

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOEL LOURENÇO DOS SANTOS

**A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO E A PARTICIPAÇÃO
DO TERCEIRO SETOR: UMA ANÁLISE DAS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS E SUA ATUAÇÃO NA SES-DF**

**BRASÍLIA
2017**

JOEL LOURENÇO DOS SANTOS

**A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO E A PARTICIPAÇÃO
DO TERCEIRO SETOR: UMA ANÁLISE DAS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS E SUA ATUAÇÃO NA SES-DF**

Monografia apresentada em cumprimento parcial às exigências para obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP no ano de 2017.

Orientador: Fábio Lima Quintas

BRASÍLIA
2017

JOEL LOURENÇO DOS SANTOS

Monografia apresentada em cumprimento parcial às exigências para obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP no ano de 2017.

Brasília-DF, , de novembro de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Orientador – EDB/IDP

Prof.
Membro da Banca Examinadora – EDB/ IDP

Prof.
Membro da Banca Examinadora – EDB/ IDP

Dedico este trabalho aos meus pais.

A educação é um processo social, é desenvolvimento. Não é a preparação para a vida, é a própria vida.

John Dewey

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo contribuir para a análise histórica da Administração Pública brasileira, rememorando os principais traços e marcos que perpassaram pelo Sistema de Administração Patrimonialista, Burocrático e Gerencial. Buscando com a análise aferir como algumas práticas reprováveis ainda encontram campo na máquina pública, sob os mesmos signos ou com nova roupagem. E ainda, como o processo evolutivo administrativo passou por abruptos solavancos, pela inserção de ideias descompassadas com o momento histórico em que se encontrava o Estado brasileiro. É sob a análise desse processo histórico administrativo que inicio a aferição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, documento que serviu para a implementação de diversos mecanismos ao Estado, dentre eles a Emenda Constitucional nº 19/98, com a busca ao princípio da eficiência, art. 37, *caput*, da CRFB/88, e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, bem como pavimentou as bases para a atuação do chamado Terceiro Setor na prestação de serviços públicos não exclusivos, dando ensejo à edição da Medida Provisória 1.648-7, que posteriormente fora convertida na Lei nº 9.637/98, Leis das Organizações Sociais. Neste tocante, passo a aferição de constitucionalidade, por intermédio da ADI nº 1.923 – DF no Supremo Tribunal Federal, analisando os principais argumentos favoráveis e contra a lei. E ainda, como foi possibilitado que os entes da federação criassem leis análogas, o Distrito Federal promulgou a Lei Distrital nº 4.181/08, sob as mesmas bases da lei Federal, contudo, mais conservadora. Mesmo assim sendo alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade distrital (ADI nº 2009.00.2.012305-3), especialmente pelas alterações que a lei sofreu ao excepcionar a qualificação e contratação de organização social para a prestação de serviços no Hospital Regional de Santa Maria – HRSM/DF. Após a análise de constitucionalidade efetuada pelo Judiciário local, trago alguns casos de atuação das organizações sociais na saúde pública do Distrito Federal, demonstrando assim a dificuldade em implementação das novas técnicas administrativas que o modelo gerencial possibilitou, especialmente, pois não houve uma ruptura com as práticas patrimonialistas, e uma nova releitura das estruturas deixadas pelo Decreto Lei nº 200/67.

Palavras chave: Reforma Administrativa do Estado, Terceiro Setor, Lei nº 9.637/98, Organizações Sociais, Contrato de gestão, Saúde Pública, Distrito Federal.

ABSTRACT

This monograph aims to contribute to the historical analysis of the Brazilian Public Administration, recalling the main traits and milestones that permeated the System of Patrimonial, Bureaucratic and Managerial Administration. Seeking with the analysis to assess how some reprehensible practices still find a field in the public machine, under the same signs or with new clothes. And yet, as the administrative evolutionary process went through abrupt bumps, by the insertion of ideas that were out of step with the historical moment in which the Brazilian State was. It is under the analysis of this administrative historical process that I began to gauge the Master Plan of Reform of the Apparatus of the State - PDRAE, document that served for the implementation of several mechanisms to the State, among them Constitutional Amendment No. 19/98, with the principle of efficiency, art. 37, caput of CRFB / 88, and the Fiscal Responsibility Law - LRF, as well as paved the bases for the performance of the so-called Third Sector in the provision of non-exclusive public services, giving rise to the edition of Provisional Measure 1.648-7, which later converted into Law No. 9.637 / 98, Laws of Social Organizations. In this regard, I pass the constitutionality, through ADI n. 1,923 - DF in the Federal Supreme Court, analyzing the main arguments favorable and against the law. Furthermore, since it was possible for federal entities to create similar laws, the Federal District enacted District Law No. 4,181 / 08, under the same rules as Federal law, but more conservative. Even so, it is the subject of a direct action of district unconstitutionality (ADI nº 2009.00.2.012305-3), especially for the changes that the law suffered by excepting the qualification and contracting of social organization for the provision of services in the Regional Hospital of Santa Maria - HRSM / DF. After the analysis of constitutionality carried out by the local judiciary, I bring some cases of action of social organizations in the public health of the Federal District, thus demonstrating the difficulty in implementing the new administrative techniques that the managerial model made possible, especially since there was no rupture with the patrimonial practices, and a new re-reading of the structures left by Decree Law no. 200/67.

Key words: Administrative Reform of the State, Third Sector, Law 9.637 / 98, Social Organizations, Management contract, Public Health, Federal District.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	13
1.1. Sistemas Administrativos do Estado brasileiro	13
1.1.1. Sistema de Administração Patrimonialista	13
1.1.2. Sistema de Administração Burocrático	25
1.1.3. Sistema de Administração Pública Gerencial	33
1.1.3.a) Primeiros sinais do Estado Gerencial	38
1.1.3.b) O segundo passo dado em direção ao Estado Gerencial – Decreto-Lei nº 200/67	42
CAPÍTULO 2. REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO: A CRIAÇÃO DAS BASES DO NOVO MODELO GERENCIAL	52
2.1. Redemocratização da Administração - Governo Fernando Collor de Mello	52
2.2. As reformas político-administrativas do Governo FHC	57
2.2.1. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRE – 1995	57
2.2.2. Emenda Constitucional nº 19/1998	61
2.2.2.a) O Princípio da Eficiência	63
2.2.2.b) Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000	65
2.2.2.c) As despesas com pessoal	65
2.3. A crise do Estado Social de Direito – Abertura estatal para a atuação do Terceiro Setor	69
2.4. O desenvolvimento do Terceiro Setor	73
CAPÍTULO 3. A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR JUNTO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	78
3.1. Legislação: a utilização do arcabouço jurídico criado em meio ao Sistema Gerencial, para o fomento da atuação das organizações sociais na prestação de serviços públicos.	78
3.1.1. A Lei nº 9.637/98 – Lei das Organizações Sociais	78
3.1.2. Julgamento da ADI nº 1.923-DF	83
3.1.2.a) Parecer da Advocacia-Geral da União - AGU	90
3.1.2.b) Parecer da Procuradoria Geral da República - PGR	92
3.1.2.c) Discussão e julgamento do mérito da ADI 1.923-DF	94
a) Voto do Ministro Relator Ayres Britto	94
b) Voto Vista do Ministro Luiz Fux	98
3.2. A legislação e atuação das organizações sociais no Distrito Federal	104
3.2.1. ADI distrital nº 2009.00.2.012305-3	106
3.3. Experiências de atuação das organizações sociais no Distrito Federal	110

<i>3.3.1. Real Sociedade de Beneficência Espanhola - RSBE</i>	110
<i>3.3.2. Cruz Vermelha Brasileira – Filial do Município de Petrópolis</i>	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	122

INTRODUÇÃO

Os processos reformadores são sempre marcados pela sobreposição de ideias consideradas novas, na busca da alteração do modelo posto, por um novo. O tema central deste trabalho é a análise das Reformas Administrativas do Estado brasileiro, e quais os posicionamentos do Estado quanto à prestação dos serviços públicos, e ainda, como a Administração Pública posiciona-se com surgimento de outros atores na arena político-administrativa que não são públicos, tão pouco essencialmente privados, que acabam constituindo o chamado terceiro setor. Assim, apresento um levantamento do panorama histórico e social na busca compreender as escolhas políticas e administrativas no âmbito da prestação, fomento, e regulação dos serviços públicos não exclusivos. Como a importação de modelos político-econômico formataram a Administração Pública. Certo das grandes lacunas propiciadas pela divagação por um longo período histórico, a pesquisa deste trabalho buscou focar nos eventos chaves que modificaram os rumos da gestão administrativa na máquina pública brasileira.

No Capítulo I, A Administração Pública no Brasil, apresentando os três modelos de gestão pública: o patrimonialismo, o modelo burocrático, e por fim o modelo gerencial. Buscando identificar os modelos de “modernização” da Administração Pública, os quais, como ficou aparente, sempre estiveram dissociados do contexto político, econômico, social e administrativo do próprio Estado. Constituindo uma relação disfuncional e desconexa entre as demandas sociais e a burocracia, entre a política de bem estar social e os onerosos tributos, entre o controle social inerente à própria democracia e a exclusão estatal do indivíduo na escolha das políticas sociais. Este primeiro momento analisa os processos e tentativas de estruturação do Estado Nacional, a conformação da Administração Pública calcada nas demandas sociais e as possibilidades de prestação estatal apresentadas por cada modelo de gestão pública. Esta análise preliminar e superficial, - visto o largo período histórico -, servirá de base para a proposta do segundo momento deste trabalho: a crise estatal na manutenção do estado de bem está social, pelas demandas fiscais, e o surgimento do chamado terceiro setor.

O Capítulo II, Reforma Administrativa do Estado Brasileiro: Criação das bases do novo modelo gerencial, apresento os primeiros passos em direção à administração gerencial, passando pelo Governo Juscelino e Regime Militar. Apresento as contribuições históricas e

jurídicas deste período até o Governo Fernando Henrique Cardoso - FHC. Tendo por norte a reforma política-administrativa baseada nas ideias de Luiz Carlos Gonçalves Bresser-Pereira, o então Ministro de Reforma do Estado durante o Governo FHC. Sendo o grande direcionador do projeto estatal deste período, analiso o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE. Plano que serviu para a implementação de diversos mecanismos de uma política pautada pelas ideias do chamado terceiro eixo, que visava à superação das amarras formuladas, e até então praticadas, advindas do Decreto Lei nº 200/67. O terceiro eixo econômico, buscado pelo PDRAE, estrutura-se pela abertura política e econômica, modelo advindo da Inglaterra com as medidas adotadas por Tony Blair, desvinculadas, de certo modo, do liberalismo e do Estado centralizador.

Seguindo essa estrutura das novas ideias de gestão pública, analiso como a Constituição de 1988 foi emblemática na mudança da postura política frente à Administração Pública. Contudo, não havendo a devida implantação dos princípios constitucionais, bem como do protagonismo de defesa social, promoção e fomento dos serviços públicos, e a corresponsabilização do cidadão na efetivação dos direitos sociais. Neste contexto, a Reforma Administrativa promovida pelo Governo FHC, não foi capaz de identificar no próprio texto constitucional os novos paradigmas à Administração Pública, vindo a formaliza-se por intermédio de alguns pilares legais, são eles: a Emenda Constitucional nº 19/98, na busca ao princípio da eficiência; a criação de bases de responsabilidade fiscal, advindas com Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF; e ainda como sob a justificativa da crise do chamado estado social de direito, foi pavimentada a estrutura para a atuação do chamado Terceiro Setor na prestação de serviços públicos não exclusivos, por intermédio da Lei nº 9.637/98, Leis das Organizações Sociais. O foco final deste capítulo é identificar como a resposta estatal a estagnação econômica, e os elevados custos da manutenção do Estado provedor, deram ensejo ao surgimento destes atores considerados públicos não estatais, que culminou no desenvolvimento do terceiro setor.

