aplicação do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais*. Tese de Doutorado. USP, São Paulo 1998.

LIMA, Ruy Cirne. *A Organização Administrativa e o Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: 1977.

LOPES, Luiz Roberto, *História do Brasil Imperial*, Mercado Aberto, série Revisa nº 8, Porto Alegre; 1982. P.40 A 42.

MANNHEIN, Karl. *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, São Paulo, Mestre Jou, 1972.

MACHETE, Rui Chancerelle. *Considerações sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social*. In Estudos de Direito Público e Ciência Política, Ed. Fundação Oliveira Martins – Centro de Estudos Administrativos, Lisboa, 1991.

MARCELINO, Gileno Fernandes. *Evolução do Estado e reforma administrativa*, In Marcos Aurélio Nogueira, *As Possibilidades da Política*, Paz e Terra, Rio de Janeiro: 1998, p. 101

MARTINS, H. F. Rumo a uma nova gestão pública. *Reforma Gerencial*, nº 1.

MAZILLI, Hugo. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Editora Sraiva, 7ª. Edição, São Paulo: 1995.

MESTRE, Jean-Louis. *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, Ed. P.U.F, Paris, 1985.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1990.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*. Vol 187, 1992, p. 48 a 91.

-----, *Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

-----, *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. Sraiva: São Paulo, 2001.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As Possibilidades da Política – Idéias para a reforma democrática do Estado*. Paz e Terra, Rio de Janeiro 1998, p. 36.

NIGRO, Mário. *Giustizia Amministrativa*, 3ª ed. Bologna, 1983.

OSBORNE. D. GAEBLER, T. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 10 ed. trad. Sérgio F.G. Bath; Ewandro Magalhães Jr. Brasília, MH Comunicação, 1989.

OSSENBUEHL, Fritz. Oeffentliches Recht und Privatreht in der Leistungsverwaltung, in *Deutsches Verwaltungsblatt*. Ed. Carl Heymanns, Koeln/Berlin/Boonn/Munchen, 1974.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O município na organização pré-nacional brasileira*. Separata da revista *Verbum*, t. X, fasc. 3, setembro de 1953. Universidade Católica. Rio de Janeiro, 1953.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, *Da Reforma Administrativa Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

PEREJO, Alfonso L. *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo como Forma Alternativo de Desarrollo de la Atividade Unilateral de la Administracion*, In *Eficácia y Administracion*.

PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Brasília: Consulex, 2000.

PHOTIER. *Traité des obligations, n.3*, Oeuvres complètes de Pothier, Paris, Ed. Depelafol, 1835.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*, Sraiva, 11ª Edição, São Paulo: 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967- Com a Emenda nº I, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAIMONDI, Salvatore. *I Poteri Amministrativ nell`Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, Ed. Ateneo, Palermo, 1968.

REED, M. *Sociologia da Gestão*. Trad. Manuela Reis. Oeiras, Celta Editora, 1997.

RIBEIRO, Joaquim. *História Administrativa do Brasil; a união ibérica; a administração do Brasil holandês*. Editora Universidade de Brasília -FUNCEP, 1983.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma reinvenção Solidária e Participativa no Estado*. In Sociedade e Estado em Transformação – Obra conjunta organizada Por Bresser Pereira, Lourdes Sola e Jorge Wilhelm. Editora UNESP – ENAP – Imprensa Oficial. Brasília: 1999. pg. 243 a 271.

SIEBERT, Wolfgang, *Privatrecht im Bereich oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von oeffentlichem Rechet und Privatrecht*, in Festschrift fur Hans Niedermayer-zun 70. Geburtstag, Ed. Otto Schwartz & Co, Goettingen, 1953.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores: São Paulo: 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. *Os indivíduos e o Estado na Realização das tarefas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997, p. 43 a 70.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SINGER, P. *Globalização Positiva e globalização negativa: a diferença é o Estados*. Novos Estudos: Cebrap, 1977.

SIQUEIRA LIMA. *Contribuição à Eficácia na Aplicação do Contrato de Gestão nas Empresas Estatais* – Tese de Doutorado –USP. SP:1999.

SOARES, L. T. R. *Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina*. Rio de Janeiro, UFRJ, 1999.

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1995.

SOARES, L.T.R. *Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina* –UFRJ. 1999.

SOBRINHO, Barbosa Lima. *A Verdade sobre a Revolução de Outubro de 1930*, 2ª edição. Alfa-Omega, São Paulo.

SOUSA, J.P.Galvão de. *Introdução à história do direito político brasileiro*, São Paulo, 1954.

SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, Privatização, Permissão, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Júris: 2003.

TAPAJÓS, Vicente Costa Santos, *Historia Administrativa do Brasil* - vol. 2. tomo 3, A Política Administrativa de D. João III, , Editora Universidade de Brasília FUNCEP.1986.

TAPAJÓS, Vicente. *História Administrativa do Brasil* - Organização Política e Administrativa do Império. FUNCEP. Brasília, 1984.

VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. *Historia administrativa do Brasil* - Brasil sede da monarquia. Brasil Reino (2 a. parte) FUNCEP, Brasília.

WEHLING, Arno. *História administrativa do Brasil; Administração portuguesa no Brasil, de Pombal a D. João*. Brasília, FUNCEP, 1986,

WEHLING, Arno. *Os níveis da objetividade histórica*, Rio de Janeiro, ALPHA, 1974.

WEIL Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Almedina, Coimbra 1977, p.7

ARTIGOS DE PERIÓDICOS

ANASTÁCIA, Antonio Augusto Junho. *O Contrato de Gestão e Conformidade de Modelos Gerenciais para as Organizações dos Hospitais Públicos*. Revista do Legislativo: B.H. ALEMGO nº 22.

BAHIA, Perpetua Valadão Casali e **CARVALHO**, Paulo Moreno. *Organizações Sociais, qualificação como ato vinculado da Administração Pública*. Tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado de São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de Serviço Público e Administração Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ERHARDT, Manuel de Oliveira. *As Organizações Sociais*. Revista da ESMEF, TRF da 5ª Região, nº 1 Janeiro de 2001 - Recife-PE.

FAYOL, Henry apud Cleber Nascimento. *Reflexões sobre a Estratégia da Reforma Administrativa – A Experiência Federal Brasileira –* Revista da Administração Pública Vol. I nº 1 Janeiro a Junho de 1967.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, p. 167 e segs, nº. 142 abr/jun, 1999.

FERREIRA, Jorge Andréa. O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras, RDA 136/1 – 33.

-----, *As Organizações Sociais e as Organizações Da Sociedade Civil de Interesse Público – Considerações sobre seu regime jurídico –* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar nº 217 – julho/setembro de 1999.

FERRAZ, Luciano. *O Estado Gerencial e a Lei de Licitação Pública*, Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, vol. 30 nº 1, 1999.

FLYN, Normam e **STREHL**, Franz – *Uma nova gestão para a América Latina -* Revista do CLAD – Lima :2000.

LAMBERT, Francis . *Tendências da Reforma Administrativa no Brasil*. Revista da Administração Pública, vol. 4, p. 141, nº1, 1º semestre de 1970.

MARTINS, H. F. *Rumo a uma nova gestão*, Revista Reforma Gerencial nº 1 p.22, 1998.

MEDAUAR, Odete, *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44-60.

-----, *Convênios e Consórcios na Administração Pública*. Revista Jurídica da procuradoria do Município de São Paulo. 2000.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro:Renovar, out/dez de 1998, vol. 214.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Revista Interesse Público. Notadez: Porto Alegre, vol. 1, p. 31 a 46, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional*, Revista de Direito Administrativo, vol. 187 Rio de Janeiro: Renovar.

NASCIMENTO, Kleber. *Reflexões sobre a estratégia da reforma administrativa: a experiência federal brasileira* – Revista da Administração Pública – Rio de Janeiro, vol 1, nº 1, p. 13 a 50, Janeiro/junho, 1967.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Administração Pública na Constituição de 1988* (segunda parte), Revista de Direito Administrativo, vol. 206, Rio de Janeiro:Renovar.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 4, abril de 1999.

PONDÉ, Lafayette. *Controle dos atos da Administração Pública*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 131 nº 139 jul/set. 1988.