No Capítulo III, Legislação: a utilização do arcabouço jurídico criado em meio ao Sistema Gerencial, para o fomento da atuação das organizações sociais na prestação de serviços públicos, analiso primeiramente a Lei nº 9.637/98, quais os serviços podem ser alvo do contrato de gestão, a qualificação como organização social, a efetivação do Programa de Publicização já previsto no PDRAE, o controle e fiscalização dos órgãos externos, e a utilização de bens e servidores públicos pelas organizações sociais. Após, passo a análise de

constitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI nº 1.923 – DF. Como o Ministro Relator Ayres Brito posicionou-se pela inconstitucionalidade de grande parcela da Lei, e como identificava as entrelinhas da norma como forma de escape do Estado quanto à sua responsabilidade social na prestação direta dos serviços sociais. E ainda, como o Voto vista do Ministro Luiz Fux conduziu a Corte à leitura da norma dando-lhe interpretação conforme a Constituição. Método este que foi questionado, por propiciar a subjetividade de alguns artigos da Lei das Organizações Sociais, especialmente quanto à discricionariedade do gestor público em qualificar e contratar com as entidades, a dispensa de licitação, mas a necessidade de procedimentos públicos para a aquisição de bens e materiais, bem como na contratação da mão de obra para a organização social.

Fechando o trabalho, analiso como as bases históricas e os signos dos modelos de administração patrimonialista e burocrático estão presentes na efetivação das organizações sociais. Para tanto analiso a atuação das organizações no âmbito da saúde pública do Distrito Federal, trazendo dois casos emblemáticos, que foram marcados pelo desrespeitos a lei, bem como o gestor público não atentou as orientações apresentados pelo STF, ignorando a interpretação conforme a Constituição dada pela Corte para alguns mecanismos de controle, os quais poderiam ter evitado a trajetória destas experiências, marcadas pelo desrespeito ao patrimônio público, a forte presença do favorecimento pessoal, a não prestação de contas, os desvios de finalidade, a subcontratação para a prestação dos serviços, e ainda o desrespeito ao princípio do controle social inerente ao Sistema Único de Saúde – SUS, pelo afastamento da comunidade das políticas sociais de saúde, em desrespeito as bases as quais foi instituído o SUS na Constituição Federal.

Sendo aferida a inegável contribuição que o terceiro setor pode proporcionar, por intermédio das parcerias e do contrato de gestão, especialmente no presente momento de crise econômica e política. Contudo, fica evidente ao longo do trabalho que a ideia é viável, mas que a estrutura política hoje apresentada, marcada ainda pelos traços patrimonialistas, e a falta de melhor sistema de qualificação e contratação das organizações sociais, visto a discricionariedade que a lei proporciona, acaba trazendo subjetivismo à atuação das organizações, posto que em grande parte, fica dependente o respeito à coisa pública, à seriedade do administrador público que qualifica e contrata com a organização, caso contrário, novos casos como os apresentados nesse trabalho continuarão sendo visualizados, trazendo irreparável prejuízo social, especialmente quando atuam na área da saúde pública.

CAPÍTULO 1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira a Administração Pública deve ser compreendida como um processo histórico de formulação de sistemas administrativos de gestão pública, divididos em três períodos, os quais compreendem sistemas de governo ambíguos, contudo, somativos.

Nessa perspectiva, entende Bresser Pereira que podem ser identificados três modelos básicos, que se sucedem no tempo, mas que não são inteiramente superadas ao longo do tempo: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial.¹

Cada uma delas merece exame próprio.

1.1. Sistemas Administrativos do Estado brasileiro

1.1.1. Sistema de Administração Patrimonialista

No sistema de gestão patrimonial, o aparelho estatal é caracterizado por ser uma extensão do poder do soberano, em que os agentes “filiados ao soberano”, servidores, possuem status de nobreza real. Os ocupantes dos cargos públicos não servem à *res publica*, ou seja, a coisa pública, mas, aos interesses próprios, e do governante. É preciso ressaltar que todos os recursos existentes são considerados propriedades do chefe de estado. Conseqüentemente a esta prática, a corrupção, o nepotismo estão engendrados nesse tipo de modelo de administração. A entrada do sistema capitalista no cenário, do cotidiano da vida civil em sociedade, o incremento do mercado, as interações de venda e compra, as relações de trabalho, a nova lógica da vida trazida por essa burguesia nascente ao Brasil, que em nada se

¹ BRASIL. Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995. pp 15.

assemelha a este Estado monárquico, a administração patrimonialista é colocada em xeque, tornando-se uma excrescência inaceitável².

Max Weber conceituou que esta forma de governo consiste no domínio do monarca sobre os súditos, em que o tesouro do Estado confundia-se com a riqueza do mesmo, logo, não havia distinção entre o que era pertencente à esfera oficial, dita pública e o âmbito privado, como já foi ressaltado acima³. Neste sistema o governante, tem em suas mãos os desígnios do Estado, tudo e todos a seu comando estão submetidos a sua vontade⁴.

A noção de um sistema patrimonialista está presente nos primeiros anos da instalação da Coroa Portuguesa no território brasileiro. Contudo, vale lembrar que historicamente, segundo Raymundo Faoro, o sistema patrimonialista, ou simplesmente o patrimonialismo existiria desde a formação do Estado português, entre o século XI e XV, em que não havia a noção de “*soberania popular*”, tão pouca separação dos bens do monarca e os bens públicos. Uma vez que o monarca era possuidor tanto de patrimônio particular, bem como das receitas públicas. Assim, não poderia haver a usurpação do bem público, vez que o mesmo também era de direito do governante.⁵ Esta é uma característica marcante no período imperial brasileiro.

No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. Em outras palavras, a administração patrimonial consiste em administrar e proferir sentenças caso por caso, combinado o exercício discricionário da autoridade pessoal com a consideração devida pela tradição sagrada ou por certos direitos individuais estabelecidos.⁶

² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: Formação do patronato brasileiro. São Paulo: Globo, 2001. pp. 140.

³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, Vol I, pp. 84 - 86.

⁴ MARTINS, Humberto Falcão. **A Ética do Patrimonialismo e a Modernização da Administração Pública Brasileira**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8036>>. Acessado em 21 de agosto de 2017.

⁵ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 249, 252, 256.

⁶ BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**. Brasília: UnB, 1986. pp.270 e 271.

O nepotismo e a corrupção são características marcantes deste sistema, em que o monarca distribui os cargos públicos conforme vontade pessoal. Normalmente orientado pelos vínculos de afeição e os favores. Vale lembrar que esses cargos públicos são muito rentáveis, e pressupõe pouca atividade laboral, em sua maioria, são atividades apenas burocráticas deliberativas, e que são formadores de status social. Como salienta Sérgio da Costa, esses cargos públicos eram ocupados por pessoas que baseavam seus interesses à margem do interesse público, e utilizavam sua posição na Administração Pública como forma de promover seus interesses, deixando de lado os interesses da nação “[...] comer à custa do Estado e nada fazer para o bem da nação”⁷. O montante advindo das tributações, como o patrimônio pessoal do governante eram gastos de maneira indiscriminada, não obedecendo à lógica de necessidades, tão pouco separando o interesse público do pessoal.

Essas são as bases do patrimonialismo no Brasil as quais criaram raízes em nosso território e moldaram nosso sistema administrativo.

Tudo se concentrou, no primeiro golpe, em situar no mundo político e administrativo os fugitivos desempregados, colocando-lhes na boca uma teta do Tesouro. Os fidalgos de alta linhagem, os que dispunham de meios próprios de vida, não acompanharam, senão excepcionalmente, o regente. [...] Vinham a seguir a chusma de satélites: mosenhores, desembargadores, legistas, médicos, empregados da casa real, os homens do serviço privado e protegidos de D. João. Eram os vadios e parasitas, que continuariam no Rio de Janeiro o ofício exercido em Lisboa: ‘comer à custa do Estado e nada fazer para o bem da nação’. Organizar o império, para o ministério, seria reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e colocar os desempregados. O eixo da política era o mesmo, secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo. Os fidalgos ganharam pensões, acesso aos postos superiores os oficiais da Armada e do Exército, empregos e benefícios os civis e eclesiásticos. [...] A carapaça administrativa, enorme e inútil, [...] não esgotou as atividades da corte. [...] A transmigração superpôs à estrutura social existente a estrutura administrativa do cortesão fugitivo, com os renovamentos das supérfluas velharias de uma sociedade desfibrada, em que a burocracia se tornará o ideal da vadiagem paga. [...] A nobreza burocrática defronta-se aos proprietários territoriais, até então confinados às câmaras, em busca estes de títulos e das graças aristocráticas. A corte está diante de sua maior tarefa, dentro da fluida realidade americana: criar um Estado.⁸

A administração patrimonialista instituiu suas bases no Brasil Colonial, aos moldes do modelo português, tradicional nos Estados absolutista do continente europeu. Esse modelo administrativo perdurou no Brasil até a década de 1930, com o advento do Governo

⁷ FRANCO, Sérgio da Costa. **Júlio de Castilhos e sua época**. Porto Alegre, Globo, 1967, pp. 6. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?isbn=8543803144>>. Acessado em 10 de março de 2017.

⁸ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 249, 252, 256.

Vargas e de uma tentativa mais séria de profissionalização do setor público nacional, como veremos a frente. Neste sentido as bases do Estado brasileiro, a formulação da Administração Pública, estão intrinsicamente relacionadas ao patrimonialismo.

[...] O domínio tradicional se configura no patrimonialismo [...] que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro administrativo, a chefia dispersa assume caráter patriarcal, identificável no mando do fazendeiro, do senhor de engenho e nos coronéis. Num estágio inicial, o domínio patrimonial [...] apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado⁹

Neste contexto não cabe afirmar que este quadro político-administrativo formou uma barreira que impedisse a modernização da máquina pública, por intermédio dos processos da administração. Esse quadro não minimizou a possibilidade da evolução administrativa, mas a fez de forma deturpada e corrupta¹⁰.

O patrimonialismo ao qual Faoro refere-se aponta como base edificante das nossas origens institucionais o forte papel centralizador exercido pelo monarca. Todos os atos políticos passavam por ele, desde as nomeações em cargos públicos até as políticas econômicas. Tudo era de interesse e resolubilidade, obrigatória, da máquina pública, do Estado. O qual, por sua vez, frente a essa peculiaridade estava presente em praticamente todas as áreas da esfera social. Uma marca deste domínio do Estado caracterizava-se pelo controle centralizado até mesmo dos latifundiários, que cerceando sua autonomia para o exercício de suas atividades, mantinha os donatários sob a égide do monarca.