RABOTNIKOF, Nora. *Lo Público e sus Problemas*. Revista Internacional de Filosofia Política – Madrid, 1993.

RUARO, Regina Linden. *Reforma Administrativa e a Consolidação da Esfera Pública Brasileira: o Caso do Orçamento Participativo no Rio Grande do Sul* – Revista de Interesse Público, Porto Alegre: Ed. Notadez, volume Nº 19.

SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção no Estado*, in Revista Interesse Público. Nº 12, Editora Notadez, Porto Alegre: 2001, p. 66 a 90.

SANTOS, Flávia Pessoa, **PEDROSA**, Maria de Lourdes Capanema. *Aspectos Jurídicos das Organizações Sociais – Organizações Sociais: a que se destinam?* Revista do Legislativo – ALEMG nº 22 Abril/jun de 1998, pp. 10-15. Belo Horizonte- Minas Gerais Minas.

SILVA, Almiro do Couto e. *Os indivíduos e o Estado na Realização das tarefas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997.

WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Uma Reforma da Administrativa de Pessoal vinculada ao processo de desenvolvimento nacional*. in Revista da Administração Pública - vol. 4 n. 1 p. 9, 1º semestre de 1970.

-----, *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral*. Revista de Administração Pública: Rio de Janeiro, vol. 1 janeiro-março de 1984.

DOCUMENTOS

BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, p. 21 Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. Brasília, 1995.

-----, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações Sociais*, Brasília -DF/ 1998.

-----,. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, *Os Avanços da reforma na administração pública: 1995-1998*. Brasília, MARÉ, 1998.

----- . Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Emenda Constitucional Nº 19, de 04 de junho de 1998: reforma administrativa. Brasília. Mare b. 1998

-----, Cadernos do MARE de Reforma do Estado, Vol. 1 *Reformas e Mecanismos de Controle*. L.C. Bresser pereira.

-----, Cadernos do MARÉ da Reforma do Estado, nº 2 *Organizações Sociais*. Brasília: 1998.

----- . Constituição da República Federativa do Brasil –Sraiva: São Paulo, 2004.

----- . Constituições do Brasil. Vol. 1, Brasília, Senado Federal 1986.

DOCUMENTO DA CONFERENCIA NACIONAL DE SAÚDE ON-LINE – Criação das Organizações Sociais - Posição do Conselho Nacional de Saúde a respeito da Proposta de Criação das Organizações Sociais.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – Proc. 0004.170/1998-9 – Boletim do TCU nº 63.

ARTIGOS DE JORNAIS, REVISTAS E INTERNET

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: Para Nulidade De Contrato De Gestão Firmado Para Simular Contratação Por Intermediação. Ministério Público Federal do Distrito

Federal , Promotores: Diógenes Antero Lourenço, Fernanda da Cunha Moraes e Nilo Franco. Jus Navigandi <http://www1.jus.com.br/peças/texto.asp?id+141> &p=2.

BORNHOLDT, Rodrigo, texto retirado do site: <http://www.ufpr.br.direito/art/rodrigo.htm>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Contrato de Gestão. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e as Organizações Sociais. Texto da Internet no site <http://pge.sp.gov.Br/aberturaprin.htm>

FLYN, Noman e **STREHL**, Franz, in Revista do Clad: Uma Nova Gestão para a América latina, pg.14. *Uma Nova Gestão para a América Latin*, Revista do Clad, in <http://www.clad.org.ve/gesppo.html>, acessado em 17/10/02.

PACHECO Regina, apud Petição. Disponível em: www.pt.org.br/assessor/adinis.htm acesso em 14/-4/2003.

QUEIROZ. Cid Heráclito de Queiroz de. *A Lei de Responsabilidade Fiscal no Contexto da Reforma do Estado*. Artigo publicado no site: www.federativo.bndes.gov.br. Acesso em: 20 de abril de 2001.

TEXTOS LEGAIS

BRASIL. Lei Federal nº 8.666/93: Lei de licitação e Contratos Administrativos: São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Lei Federal nº 9.637/98: Institui as Organizações Sociais no âmbito Federal.

BRASIL. Decreto-lei nº 200/67: Reforma Administrativa.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

ALCÂNTARA, D. Pedro de; 35.

ALFONSO, Luciano Perejo; 158.

ALMEIDA, Luiz de Brito e; 25.

ANASTÁCIA, Antônio Augusto Junho; 119.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; 81, 83.

ANTONIO CARLOS; 35, 36.

ARENDT, Hannah; 76, 78, 79.

ASBURNER, L. 58,

AVELLAR, Hélio Alcântara; 22, 23, 24, 30, 31. 32, 33.

AZEVEDO, Sérgio de; 64.

BAHIA, Perpétua Valadão Casali; 86.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; 71, 89, 93, 110, 111, 135.

BAPTISTA, Patrícia; 36, 125, 127, 128, 147, 156, 159, 160.

BARATA, Cipriano; 35.

BARDOSA, Januário da Cunha; 35.

BENTO, Leonardo Valles; 65, 76, 77, 78, 79, 80, 81.

BERT, Giorgio; 126.

BLAIR, 56.

BOBBIO, Norberto; 78, 80, 157.

BORGES, Pero; 24.

BORNHOLDT, Rodrigo; 118, 120.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; 11, 12, 17, 48, 50, 59, 60, 63, 64, 65,
67, 68, 69, 70, 71, 79, 81, 88, 95, 131, 157.

BULL, Hans Peter; 152.

BURDEAU, François; 147.

CAETANO, Marcelo., 146, 148.

CAMPOS, Ana Maria; 133.

CANTUCCI, Michele; 152.

CAPITANT; 108.

CARDEAL D. HENRIQUE; 25.

CARDOSO, Fernando Henrique; 11, 49, 59, 69.

CARNAXIDE., 31.

CARNOY, M. 54.

CARVALHO, Paulo Moreno; 86.

CARONE, Edgar; 38.

CASSESE, Sabino; 156.

CASTELO BRANCO, Humberto de Alencar; 49.

CATALÃ, Joan Prates; 67.

CHEVALIER, Jean Jacques; 52.

CLINTON; 56.

COLIN., 109.

COMPARATO, Fábio Konde; 130.

CONDE, Enrique Alvares; 67.

CORREIA, José Manoel Sérvulo; 126, 151.

COSTA, Duarte da; 24.

DALAND, Roberto T; 45.

DAMIANI, Ernesto S; 128.

D. AFONSO IV; 25.

D. AFONSO V, 30.

D. JOÃO III; 20, 21, 24.

D. JOÃO V, 31.

D. JOÃO V; 31.

D. JOÃO VI; 34.

D. JOSÉ I; 33.

D. MARIA I; 33.

D. PEDRO I; 35, 36, 37.

D. PEDRO II; 30, 38.

D. SEBASTIÃO, 24.

DEBBASCH, Charles; 153.

DEVOLVE, Pierre; 115.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; 57, 97, 105, 115,123.

DINIZ, E.; 55.

DROMI Robert; 110, 136.

DUPAS, G.; 56.

EHLERS; 152, 164.

ERHARDT, Manoel de Oliveira; 85, 87.

ESTORNINHO, Maria João; 10, 126, 148, 150, 151, 152, 156, 158, 159,
161, 162, 164, 167.

EVANS, P.; 57.

FAORO, Raymundo; 19, 40.

FAYOL, Henry; 47.

FELIPE II; 25.

FERLIE, E., 58.

FERRAZ, Luciano; 99.

FERREIRA, Luiz Pinto; 36.

FERREIRA, Sérgio de Andréa; 88, 160.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro; 34.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de; 109.

FITZGERALD, I., 58.

FLINDERS, Matthew; 82, 83.

FLYN, Norman; 66.

FONSECA, Marechal Deodoro da; 38, 39.

FRANCISCO I; 20.

FRANCO, Afonso Arinos; 19.

FRANCO, Nilo; 142.

GALVÃO DE SOUSA, J.P., 23.

GIANNINI, Máximo Severo., 126, 148, 149, 153, 158.

GLAEBER, T., 59.

GONÇALVES LEDO; 35

GORDILLO, Agustin., 109,

GOULART, João; 49.

GRÁU, Nuria Cunnill., 67, 70, 73.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho; 138.

HABERMAS, Jürgen., 13, 73, 75, 77, 78.