Tudo está longe do feudalismo, da aristocracia territorial, dos monarcas latifundiários. Olhos vigilantes, desconfiados cuidavam para que o mundo americano não esquecesse o cordão umbilical, que lhe transmitia a força de trabalho e lhe absorvia a riqueza. O rei estava atento ao seu negócio.

Ao destacar a importância do caráter centralizador do patrimonialismo no Brasil, Faoro advertiu sobre a minimizada influência, e até instrumentos que a sociedade civil, o povo, tinha em refrear os mandos unívocos da chefia política.

O Estado não é sentido como o protetor dos interesses da população, o defensor das atividades dos particulares. Ele será, unicamente, monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário. Ninguém com ele colaborará — salvo os buscadores de benefícios escusos e

⁹ Idem, *ibidem*, pp. 733, 736-7.

¹⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação Histórica do Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 2002, pp. 178.

de cargos públicos, infamados como adesistas a uma potência estrangeira. Os senhores territoriais, a plebe urbana cultivam, na insubmissão impotente, um oposicionismo difuso, calado, temeroso da reação draconiana.¹¹

Neste contexto sem organização lógica e estamentos delimitados entre as instâncias do governo, as personagens do ciclo da corte extrapolam os limites entre o público e o privado, tendo aporte diretamente no monarca. Esses personagens procuram o poder central a fim de terem resolução de suas demandas pessoais, ignorando assim os graus intermediários de comando da estrutura estatal.

Do rei ao governador-geral (vice-rei), aos capitães (capitanias) e às autoridades municipais perpassa uma complexa, confusa, tumultuária e fluida hierarquia. O gabinete geral de muitos auxiliares, casas, conselhos e mesas constitui o domínio absoluto do monarca. O governador-geral, o ouvidor-geral e o provedor-mor, os capitães-gerais e juízes perdem-se no exercício de atribuições mal delimitadas e se embaraçam numa corte frouxamente hierárquica, onde todos se dirigem ao rei e a seu círculo de dependentes, atropelando os graus intermediários de comando.¹²

Os servidores públicos, ou apenas, funcionários do monarca, eram em sua maioria infiéis e corruptos, tendo apenas como norte de suas ações seus interesses pessoais. Segundo Raymundo Faoro, não havia uma hierarquia instituída claramente, no que concerne as obrigações advindas de cada função pública, o que acarretava em excessos às ordens do monarca. “Agora, o sistema é o de manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos”¹³. Para Faoro este sistema apenas mantinha-se pela capacidade do governante em desenvolver e assegurar um articulado “sistema de dominação” para com os seus súditos. Neste sentido, o monarca articulava uma teia de dominação em que ele possuía o poder e os súditos a obrigação com o mesmo¹⁴. Gerando com isso o nepotismo e a corrupção, pois, nesta estrutura se posiciona a margem da lei é interessante e vantajoso.

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre a esfera pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, lato sensu, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e

¹¹ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 197.

¹² Idem, ibidem, pp. 185.

¹³ Idem, ibidem, pp. 200.

¹⁴ Idem, ibidem, pp. 202.

da igualdade formal-legal. O distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade.¹⁵

Para Faoro não existia a delimitação exata dos poderes, o que fazia com que o Legislativo, o Judiciário e o Administrativo, analogicamente o atual Poder Executivo, estivessem intrinsecamente interligados, e suas funções eram exercidas por uma mesma pessoa, gerando impessoalidade e extravagâncias do poder. Logo, ser servidor público era estar revestido de poderes e mordomias “[...] a inquieta, ardente, apaixonada caça ao emprego público. Só ele oferece o poder e a glória, só ele eleva, branqueia e decora o nome.”¹⁶.

Abstendo-se das principais fontes de renda da época, o comércio e a exportação, o servidor público acendia socialmente, estando fora da lógica do latifúndio ainda explorada, constituindo uma nova classe, que surgia em meio ao seio da nobreza, mas que tinha a possibilidade de aspirar outras formas de investimento e exploração do capital¹⁷.

A luz do absolutismo infundia ao mando caráter despótico, seja na área dos funcionários de carreira, oriundos da corte, não raro filhos de suas intrigas, ou nos delegados locais, investidos de funções públicas, num momento em que o súdito deveria, como obrigação primeira, obedecer às ordens e incumbências do rei.¹⁸

Para Sergio Buarque de Hollanda, a característica fundamental do homem cordial brasileiro, apresentado em *Raízes do Brasil*, é de um homem que, em sua débil vida pública, era influenciado a não considerar as diferenças entre o seu interesse e o interesse coletivo, público, não assimilando assim a dimensão da esfera coletiva que formava seu ambiente social.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com

¹⁵ Idem, *ibidem*, pp. 155.

¹⁶ Idem, *ibidem*, pp. 440.

¹⁷ Idem, *ibidem*, pp. 189.

¹⁸ Idem, *ibidem*, pp. 199.

as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.¹⁹

A disseminação das ideias advindas da Revolução Francesa e do progresso dos meios de produção lançaram em todo o mundo os ideários de uma burguesia latente, que abraçada ao capitalismo saltaram de nação em nação quebrando a lógica do sistema patrimonialista²⁰. Neste novo cenário o patrimonialismo não encontrava mais suas bases de sustentação, uma vez que a própria nobreza encontrava-se decadente e refém da burguesia.

Quando o capitalismo brotar, quebrando com violência a casca exterior do feudalismo, que o prepara no artesanato, não encontrará, no patrimonialismo, as condições propícias de desenvolvimento. O trânsito, a compra e venda, o transporte, o financiamento ensejarão o gigantismo dos órgãos de troca, com o precário enriquecimento da burguesia, reduzida ao papel de intermediária entre as outras nações. A atividade industrial, quando emerge, decorre de estímulos, favores, privilégios, sem que a empresa individual, baseada racionalmente no cálculo, incólume às intervenções governamentais, ganhe incremento autônomo.²¹

Os efeitos sociais logo são sentidos na sociedade brasileira. As profissões liberais, bem como os cargos públicos eram exercidos por filhos dos latifundiários, os quais em um processo de êxodo rural, tanto motivados pelos estudos, como também pela vida política e pelas possibilidades econômicas das profissões liberais nos centros urbanos, assentam-se nos grandes centros urbanos e tornam-se responsáveis pelo desenvolvimento urbano, político, econômico e social²². Este êxodo rural, o desenvolvimento das metrópoles acaba por falir o modelo patrimonialista de organização do Estado, como também irão ruir as bases econômicas do latifúndio e da escravidão, devido aos ideais de cunho liberal, advindos do continente europeu e instalado de forma amorfa, com muito custo, no Brasil. Sobre essa migração de capitais para a área urbana e o fim da escravidão, Celso Werneck Sodré relata:

[...] nota-se no Brasil um surto de atividades novas. Não importa que isso tenha um valor muito mais histórico do que real: são indícios de mudança. Fundam-se, então, 62 empresas industriais, 14 bancos, 3 caixas econômicas, 20 companhias de navegação a vapor, 23 seguros, 4 de colonização, 8 de mineração, 3 de transporte urbano, 2 de gás, 8 estradas de ferro. Ocorre, ao que tudo indica, uma transferência de capitais da área rural e agrícola para a área urbana e industrial. A suspensão do tráfico negreiro teve um papel naquele surto.²³

¹⁹ HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969, pp. 105 e 106.

²⁰ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 38

²¹ Idem, ibidem, pp. 38.

²² Idem, ibidem, pp. 199.

²³ SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação Histórica do Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 2002, pp. 298.

Para Faoro o poder político do Estado estaria concentrado em um estamento aristocrático-burocrático, composto pela classe média urbana, são eles letrados, juristas e militares, que tinham seu poder e renda derivados do próprio Estado. É essa camada classe média urbana, que compunha a elite política, letrada e conservadora que manda de forma oligárquica na máquina estatal²⁴.

As questões derivadas do âmbito social, tais como, a democracia falseada, por eleições caracterizadas pela violência e fraude, as disparidades educacionais e sociais entre a elite política e o restante da população, deram margem a uma personagem em meio às camadas sociais, são os funcionários públicos, donos de rendosas sinecuras, e não de funções públicas, dada as circunstâncias que se formula o Estado patrimonialista, baseado no clientelismo, nos favores, e no nepotismo. Sérgio Buarque observa que

[...] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.²⁵

A função pública, embora não efetiva, posto que normalmente o funcionário público estava à mercê da permanência do Ministro no cargo para a continuidade do emprego, era uma possível solução para uma ampla classe média desempregada²⁶. Partindo deste pressuposto da não estabilidade do funcionário público, os critérios que regiam a máquina administrativa pública eram, em sua maioria, pessoais. E, enquanto ao zelo com a eficiência, esta era relegada ao segundo plano.

Seguindo o pensamento de José Murilo de Carvalho, a “classe média desempregada”, a qual se refere Tobias Barreto e Sylvio Romero, constituída principalmente por bacharéis, era incentivada a seguir a carreira pública, por falta de opções. Neste sentido, essa classe cresce com a vocação do funcionalismo. Contudo, José Murilo de Carvalho, nas palavras de Joaquim Nabuco, nos relata que não era “a vocação de todos, [...] mas o era das minorias urbanas, especialmente de seus elementos mais educados e agressivos”²⁷. Vale lembrar que o acesso a determinadas funções era difícil, especialmente na Marinha e na

²⁴ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 203.

²⁵ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. op. cit., pp. 105-105.

²⁶ CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 130.

²⁷ Idem, ibidem, pp. 130.

magistratura, pois, dependiam de padrinhos de alta patente ou de contatos influentes junto ao Governo Federal. Neste sentido, esses postos eram almejados. Contudo, tais setores mantinham seu caráter aristocrático²⁸. Já o acesso ao Exército, por exemplo, era menos complexo. Fator esse que mais a frente formará as bases de um Exército emergente, progressista, que ansiava por mais espaço político e poder.

Mesmo tendo dificuldades em adaptar-se a vida urbana, na formação dos centros urbanos, como na formulação da estrutura política e na criação dos cargos públicos, os latifundiários e suas famílias, recém-assentadas nas cidades, estavam novamente buscando firmar seu poder, por intermédio da estrutura familiar e o apelo aos ciclos de amizades.

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.²⁹

Assim, a família torna-se a formuladora deste modelo de vida urbana, conforme nos apresenta Sérgio Buarque de Hollanda.

A família patriarcal fornece, assim, o grande modelo por onde se hão de calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos. Uma lei moral e inflexível, superior a todos os cálculos e vontades dos homens, pode regular a boa harmonia do corpo social, e, portanto deve ser rigorosamente respeitada e cumprida.³⁰

Contraopondo-se assim ao pressuposto por Marx Webber, essa estrutura de governo instituída favorece o uso das instituições públicas em interesse próprio, renegando as aspirações públicas e usurpando a máquina pública para finalidades pessoais e particulares, favorecendo o sistema latifundiário, de manutenção da escravidão e não modernização da

²⁸ CARVALHO, José Murilo de. op. cit., pp. 134.

²⁹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. op. cit., pp. 82.

³⁰ SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Liv. Duas Cidades: Editora 34, 2000, pp. 85.

mão-de-obra. Formando um sistema incongruente com as ideias liberais que chegavam pelo Oceano Atlântico, advindas da Europa³¹.

Assim, sobre as idéias liberais, tendo por base a análise de Fernando Henrique Cardoso sobre o processo de não modernização da mão-de-obra na agricultura brasileira, Roberto Schwarz formula que o escravo não se insere na lógica econômica moderna, que era necessário à época para o desenvolvimento da economia cafeeira do Brasil. Para Schwarz a presença do escravo em meio às três classes por ele elencadas, os latifundiários, os escravos e os homens livres, caracteriza a impossibilidade de inserir as ideias liberais formuladas no seio da nata intelectual europeia, “[...] por sua mera presença, a escravidão indica a impropriedade das idéias liberais”. Para o autor a não especialização da mão-de-obra lançou o país em um atraso econômico infundável, um contrassenso ao processo de industrialização e expansão do capital na Europa.

[...] F. H. Cardoso observa que ‘economia’ não se destina aqui, pelo contexto, a fazer o trabalho num mínimo de tempo, mas num máximo. É preciso espicha-lo, a fim de encher e disciplinar o dia do escravo. O oposto exato do que era moderno fazer. Fundada na violência e na disciplina militar, a produção escravista dependia da autoridade, mais que da eficácia.³²

Schwarz formula que o Brasil erroneamente respira as ideias advindas da Europa. Erroneamente, pois, não se encaixam no contexto brasileiro, baseado no escravismo e clientelismo. Clientelismo esse gerado em meio à classe dos homens livres elencada por ele, que é altamente dependente das relações existentes entre a classe dos latifundiários e dos escravos, pois, a existência destas caracterizam uma esfera de poder, uma sociedade separada pelo abismo de quem possui, e quem não possui, quem manda e quem obedece. Uma sociedade que imprime aparências dispare da realidade. Neste mesmo sentido Oliveira Viana formula:

1) Na vida política de nosso povo, há um direito público elaborado pelas elites e que se acha concretizado na Constituição. 2) Este direito público, elaborado pelas elites, está em divergência com o direito público elaborado pelo povo-massa e, no conflito aberto por esta divergência, é o direito do povo-massa que tem prevalecido, praticamente. 3) Toda a dramaticidade de nossa história política está no esforço improfícuo das elites para obrigar o

³¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, Vol I, pp. 150.

³² Idem, ibidem, pp. 14.

povo-massa a praticar este direito por elas elaborado, mas que o povo-massa desconhece e a que se recusa a obedecer.³³

O liberalismo europeu corresponde às aparências, elencadas por Schwarz, em um emaranhado de relações estabelecidas em que prevalecia a mão-de-obra livre. Contudo, no Brasil, o pressuposto da existência do trabalho escravo, mantém as relações de resistência e conseqüentemente afasta a possibilidade da inserção mais profunda das ideias advindas das elites europeias, neste contexto em que a exploração do escravo apresentava-se sem subterfúgios, não condizendo com o liberalismo europeu. Para o autor, ao longo da formação sociocultural do Estado brasileiro, nós “... [pomos e repomos] ideias europeias, sempre em sentido impróprio”. Completa dizendo que

Conhecer o Brasil era saber destes deslocamentos, vividos e praticados por todos como uma espécie de fatalidade, para os quais, entretanto, não havia homem, pois a utilização imprópria dos nomes era a sua natureza. Largamente sentido como defeito, bem conhecido mas pouco pensado, este sistema de impropriedades decerto rebaixava o cotidiano da vida ideológica e diminuía as chances da reflexão. Contudo facilitava o ceticismo em face das ideologias, por vezes bem completo e descansado, e compatível aliás com muito verbalismo.³⁴

Neste sentido, para Schwarz as ideias, no Brasil, estariam fora do lugar. Em um processo de justificação histórica, a dependência econômica do Brasil, ligada à mão-de-obra escrava, e a adoção dos ideais da massa intelectual europeia, que neste momento já estava embalada pela lógica do capital. Gerando um país de disparidades, em que “[...] as ideias liberais não teriam meios para serem praticadas [...] mas não poderiam ser totalmente rejeitadas”³⁵, um país agrário em que o escravo era a mola mestra do sistema produtivo, o que constituía uma estrutura totalmente atrasada e colonial. Neste contexto, o escravismo torna-se base de contrassenso ao liberalismo. Contudo, vale ressaltar que o “favor e a retribuição” são em mesmo sentido formas sociais de vida inconivente com o sistema liberal adotado, “Adotadas as idéias e razões europeias, elas podiam servir e muitas vezes serviram de justificação, nominalmente ‘objetiva’ para o momento de arbítrio que é de natureza do favor”³⁶.

³³ VIANNA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, pp. 298 e 299.

³⁴ SCHWARTZ, Roberto. "As idéias fora do lugar". In: *Ao Vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992, 4ª Ed. pp. 26.

³⁵ Idem, *ibidem*, pp. 12.

³⁶ Idem, *ibidem*, pp. 16.

O Brasil é um modelo particular quanto à sua forma social, política e administrativa, em que os ideais são importados, mas ao mesmo tempo à lógica social não se ampara nestes conceitos, bem como não há adequação dos mesmos ao contexto brasileiro. Contudo, Faoro apresenta que este liberalismo que surge no Brasil suas bases não são formadas pelo povo, tendo o liberalismo brasileiro pouco de liberal e democrático.

O liberalismo que assim nasce tem alguma coisa de liberal e pouco de democrático. Não se estranhe esse divórcio que, até Tocqueville, foi um dos grandes dogmas do credo liberal. O problema do liberalismo era compatibilizar-se com os estamentos, que assumem papel semi-independente. Forma-se uma modalidade especial de liberalismo, onde a base não está no povo, no cidadão, mas nos corpos intermediários.[...] O povo, nessa perspectiva, é um corpo inorgânico a ser protegido ou, se entregue a si mesmo, a ser temido. [...] As deficiências do liberalismo político estão na base das fraquezas do liberalismo econômico. Embora, entre nós, um não tenha saído do outro, com mais desencontros do que encontros, na base da racionalidade do liberalismo econômico estão os elementos previsíveis e calculáveis do Estado de direito. Esta irracionalidade formal é o grande obstáculo de um e de outro para vencer o patrimonialismo.³⁷

Em contrapartida as ideias apresentadas por Roberto Schwarz para Ângela Alonso em *Ideias em Movimento – A geração 1870 na crise do Brasil-Império*, formula que os problemas do Brasil são caracterizados pela “[...] inépcia da elite política imperial para levar avante as reformas e a inoperância do parlamento em processá-las”³⁸. Completa ainda que o escopo da monarquia era a figura latente da “[...] falsificação do sistema representativo, a corrupção dos partidos, a ineficácia do sistema político”³⁹, e que a “[...] base socioeconômica escravista e o regime político da monarquia centralizada teriam sido decisões políticas equivocadas”. Neste sentido, essas decisões equivocadas que a autora se refere, não encontram aporte na tese de Schwarz, uma vez que “Os problemas brasileiros não seriam atávicos, produzidos pela natureza dos trópicos, pelo caráter do povo, pela juventude da América, mas resultados de projetos deliberados de lideranças políticas”⁴⁰. Pela má gestão da máquina pública e dos interesses da nação.

Ora, quando se inicia o tênue, mas avassalador processo de infiltração de fatores e personagens externos à burocracia estamental, que lutava para manter seu caráter aristocrático, não era possível mais sustentar o Estado patrimonial. É a administração pública

³⁷ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 26-27.

³⁸ ALONSO, Ângela. **Ideias em movimento**: A geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002, pp. 258.

³⁹ Idem, ibidem, pp. 258.

⁴⁰ Idem, ibidem, pp. 258.

burocrática emergente, que por intermédio, principalmente, dos militares, formulam as bases do autoritarismo burocrático-capitalista, que promovem em nome de um abstrato lema “ordem e progresso”, a administração pública burocrática⁴¹.

Logo, o patrimonialismo é um traço distintivo, que caracteriza todo esse período que precede à formulação de padrões burocráticos racionais, os quais direcionam a Administração Pública para o norte da racionalidade e do gerenciamento responsável e impessoal. Alterando assim drasticamente as acepções acerca do papel do servidor público, e da prestação de serviços públicos, em meio à máquina estatal. Aferindo-se ainda que em diversos momentos deste longo período, a Administração Pública buscou alternativas as questões burocráticas e estruturais, nos modelos advindos da Europa. Sendo implementados no estado brasileiro de forma deturpada. Não atendendo as necessidades da máquina estatal.

Salienta-se ainda que parte do discurso de subjugação histórica, trazidos em grande parte, por Sergio Buarque, Caio Prado Jr e Gilberto Freyre, deixam de analisar as reais aspirações políticas da época, conforme apontou Ângela Alonso. Visto que a estrutura política já contava com partidos organizados, os quais ditavam a permanência de algumas estruturas patrimonialistas, não sendo uma imposição histórica, e sim uma escolha deliberada para a manutenção do poder.

1.1.2. Sistema de Administração Burocrático

Na crônica de Fernando Sabino, intitulada de “Cem Cruzeiros a Mais”⁴², publicada em 1965, um personagem, servidor público de um determinado Ministério, tenta insistentemente devolver cem cruzeiros que recebera a mais em seu pagamento. No entanto, esbarra com uma enorme burocracia. O homem procura vários departamentos, fala com vários funcionários. Contudo, sempre cerceado pela hierarquia pública desregrada. Conseguiu

⁴¹ SCHWARTZMAN, Somon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Campus, 2007, 4ª Ed. pp. 163. Disponível em <http://www.bunkerdacultura.com.br/books/bases_do_autoritarismo_no_brasil.pdf>. Acessado em 22 de abril de 2017.

⁴² SABINO, Fernando. **Cem cruzeiros a mais**. Disponível em <<http://contobrasileiro.com.br/cem-cruzeiros-a-mais-chronica-de-fernando-sabino>>. Acessado em 17 de abril de 2017.

apenas resolver seu problema ao burlar essa estrutura, fazendo uma bolinha de papel com a nota de cem cruzeiros e jogando-a por cima do vidro do balcão que recebera seu salário.

Embora Fernando Sabino tente montar uma caricatura do processo burocrático formulado por Marx Weber, a crônica ilustra o período da Administração Burocrática no Brasil, construindo a ideia dos servidores públicos incompetentes, os quais não conseguem superar as amarras advindas da burocracia institucional, fundada no formalismo, ineficácia, lentidão e irracionalidade. No entanto, a burocracia no pensamento weberiano significa o espaço da eficiência, da agilidade e da competência. Para Marx Weber a burocracia:

É a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas espécies de tarefas [...] Toda nossa vida cotidiana está encaixada nesse quadro.⁴³

Os princípios hierárquicos formulados no pensamento weberiano estão atrelados aos postos de trabalho, bem como os níveis de autoridades, propondo assim um sistema formal, baseado na subordinação hierárquica, na qual existe uma contínua supervisão dos servidores subordinados pelos seus superiores.

Esses servidores são ocupantes de cargos públicos, contudo, sua vida funcional não se encontra atrelada, necessariamente, a permanência deste cargo, pois este é perene, uma vez criado, o cargo tende a continuar existindo, sendo ocupado por outra pessoa. Neste sentido, o servidor faz parte da estrutura dos serviços públicos, como os arquivos de documentos e expedientes, mesas, armários, pastas, os quais constituem uma repartição pública⁴⁴. É nesta repartição, ou a ela que determinado servidor presta seu trabalho, seguindo os protocolos e regras institucionalizadas. E, ao término de sua jornada de trabalho, ou ao deixar essa repartição, o servidor público retoma sua personalidade, revestindo-se de sua vida privada, a qual, em nada cruza com a vida na esfera pública.