HOLMES, Malcom; 67.

IANNI, Octávio; 53.

JUSTEN FILHO, Malçal; 97, 99, 100, 101, 118.

LAUBADÉRE, André; 115.

LAMBERT, Francis; 46.

LAUREL, A. C.; 55.

LEAL, Victor Nunes; 40.

LIMA, Iran Siqueira Lima; 116.

LIMA, Ruy Cirne; 90, 134.

LOPES, Luiz Roberto; 36.

LOURENÇO, Diógenes Antero; 142.

MACHADO PAUPÉRIO; 18.

MACHETE, Rui; 155.

MANNHEIN, Karl., 134.

MARCELINO, Gileno Fernandes; 51.

MARQUES DE POMBAL, 31, 32.

MARTINS, Carlos Estevam; 133.

MARTINS, H.F.; 94.

MAZZILLI, Hugo; 141.

MEDAUAR, Odete; 52, 110, 113.

MEIRELLES, Hely Lopes., 84, 113.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; 71, 89, 93, 110, 111, 135.

MESTRE, Jean-Louis., 146.

MIRANDA, Jorge., 145.

MODERNE, Franck; 115.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido; 60, 84, 88, 94, 96, 139, 140.

MORAES, Fernanda, 142.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; 87, 93, 127, 129, 160.

MUKAI, Toshio; 120.

NASCIMENTO, Kleber; 47,48.

NASSAU-SIEGEN, João Maurício de; 28, 29, 30.

NIGRO, Mário; 154.

NOGUEIRA, Marco Aurélio; 42, 43, 49, 50.

O`CONNOR, James.; 63.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de; 39.

OSBORNE, D. 59.

OSZIAK, Oscar; 67.

OSSENBUEHL, Fritz; 158.

PACHECO, Regina; 60, 106.

PARDINI, Frederico., 135.

PAREJO, Alfonso L.; 125.

PEDROSA, Maria de Lourdes Capanema.; 92.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; 123.

PERICU, Dirk; 165.

PESSÔA, Robertônio., 90, 112.

PETTIGREW, A.; 58.

PHOTIER; 108.

PIMENTA, Carlos; 60.

PIRES, Maria Coeli Simões; 84.

PONDÉ, Lafayette; 130.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; 37.

PRZEWORSK, Adam; 67.

RABOTNIKOF, Nora; 70.

RAIMONDI, Salvatore; 153.

RAPHAEL, Frederico; 60.

REED, M.; 59.

REMOLO, Leonardo Garnier; 67.

RIBEIRO, Joaquim; 28.

RIVERO, Jean; 111.

RUARO, Regina Linden; 13, 77.

SÁ, Salvador Correia de; 25.

SÁ, Mém de, 24, 25.

SALEMA, D. Antônio; 25.

SANTOS, Boaventura de Sousa; 79.

SANTOS, Flávia Pessoa dos; 92.

SCAFF, Fernando Facury; 130.

SCHHWAEZ, Letícia. 60.

SHAND, David; 67.

SIEBERT, Wolfgang; 151, 161.

SILVA, Almino Couto. 158.

SILVA, José Afonso da; 104.

SILVA, José Bonifácio de Andrade e; 35.

SINGER, P. 54.

SIQUEIRA LIMA; 114.

SOARES, L. T. R.; 56, 146.

SOARES, Rogério Erhardt;; 147, 148, 154.

SOBRINHO, Barbosa Lima; 40.

SOUSA, Martim Afonso de; 19, 20.

SOUSA, Tomé de; 22, 23, 24.

SOUTO, Marcos Juruena; 120, 121, 137.

STREHL, Franz; 66.

TAPAJÓS, Vicente Costa Santos. 20, 21; 22; 23; 35, 37.

VARGAS, Getulio Dornelas; 46, 47.

VARNAHAGEM. 17.

VINHOSA, Francisco, Luiz Teixeira; 34.

WAHRLICH, Beatriz; 44, 48, 50.

WEBER, Max; 43.

WELING, Arno. 33.

WEIL, Prosper; 146, 154, 167.

WOLF. 151.

YENKIS, Kate; 60.

ZEZSCHWITZ, Friedrih; 150.