Nesta lógica, o cargo público é uma profissão, que demanda a estadia fixada de horas de trabalho, treinamentos, instituição de salário, planos de carreira e hierarquia. Contrapondo-se a administração das empresas privadas, o local privilegiado do servidor público, e a vitaliciedade de sua posição, faz com que o mesmo lute por meio legais, os quais

⁴³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, Vol I, pp. 145.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, pp. 132.

proteja-o economicamente na velhice, bem como maiores garantias à sua estabilidade, protegendo-se da demissão arbitrária do cargo público⁴⁵. Outro fator de relevância para esse percurso remonta a possibilidade do servidor acender hierarquicamente, passando de subordinado, com cargo e remuneração inferior, para os postos de chefia⁴⁶.

Para Weber os alemães teriam alcançado o ápice do processo de evolução da administração burocrática, uma vez que “[...] desenvolveram, de forma virtuosa, a organização racional, burocrática, especializada e baseada na divisão do trabalho, de todas as associações humanas, desde a fábrica até o exército e o Estado⁴⁷”.

Entretanto, o pensamento weberiano aponta para a nomeação de servidores por interesse da Administração Pública, ou melhor, pelo o interesse de quem governa, desconsiderando as provas e títulos para acesso ao cargo público. Desconsidera também a vontade popular na aclamação de nomes para à Administração. Para Weber o tipo puro de servidor burocrático deve ser nomeado por uma autoridade superior, uma vez que uma pessoa escolhida pelos governados não constitui uma figura exclusivamente burocrática.

O tipo puro de funcionário burocrático é nomeado por uma hierarquia superior. Um funcionário escolhido pelos governadores não é uma figura puramente burocrática. [...] Em qualquer circunstância, a designação de funcionários por meio de uma eleição entre os governados altera o rigor da subordinação hierárquica. Um funcionário assim eleito tem, em princípio, uma posição autônoma com relação ao funcionário superior [...] O normal é que o funcionário que não é escolhido, mas nomeado por um chefe, funcione com mais eficiência, desde um ponto de vista técnico, pois, em igualdade de circunstâncias, é mais provável que a sua designação e a sua carreira estejam determinadas por considerações e qualidades puramente funcionais.⁴⁸

A lógica da administração burocrática está intrinsecamente ligada ao surgimento do Estado liberal no final do século XIX, em resposta ao nepotismo patrimonialista e a corrupção que este modelo gerava. Apresenta-se como princípios orientadores da máquina pública a profissionalização, a hierarquia funcional, a impessoalidade, a ideia de carreira, o formalismo, em síntese, um sistema administrativo baseado na legalidade e na racionalidade⁴⁹.

⁴⁵ WEBER, Max. **Ciência e Política duas vocações**. Capítulo II – A Política como vocação. Editora Cultrix, São Paulo, 2004. pp. 98.

⁴⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, Vol. II. pp 438.

⁴⁷ Idem, ibidem, pp. 540.

⁴⁸ WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Traduzida pelo Conselho Federal de Administração – CFA. pp 15 e 16.

⁴⁹ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995) **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995. Disponível em

A burocracia, assim compreendida, se desenvolve plenamente em comunidades políticas e eclesiásticas apenas no Estado moderno, e na economia privada, apenas nas mais avançadas instituições do capitalismo. A autoridade permanente e pública, com jurisdição fixa, não constitui a norma histórica, mas a exceção.⁵⁰

Esses princípios são ferramentas de combate à corrupção e ao nepotismo. Entretanto o modelo burocrático transfere para o funcionário estatal o poder deliberativo das demandas que a ele são apresentadas, conseqüentemente o Estado volta-se para si mesmo, desvinculando-se de sua missão básica, servir à sociedade. Logo, a administração pública burocrática caracteriza-se pelo controle dos abusos. Contudo, seu defeito, caracteriza-se pela burocracia estremada, gerando ineficiência, não prestando serviços que atendam ao cidadão, os quais são percebidos apenas como clientes.

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria ao Estado e à empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar as técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. [...] A autonomia da esfera política, que se manifesta com objetivos próprios, organizando a nação a partir de uma unidade centralizadora, desenvolve mecanismos de controle e regulamentação específicos. O estamento burocrático comanda o ramo civil e militar da administração e, dessa base, com aparelhamento próprio, invade e dirige a esfera econômica, política e financeira. [...] O estamento burocrático desenvolve padrões típicos de conduta, gravitando em órbita própria não atrai, para fundir-se, o elemento de baixo, vindo de todas as classes. Em lugar de integrar, comanda; não conduz mas governa.⁵¹

O referido problema da administração pública burocrática somente seria perceptível conforme a demanda por prestações estatais aumentasse, bem como surgisse à necessidade de novos e complexos serviços de várias instâncias e pastas do Estado, pois em seu nascedouro as necessidades emergentes eram apenas manter a máquina do Judiciário, e o Executivo ocupava-se de uma demanda mínima de serviços⁵².

O Estado brasileiro a partir dos anos de 1930 desempenhou o papel de suma importância para o desenvolvimento da sociedade urbano-industrial, latente. Nota-se, a partir daí, os significativos esforços para a modernização da Administração Pública. É a partir da década de trinta que fica evidente o percurso do Governo Getúlio Vargas em estabelecer a

<<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acessado em 02 de maio de 2017.

⁵⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, Vol. I, pp. 138.

⁵¹ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 737 e 743.

⁵² BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995). . op. cit., pp. 14.

separação do Estado clássico liberal, em detrimento da construção do Estado empresário, interventor, tanto no plano econômico, como social. Estado esse caracterizado pelo centralismo político-econômico no âmbito do Governo Federal, como veremos.

O primeiro projeto de implantação de um modelo burocrático no Brasil foi formulado durante o governo de Getúlio Vargas⁵³. Com a falência do modelo agrário, baseado no café, os conflitos entre os interesses agrários e industrialistas emergente, eram visíveis em meio à arena da Administração Pública. Essa nova organização econômica do país também trazia consigo a necessidade da modernização institucional. Neste cenário surge uma nova concepção da Administração Pública, a qual necessitava o aparelhamento do Estado, para viabilizar a minimização da influência patrimonialista em meio à coisa pública.

Assim, Getúlio criou o Conselho Federal do Serviço Público Civil⁵⁴ em 1936, este seria transformado e entraria para a história como Departamento Administrativo do Serviço Público, ou somente DASP. Este departamento foi responsável pela instauração de uma nova lógica, a formulação de uma ordem burocrática, tendo por bases normas racionais e procedimentos institucionalizados para a consecução da execução das demandas da coisa pública, formando assim a burocracia profissional no Brasil.

Ao apresentar sua plataforma de governo em seu discurso de posse, Vargas já se propunha a promover uma série de reformas, entre elas a criação de Ministérios, a remodelação do Exército e da Força Armada e a reorganização do aparelho judiciário, além da manutenção de uma administração rigorosamente econômica, cortando todas as despesas improdutivas e desnecessárias.⁵⁵

O DASP foi instituído no mesmo ano em que foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, tendo como foco principal definir e executar a reestruturação da política de recursos humanos, tendo como fator determinante desta nova roupagem administrativa admissão de servidores públicos mediante concurso público, bem como a promoção de capacitações técnica, ofertadas aos servidores, para que com isso fosse alcançado a racionalização nos serviços públicos⁵⁶. O DASP também ficou responsável pela elaboração do orçamento da União. Com o intuito de padronizar as determinações advindas da Presidência da República, o DASP, possuía repartições nos estados.

⁵³ Idem, *ibidem*, pp. 18 - 20.

⁵⁴ Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936.

⁵⁵ COSTA, Frederico Lustosa da. **“Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v.42, n.5, p.829-874, out. 2008. pp 845.

⁵⁶ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995). *op. cit.*, pp. 19.

Esta primeira experiência de reforma do aparelho estatal caracterizou-se pela centralização das decisões, em uma estrutura hierárquica de poder, que por intermédio das rotinas, bem como por controles rígidos dos processos, e promoções baseadas no mérito, a Administração Pública tinha em vistas constituir um sistema mais racional e eficiente⁵⁷. Contudo, “[...] a forma burocrática de organização foi aplicada indistintamente em todos os setores da atuação estatal, inclusive nos de natureza econômica e social, contribuindo para a prestação de serviços ineficientes.”⁵⁸. Tendo ainda os resquícios do patrimonialismo, mesmo que sobre novas personagens, e com outra roupagem a máquina pública tornou-se ineficiente, lenta e muito burocrática, não atendendo de forma satisfatória as demandas. Neste sentido, segundo Maria Coeli Simões Pires, “[...] além do resquício patrimonialista, aí sob novas roupagens, o autoritarismo, a burocratização, a ineficiência oxidaram as engrenagens principais da máquina pública, fazendo-a burocracia por burocracia, muitas vezes desviada de seu papel finalístico.”⁵⁹

O Estado social, pensado por Vargas, deveria estar instrumentalizado, de forma ampla, e está a postos para oferecer às demandas sociais uma burocracia apta a direcionar de forma lógica e rápida tais demandas. No entanto, começavam surgir críticas ao modelo burocrático de administração, principalmente pela sua principal característica, a burocracia, que gerava muita morosidade e irracionalidade na coordenação de serviços essenciais, uma “verdadeira subordinação das atividades-fins às atividades-meios”⁶⁰. Também, Lucas de Souza Lehfeld⁶¹, aponta que a reforma administrativa, como foi formulada, não era capaz de atender as demandas, pois, era incapaz de atender às demandas do Estado. Complementa ainda o autor que os mecanismos de adoção da reforma não trouxeram consigo uma política de recursos humanos lógica e realmente consistente. Beatriz Warlich soma e este pensamento, o dado de que “[...] apenas 12% dos servidores públicos haviam sido recrutados mediante

⁵⁷ Idem, ibidem, pp. 20.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2005. pp 30.

⁵⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Reforma Administrativa: Reflexões sob a perspectiva político-filosófica**. pp. 239 Disponível em <<http://ceeap1.wikispaces.com/file/view/Reforma+Administrativa+-+reflex%C3%B5es+sob+a+perspectiva+pol%C3%ADtica+filos%C3%B3fica.pdf>>. pp 239. Acessado em 10 fevereiro de 2017.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 715.

⁶¹ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras: a participação cidadã como limite à sua autonomia**. São Paulo: 2006. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7142/1/Tese%20Lucas%20de%20Souza%20Lehfeld%20.pdf>>. Acessado em 15 de março de 2017.

concurso público”⁶², tão pouco foi combatido o patrimonialismo que ainda parasitava em meio à máquina pública, como persistia no quadro dos partidos da época, utilizando-se ainda do clientelismo. Esses fatores não deram base para se erguer uma reforma modernizadora.

[...] período de Vargas não melhorou a situação. O setor público permaneceu ineficiente, com a carreira pública representando pouco mais que um mito e com acirrada luta interna pelo nepotismo.

A tentativa de modernização do Estado proposta por Vargas, no plano econômico, caracterizou-se pelo monopólio no setor produtivo. Já no âmbito social, por intermédio de políticas públicas voltadas a classe trabalhadora, tal como a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Em 1934, uma nova Constituição foi promulgada, substituindo a de 1891, estabelecendo assim, o voto feminino, reafirmando o Código Eleitoral de 1932, e ainda a criação da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral⁶³.

O governo procurava mediar os conflitos. E, em consequência a essa política paternalista do Estado, houve a expansão das funções administrativas, por conta do crescimento do aparelho estatal. Contudo, essa expansão não foi acompanhada pela profissionalização dos servidores públicos, de modo a atender e dar resolutividade às demandas crescentes. Logo, essa política de recursos humanos não acompanhou as demandas crescentes, figurando assim a imagem do burocrata, da ineficiência e da incapacidade da Administração direta em gerir os serviços estatais. É neste contexto que surgirá as empresas públicas da administração indireta, tal como a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN.

Insucessos na execução do plano pareciam provar que novos instrumentos não funcionam quando superimpostos a velhas estruturas. A intrincada rede de regras e regulamentos, duplicidades funcionais, ineficiências, formalidades burocráticas, apatia etc. ainda dominava no serviço público brasileiro. Conseqüentemente, presunziu-se que tínhamos que restaurar a abordagem daspiana, para retomar o caminho de Vargas na marcha em direção à reforma. Os grupos "tecnicamente" inclinados pareciam vitoriosos. Velhos fantasmas voltaram à vida⁶⁴.

O contexto pós-crise Bolsa de Nova York é favorável às teorias intervencionistas de Keynes. Logo, o Estado torna-se o grande empresário, sendo um grande interventor do mercado, pois, estruturava projetos e medidas legais que possibilitavam a plena intervenção

⁶² WARLICH, Beatriz apud SOUZA, Nelson Mello. **Reforma Administrativa no Brasil**: um debate interminável. RJ: RAP, vol. 28, n°1, janeiro/março de 1994. pp. 63. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/download/8513/7256>. Acessado em 22 de fevereiro de 2017.

⁶³ Idem, ibidem, pp. 60-62.

⁶⁴ Idem, ibidem, pp. 62.

na área econômica, produzindo assim produtos e serviços, os quais eram colocados em concorrência com o capital privado⁶⁵. Como já citado, uma empresa pública emblemática para caracterizar essa imagem do Estado empresário é a CSN.

Contudo, o que se seguiu após as primeiras tentativas de imprimir um sistema de administração burocrático, foi a grande pressão política para a manutenção dos favores públicos em detrimento da organização técnica estatal. Assim, novamente o modelo importado da Europa não encontrava consonância com as aspirações políticas do momento. Vez que os cargos e funções de importância no governo era usado como moeda de troca com o Congresso Nacional. Facilitando assim os projetos governistas da época, como foi no Governo Juscelino Kubitschek.

Em meados da década de 50, sob o governo Juscelino, um herdeiro político de Vargas, a idéia de uma importante reforma administrativa foi virtualmente abandonada. Enfrentando dramáticas pressões políticas, Juscelino tinha pouco tempo para esses assuntos. Precisava de apoio no Congresso e, portanto, precisava negociar, e o favoritismo prevaleceu. A solução fundamental que se perseguia não era a reforma da administração pública de acordo com os princípios do sistema do mérito. Em vez disso, para implementação do Plano Setorial, o governo decidiu adiar e, de modo geral, evitar esse assunto com a criação de um novo artifício administrativo, os chamados grupos executivos, de composição transestrial e autoridade transestrutural⁶⁶.

Já no Governo Goulart, ainda herdeiro dessa memória burocrática de Vargas e Juscelino, trouxe como um de seus mais poderosos ministros Celso Furtado, que teve significativa atuação no DASP. Acreditava-se que voltaria a haver a fomentação pela reforma administrativa, vez que já haviam se passados tantos anos de abandono. Entretanto, “uma série de bem-conhecidas vicissitudes políticas ocorridas na história do Brasil durante aquele período, distorções políticas, protestos de esquerda, acirradas polêmicas na imprensa, inquietação social, crise econômica e dramas ideológicos conflitantes tomaram impossível o progresso daquela idéia”⁶⁷. Para Nelson Melo e Souza, a experiência brasileira de reforma administrativa e profissionalização do serviço público estava dominada pelos fortes obstáculos sociais, inatos à própria formação política e social da cultura nacional, não sendo capaz de formar uma Administração Pública funcional, que atendesse as necessidades sociais.

⁶⁵ Idem, ibidem, pp. 61.

⁶⁶ Idem, ibidem, pp. 62-63.

⁶⁷ Idem, ibidem, pp. 63.

Para nós, especialistas sociologicamente orientados, aqueles fatos reforçavam nossos pressupostos teóricos de que a experiência brasileira de reforma estava claramente dominada pelos fortes obstáculos das realidades sociais. Esses fantasmas iriam assombrar o movimento ético, levando-o ao desespero. Depois de muitos anos de falácias, as dúvidas cresciam em toda parte sobre a viabilidade da profissionalização do serviço público no Brasil e, ainda mais, sobre a validade do estabelecimento de algum tipo de sinonímia entre "reforma administrativa" e um "serviço civil profissionalizado". Tínhamos que repensar nossos modelos e que ser mais flexíveis⁶⁸.

Logo, a marcante presença ainda de sinais do patrimonialismo, bem como a dificuldade do Poder Executivo em implementar mudanças, muitas vezes impopulares, como nos Governos de Vargas e Juscelino, impediram a estruturação de uma máquina pública funcional, despida dos interesses pessoais. Ainda, os traços marcantes de centralização estatal não abriam espaços para a atuação privada no âmbito público. Sendo a atuação do terceiro setor ainda um germe em alguns países da Europa, certo que pela pujança econômica até a década de 1970, temos Estados cada vez mais empresariais, prestadores de serviços, não visualizando a iniciativa privada como parceira, e sim concorrente em alguns setores.

1.1.3. Sistema de Administração Pública Gerencial

O sistema de administração pública gerencial têm suas bases formuladas a partir da segunda metade do século XX. Surgindo como alternativa à expansão das demandas econômicas e sociais, o advento da tecnologia e a globalização da economia mundial. O princípio da eficiência na administração pública – redução de gastos, maximização dos serviços ofertados, bem como sua consequente melhora na qualidade, tendo o cidadão como figura mestra deste processo⁶⁹ – torna-se então essencial. O processo de reforma do aparelho estatal nesta nova lógica orienta-se predominantemente pela qualidade na prestação de serviços de utilidade pública, pelos valores da eficiência, os quais desenvolvem a cultura gerencial nas organizações privadas. Segundo Diogo de Figueiredo, o advento de uma administração pública gerencial é fruto da soma das ideias fomentadas pela iniciativa privada, associadas e readequadas à administração da máquina pública.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, pp. 63.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 132.

Para fazer-se uma reforma neste sentido, não se trata apenas, como poderia parecer à primeira vista, de estender a competitividade ao setor público, com vistas a reduzir o déficit público e o custo Brasil, pela adoção de novos critérios de gestão, aproveitando as experiências já acumuladas e repensadas da administração das empresas privadas, tais como os minimizadores de custos e os enfatizadores da eficiência na prestação dos serviços administrativos, mas, sobretudo, e esta me parece ser a grande ênfase política introduzida no fervilhante momento de fastígio da liberal democracia e do ressurgimento da cidadania neste fim de século, de passar a considerar o usuário do serviço prestado pelo Estado como o “dono” do serviço, e não apenas o seu destinatário.⁷⁰

O rompimento com a lógica da administração pública burocrática constitui avanços para a capacidade estatal de atender as demandas sociais. Contudo, vale salientar que este rompimento não constitui a negação dos princípios advindos da administração pública burocrática, pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada em sua antecessora, em um delicado processo de reformulação dos fluxos, flexibilizando seus princípios fundamentais, como a utilização de processos públicos de seleção rígidos pelas bases do mérito, a formulação de um sistema universal de remuneração, criação de cargos e carreiras, o advento da constante avaliação de desempenho de servidor público, o surgimento das escolas de governo, proporcionando a educação continuada do servidor. Logo, a diferença fundamental entre as ideologias administrativas citadas está na forma de controle, o qual desvincula-se dos processos para centrar nos resultados⁷¹.

Ora, se a proposta de um Estado mínimo não é realista, e se o fator básico subjacente à crise ou à desaceleração econômica e ao aumento dos níveis de desemprego é a crise do Estado, a conclusão só pode ser uma: o caminho para resolver a crise não é provocar o definhamento do Estado, enfraquecê-lo ainda mais do que já está enfraquecido, mas reconstruí-lo, reformá-lo [...] a administração pública gerencial [...] parte do pressuposto de que já chegamos em um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado, que o burocratismo está condenado, e que é possível desenvolver estratégias administrativas baseada na ampla delegação de autoridade e na cobrança a posteriori de resultados.⁷²

O enfoque gerencial da administração pública surge por volta das décadas de 1970 e 80 com Margaret Thatcher em 1979 na Inglaterra e Ronald Reagan em 1980 nos Estados Unidos. O modelo gerencial consiste na administração logística, voltada para os resultados,

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf>. Acessado em 10 maio de 2017. pp. 37.

⁷¹ Idem, ibidem, pp. 38.

⁷² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma Do Estado e Administração Publica Gerencial**. 4. ed. Brasília: FGV., 1996. p. 33.

tendo como foco o anseio popular. A administração pública gerencial no Brasil está ancorada no seguinte tripé, segundo Bresser Pereira⁷³:

1. Objetivos: o administrador público deve atingir objetivos pré-estabelecidos em sua unidade administrativa;
2. Autonomia administrativa: minimizadas as esferas e os tramites o administrador público terá autonomia na gestão dos recursos financeiros, materiais e humanos, os quais estão à sua disposição para que com os mesmos possa alcançar os objetivos propostos. A autonomia torna-se possível por intermédio da descentralização e a redução dos níveis hierárquicos; e
3. Controle: possuindo o pressuposto da autonomia administrativa, o administrador deverá ter controle dos recursos os quais estão à sua disposição. Por intermédio desta prerrogativa pode-se alcançar a maximização dos serviços e recursos⁷⁴.

O modelo da administração pública gerencial foi baseado na administração das empresas privadas, contudo o administrador público não pode tomar decisões a sua revelia, estando assim preso, atrelado, as normas instituídas por lei, conforme preconiza o princípio da legalidade e impessoalidade⁷⁵. Na iniciativa privada, o empresário pode fazer tudo que a lei não proíbe, característica esta do direito privado, já o administrador público só pode fazer o que lhe é permitido por lei, este é o princípio da legalidade instituído pelo art. 37, da CRFB/88 “Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]”, deste modo sob a ótica da Administração Pública, embasada no direito público, o administrador no âmbito aqui discutido só poderá agir dentro daquilo que é previsto e autorizado por lei.

Outro ponto de divergência com as empresas privadas está na aquisição e acumulação de receitas. Enquanto as receitas das empresas privadas dependem do pagamento feito pelos clientes, que adquirem bens ou serviços, agindo livremente, e escolhendo qual empresa deseja contratar, a receita da Administração Pública é derivada dos impostos, são as

⁷³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para novo Estado**. Brasília: MARE/ENAP, 1996. Disponível em <<http://www.enap.gov.br/documents/586010/601535/9texto.pdf/6f1673a4-be8f-4a8b-9002-df02f779993e>>. Acessado em 18 de fevereiro de 2017.

⁷⁴ BRASIL. **Cadernos do MARE da Reforma do Estado - Vol. 5 - Plano de Reestruturação e Melhoria da Gestão do MARE** - 1998. Plano de Reestruturação e Qualidade. Brasília, MARE, 1998. pp. 23.

⁷⁵ FERREIRA, Caio Márcio Marini. **Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor**. Revista do Serviço Público, ano 47. Vol. 120, número 03, set-dez de 1996. Disponível em <[http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Terceiros-Papers/96-Marini,Caio47\(3\).pdf](http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Terceiros-Papers/96-Marini,Caio47(3).pdf)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2017.

contribuições obrigatórias, e também não podem adquirir os produtos ou serviços desejados de forma livre e desimpedida⁷⁶.

A administração pública gerencial inspira-se na administração de empresas, mas não pode ser confundida com esta última. Enquanto a receita das empresas depende dos pagamentos que os clientes fazem livremente na compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta. Enquanto o mercado controla a administração das empresas, a sociedade — por meios políticos eleitos — controla a administração pública. Enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, através do mercado, o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público⁷⁷.

Neste sentido, sob essa ótica o povo, por intermédio de seu voto e consequentemente, por intermédio dos políticos eleitos controlam a máquina pública, ou seja, o montante advindo dos impostos pagos.

Seguindo essa lógica, enquanto as empresas privadas estão voltadas para a maximização do lucro, aumentando assim o ganho dos donos e acionistas, por intermédio das manobras que o mercado possibilita, a Administração Pública está voltada para o interesse público, sendo o político a representação do povo frente à Administração. O cidadão tanto é contribuinte de impostos, como também cliente dos serviços. Diferentemente da ótica burocrática que visava um processo administrativo organizado, e tão somente. Já a administração gerencial, tem por primícias o atendimento das necessidades do cidadão, que torna-se cliente, e possível controlador e reivindicador de políticas públicas e serviços.

Contrapondo à ideologia do formalismo e rigor técnico da lógica da administração burocrática, as bases da administração gerencial estão fincadas sob os princípios da confiança, da gestão descentralizada, incentivos à criatividade, horizontalização de estruturas deliberativas e descentralização do exercício⁷⁸. Visualizando na sociedade civil organizada um parceiro, que pode atuar em paralelo em certas prestações estatais.

Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização

⁷⁶ Idem, ibidem, pp. 20.

⁷⁷ Idem, ibidem, pp. 20 - 21.

⁷⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In Revista do Serviço Público nº 47, janeiro-abril de 1996. pp. 05-06. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>>. Acessado em 10 de maio de 2017.

administrativa, 10 através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida⁷⁹.

As bases da Reforma Administrativa, tais como a avaliação sistemática dos servidores públicos e a formação continuada, foram somadas ao controle do cidadão-cliente e ao controle por resultados. Com a somativa destes princípios o modelo gerencial tornou-se realidade no aparelho burocrático brasileiro apresentando definições dos objetivos que cabem a cada unidade da administração, descentralizando as ações e decisões, promovendo mudanças nas estruturas organizacionais, gerando com isso valores e comportamentos diferentes dos propostos por outras formas de administração pública, aumentando a qualidade e a eficiência dos serviços sociais e políticas públicas gerenciadas pelo Estado⁸⁰.

Neste sentido, a Reforma Administrativa do Aparelho do Estado Brasileiro, significou a introdução na administração pública das técnicas gerenciais ágeis e resolutivas, que atendam ao cidadão-cliente.

Vários indicadores mostram que a Reforma Gerencial brasileira é uma história de sucesso, pelo menos por enquanto. Em primeiro lugar, implementaram-se os dispositivos básicos necessários para uma Reforma Gerencial: a emenda constitucional que a imprensa e a opinião pública chamaram de "reforma administrativa" foi aprovada pelo Congresso com pequenas mudanças em relação à proposta original do governo; as leis que definem as duas principais instituições organizacionais da reforma - "agências executivas" e "organizações sociais" - foram adotadas; estabeleceram-se as normas dos "contratos de gestão", que definem os indicadores de desempenho a serem alcançados por cada organização depois de ganhar maior autonomia; alterando-se profundamente a Lei do Regime Jurídico Único, que estabelecia uma série de privilégios e um regime trabalhista único para todos os servidores públicos, quer desempenhem funções do núcleo estratégico ou não; definiu-se uma nova política de recursos humanos, estabelecendo que apenas os membros das "carreiras típicas de Estado", envolvidos em atividades exclusivas do Estado, deveriam continuar a ser recrutados anualmente (visto que as atividades de apoio devem ser terceirizadas, e as atividades sociais e científicas transferidas para o setor público não-estatal, suspendendo-se a contratação direta pelo Estado); e que estes servidores deveriam ser bem pagos e bem treinados⁸¹.

⁷⁹ Idem, ibidem, pp. 06.

⁸⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reflexões Sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, 50(4), 1999: 5-30. pp. 08. Disponível em <<http://reformadagestaopublica.org.br/papers/1999/93.ReflexoesSobreRefGerencial.p.pg.pdf>>. Acessado em 10 de janeiro de 2017. pp. 14

⁸¹ Idem, ibidem, pp. 08.

Com o advento dos primeiros passos da reforma gerencial o servidor público torna-se a peça chave entre as vontades do cidadão-cliente e o aparelho estatal. Mesmo com o encolhimento das responsabilidades estatais, promovidas pela ideologia liberal, o servidor público mantém lugar privilegiado na lógica da administração gerencial. Contudo, a marcante característica deste modelo é a implementação dos contratos de gestão, com a atuação das organizações sociais na prestação de serviços de interesse público.

1.1.3.a) Primeiros sinais do Estado Gerencial

Durante o Governo Juscelino Kubistchek o aparelho estatal brasileiro promoveu os primeiros passos em direção à administração gerencial. A criação de comissões especiais junto à Presidência da República demonstrava o interesse do Governo JK em reformar a máquina pública, dando agilidade a burocracia, acesso e execução dos processos burocráticos.

Em 1956 foi instituída a Comissão de Simplificação Burocrática – COSB, por intermédio do Decreto nº 39.605, de 16 de julho de 1956, comissão essa que tinha por objetivo elaborar projetos de descentralização de serviços, mediante a delegação de competências, definição de responsabilidades, e prestação de contas, conforme apresentado já no art. 1º, do Decreto⁸².

A instituição da COBS representou um marco na formulação de processos na Administração Pública, ainda que seus objetivos não tenham sido alcançados, os conceitos e diretrizes advindos da mesma serviram de subsídio a reformas posteriores, tal como a elaboração da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos – CEPA, criada em 1956, tendo por objetivo produzir métodos de trabalho que simplificasse os processos administrativos, maximizando os investimentos orçamentários feitos na Administração Pública.

A CEPA propunha não só instituir mudanças na estrutura organizacional Estado, como também nos processos administrativos. Objetivava mudanças nos processos

⁸² Art. 1º A Comissão de Simplificação Burocrática (C.O.S.B.), que funcionará junto ao Departamento Administrativo do Serviço Público, conforme o Decreto nº 39.510, de 4 de julho de 1956, tem por finalidade a simplificação das normas e rotinas administrativas, visando ao funcionamento racional das repartições públicas federais e dos órgãos autárquicos.

administrativos, bem como promover reformas ministeriais, criando assim o Ministério da Indústria e Comércio, subdivisão do Ministério da Justiça e Interior, subdivisão do Ministério de Viação e Obras Públicas nos Ministérios dos Transportes e das Comunicações e a reorganização do Gabinete Civil.

Segundo o Decreto nº 39.605, de 16 de julho de 1956:

Regimento da Comissão de Simplificação Burocrática e das Subcomissões Ministeriais.

Art. 1º A Comissão de Simplificação Burocrática (C.O.S.B.), que funcionará junto ao Departamento Administrativo do Serviço Público, conforme o Decreto nº 39.510, de 4 de julho de 1956, tem por finalidade a simplificação das normas e rotinas administrativas, visando ao funcionamento racional das repartições públicas federais e dos órgãos autárquicos.

[...]

Art. 7º Compete à C.O.S.B.:

- a) estudar os meios de descentralização dos serviços, fixação de reponsabilidade da autoridade pelo desempenho de seus encargos; promover o exame, em articulação com o S.O.M. e com as subcomissões e órgãos de que trata o artigo 2º deste Regimento, da situação das repartições e das normas e métodos adotados;
- b) propor ao Diretor-Geral do D.A.S.P. a modificação das rotinas suscetíveis de correção ou o estabelecimento de novas normas e métodos que visem à consecução da sua finalidade;
- c) sugerir ao Diretor-Geral do D.A.S.P., se o exigir o volume dos trabalhos seja elevado o número de membros da comissão;
- d) supervisionar os trabalhos das subcomissões e dos órgãos de que trata o art. 2º deste Regimento, traçando-lhes, em articulação com o S.O.M., as normas de sistematização dos trabalhos, tendo em vista, preferentemente:

I - a simplificação de rotinas;

II - a fixação de responsabilidades;

III - a unidade de execução (reagrupamento de funções);

IV - a descentralização de execução (delegação de competência) e

V - a supressão de organismos inoperantes ou desnecessários.⁸³

Segundo Frederico Lustosa, a COSB e a CEPA tinham por objetivo:

A primeira tinha como objetivo principal promover estudos visando à descentralização dos serviços, por meio da avaliação das atribuições de cada órgão ou instituição e da delegação de competências, com a fixação de sua esfera de responsabilidade e da prestação de contas das autoridades. A

⁸³ BRASIL, Presidência da República - **Decreto nº 39.605**, de 16 de julho de 1956, Comissão de Simplificação Burocrática e das Subcomissões Ministeriais.

CEPA teria a incumbência de assessorar a presidência da República, em tudo que se referisse aos projetos de reforma administrativa.⁸⁴

Contudo, apesar de todos os esforços do Governo Juscelino Kubistchek em promover a administração gerencial, a proposta advinda da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos em criar estruturas paralelas para se evitar conflitos gerenciais acabou por condicionar o crescimento irracional da estrutura do Estado, instituindo superintendências, secretarias e até mesmos ministérios sobrepostos⁸⁵.

As condições políticas da época, não compatível com as alterações feitas na estrutura administrativa, gerou o crescimento sedimentado dos serviços públicos por intermédio de estruturas sobrepostas. Como no caso da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, que foi instituída sobreposta ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS, pois o DNOCS apresentava ineficiência em sua estrutura e prestação de serviços, contudo, o DNOCS não foi extinto, mas foi condicionado ao esvaziamento de recursos por conta da criação da SUDENE, tendo assim dois departamentos concorrentes dentro da estrutura do Governo Federal. Esta condicionante da Administração Pública é conceituada como insulamento burocrático. Segundo Edson Nunes:

[...] insulamento burocrático significa a proteção do núcleo técnico do Estado contra interferências oriundas do público ou de outras organizações intermediárias da sociedade. A estratégia consiste em retirar organizações cruciais do conjunto da burocracia tradicional e do espaço político governado pelo Congresso e partidos políticos, preservando-os das pressões tradicionais burocráticas ou redistributivas.⁸⁶

Em 17 de março de 1964 foi promulgada a Lei nº 4.320 que instituiu as normas gerais do direito financeiro, como também criou o modelo orçamentário na União, Estados e Municípios, possibilitando ferramentas de controle do orçamento e balança nestes entes federativos. Este dispositivo representou grande avanço quanto o controle, fiscalização e normatização orçamentária, estando em vigor até o presente momento. Apenas com a promulgação da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, que foram revistos os instrumentos e conceitos orçamentários no Brasil.

Na década de 50, foram envidados esforços no sentido de reformar as normas de orçamento público e contabilidade, e este processo culminou com a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, editada sob a égida da Constituição

⁸⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. op. cit., pp. 848.

⁸⁵ Idem, ibidem, pp. 852.

⁸⁶ NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Brasília: Jorge Zahar: Enap, 1997.

Federal de 1946. Por meio deste dispositivo legal, considerado extremamente moderno para a época, foi finalmente adotado um mesmo modelo orçamentário para as três esferas de governo (federal, estadual e municipal) e, à contabilidade governamental, foi dedicado um capítulo específico que estabelecia as normas de escrituração e a estrutura dos demonstrativos contábeis.⁸⁷

Essas medidas político-administrativas demonstram o anseio do sistema administrativo brasileiro em se modernizar e maximizar os recursos empregados nas diversas áreas de promoção e execução de políticas públicas, embora estas ainda estavam circuladas pelas práticas do clientelismo, dos favores, que desequilibravam o modelo administrativo formulado.

Embora tenha havido avanços isolados durante os governos de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart, o que se observa é a manutenção de práticas clientelistas, que negligenciavam a burocracia existente, além da falta de investimento na sua profissionalização. A cada desafio surgido na administração do setor público, decorrente da própria evolução socioeconômica e política do país, a saída utilizada era sempre a criação de novas estruturas alheias à administração direta e o conseqüente adiamento da difícil tarefa de reformulação e profissionalização da burocracia pública existente⁸⁸.

Neste sentido, Nelson Mello e Souza apresenta que as condições do Governo Vargas e JK eram inférteis para a propositura de um novo modelo de reforma administrativa. Especialmente pela sobreposição de um novo modelo sob as velhas práticas, e pelo momento político vivido no país, sobretudo as pressões que JK vivenciou pela mudança da capital, e a implementação de um governo cheio de projetos que dependiam do Congresso Nacional.

Em meados da década de 50, sob o governo Juscelino, um herdeiro político de Vargas, a idéia de uma importante reforma administrativa foi virtualmente abandonada. Enfrentando dramáticas pressões políticas, Juscelino tinha pouco tempo para esses assuntos. Precisava de apoio no Congresso e, portanto, precisava negociar, e o favoritismo prevaleceu. A solução fundamental que se perseguia não era a reforma da administração pública de acordo com os princípios do sistema do mérito. Em vez disso, para implementação do Plano Setorial, o governo decidiu adiar e, de modo geral, evitar esse assunto com a criação de um novo artifício administrativo, os chamados grupos executivos, de composição transectorial e autoridade transestrutural.

Insucessos na execução do plano pareciam provar que novos instrumentos não funcionam quando superimpostos a velhas estruturas. A intrincada rede de regras e regulamentos, duplicidades funcionais, ineficiências, formalidades burocráticas, apatia etc. ainda dominava no serviço público

⁸⁷ NASCIMENTO, Leonardo Silveira do. **A Reforma da Contabilidade Governamental Brasileira: a necessária revisão dos preceitos vigentes em face das demandas de informações e do esforço de harmonização nacional e internacional.** Brasília: ESAF, 2007. pp. 07.

⁸⁸ COSTA, Frederico Lustosa da. op. cit. pp. 849.

brasileiro. Conseqüentemente, presurniu-se que tínhamos que restaurar a abordagem daspiana, para retomar o caminho de Vargas na marcha em direção à reforma.

Os grupos "tecnicamente" inclinados pareciam vitoriosos. Velhos fantasmas voltaram à vida⁸⁹.

Neste mesmo sentido, Bresser Pereira, no Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado - PDRE, de 1995, informa que ainda haviam inadequação do modelo instituído por JK, não sendo capaz neste momento de atender as demandas desta administração gerencial.

Tendo em vista as inadequações do modelo, a administração burocrática implantada a partir de 30 sofreu sucessivas tentativas de reforma. Não obstante, as experiências se caracterizaram, em alguns casos, pela ênfase na extinção e criação de órgãos, e, em outros, pela constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática. Na própria área da reforma administrativa esta última prática foi adotada, por exemplo, no Governo JK, com a criação de comissões especiais, como a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos, objetivando a realização de estudos para simplificação dos processos administrativos e reformas ministeriais, e a Comissão de Simplificação Burocrática, que visava à elaboração de projetos direcionados para reformas globais e descentralização de serviços.⁹⁰

1.1.3.b) O segundo passo dado em direção ao Estado Gerencial – Decreto-Lei nº 200/67

As iniciativas reformistas já descritas, como a criação das comissões e planos de reforma administrativa, mesmo que não tenham sido implementadas, acabaram inaugurando uma nova visão na máquina administrativa. Ao introduzirem diretrizes, conceitos e objetivos mais racionais. Vindo a servirem de bases para as reformas no aparelho administrativo brasileiro. Assim, para Frederico Lustosa da Costa, “[...] algumas das grandes inovações introduzidas pela reforma de 1967 estavam consignadas nos relatórios da COSB, da CEPA e, sobretudo, da Comissão Amaral Peixoto”⁹¹.

A Comissão Amaral Peixoto, criada pelo Decreto nº 51.705, de 14 de fevereiro de 1963, especificou as atribuições do novo Ministro Extraordinário para a Reforma

⁸⁹ MELLO E SOUZA, Nelson. **Reforma administrativa no Brasil: um debate interminável**. RAP, Vol. 28, n.1. Rio de Janeiro: FGV, 1994. pp. 61-62. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8513>>. Acessado em 10 de janeiro de 2017.

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995.

⁹¹ COSTA, Frederico Lustosa da. op. cit. pp. 850.

Administrativa. O Decreto apresenta já em seus primeiros artigos os objetivos e metas a serem alcançadas, permeados de diretrizes, as quais formam as bases para a formulação do Decreto Lei nº 200/67.

Art. 1º A reforma dos serviços públicos federais, centralizados e descentralizados, terá por fim último, criar ou aperfeiçoar os instrumentos de pesquisa, previsão, planejamento, direção, execução, coordenação e controle, de que carece o Poder Executivo, para acelerar, harmoniosamente, em benefício do povo brasileiro, a consecução dos fins sociais do Estado, de progresso social, desenvolvimento econômico e bem-estar geral, definidos na Constituição e nas Leis.

Art. 2º A urgência da Reforma Administrativa decorre, sobretudo, do imperativo de modernizar e tecnificar o sistema de órgãos integrantes do Poder Executivo da União, com o propósito expresso de transformá-lo em poderoso propulsor do desenvolvimento econômico nacional.

Art. 3º Os estudos e pesquisas que se realizarem para instruir a Reforma Administrativa serão orientados no sentido de identificar as causas de ineficiência, desperdício, inadequação e obsolescência funcionais, resultantes seja da estrutura, seja do funcionamento dos serviços públicos federais.⁹²

Segundo Bresser Pereira, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, constituiu a primeira tentativa clara de implantação do modelo gerencial na Administração Pública⁹³. Considerado um marco na tentativa de dar mais mobilidade à burocracia administrativa. Inserido no contexto da ditadura militar, no governo Castello Branco, o referido Decreto instituiu claramente a distinção entre os níveis de direção, e a execução, propriamente dita das atividades administrativas. Segundo Hely Lopes Meirelles:

A Reforma Administrativa de 1967 (Dec.-Lei 200/67, art. 6º) estabeleceu os princípios fundamentais, com a preocupação maior de diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos, e, conseqüentemente, reduzir as despesas causadoras do déficit público. Para a obtenção desse fim foram editados decretos e leis, visando à extinção e privatização de órgãos e de entidades da Administração Federal, instituindo a nova sistemática monetária e tributária e reorganizando a Presidência da República e os Ministérios.⁹⁴

Tendo por base o propósito de estabelecer uma administração gerencial, eficiente e ágil, o Governo Federal instituiu uma série de medidas político-administrativas que visavam à concentração política na figura exclusiva do Executivo Federal. Com esse intuito o governo Castelo Branco criou em 15 de abril de 1964 o Ministério de Estado Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, que estaria à frente da elaboração dos planos

⁹² BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 51.705**, de 14 de fevereiro de 1963. Dispõe sobre o escopo da reforma dos serviços públicos federais e as atribuições do Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa.

⁹³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. pp. 243.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 720.

orçamentários, bem como responsável pela reforma administrativa. Elaborando um plano geral de governo que exigia a cooperação e articulação entre as pastas do Planejamento e da Fazenda⁹⁵, formando assim uma pasta conjunta que tinha, respectivamente, em seu comando Roberto Campos e Octávio Bulhões, os quais estavam sob supervisão direta do Presidente Castelo Branco⁹⁶.

A Reforma Administrativa de 1967 já apresenta características que também foram utilizadas no Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995, tais como: ênfase na descentralização, proporcionando autonomia às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista, em geral, toda a administração indireta. Tendo como princípio norteador a eficiência. Bem como, apresentando os traços balizadores da terceirização de serviços⁹⁷.

Na visão de Bresser Pereira, apresentada no documento de formulação do PDRE, no tocante as reformas operadas em 1967, nos informa que:

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei nº 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se, como princípios de racionalidade administrativa, o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle. O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de "flexibilizar a administração" com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado. Entretanto, as reformas operadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. O núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais.

⁹⁵ ALMEIDA, Monica Piccolo. **A lenta Construção do Projeto Privatista**: a política econômica brasileira entre 1964-1974. Ed. Outros Tempos. Volume 07, número 10, dezembro de 2010 - Dossiê História e Educação. Disponível em <www.outrostempos.uema.br/artigos%20em%20pdf/Monica_piccolo.pdf>. Acessado em 15 de março de 2017. pp. 43-52.

⁹⁶ Decreto nº 53.914, de 11 de Maio de 1964. Define as atribuições do Ministro de Estado Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, extingue órgãos da Presidência da República e dá outras providências.

⁹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). op. cit. pp. 255.

Com a consolidação do Decreto-Lei nº 200/67, fica clara a institucionalização e separação de quatro esferas de prestação de serviços ligados à Administração Pública, são elas a Administração Direta, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, que resumidamente pode ser compelidas em dois grupos, a Administração Direta e a Indireta. É decorrente deste Decreto-Lei, que até os dias de hoje decorre a distinção entre administração direta e indireta. A Administração Direta é constituída pelos ministérios e órgãos da Presidência da República, inclusive os autônomos, isto no contexto do Governo Federal, nos estados, municípios e no Distrito Federal, são representados pelos órgãos análogos ou similares à estrutura federal. Já a Administração Indireta é constituída pelas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, e decorrente a Lei 7.596 de 1987, as fundações, que até então não estavam ligadas nem a administração direta nem à indireta.

[...] essa nova pessoa jurídica de direito público [...] se caracterizaria como de base corporativa (em contraposição à base institucional); significa dizer que encontra nos destinatários da atividade a iniciativa na sua criação, bem como os meios necessários e as respectivas regras de funcionamento, para fins de alcançar o resultado proposto [...].⁹⁸

Com a criação da administração indireta e conseqüentemente a formulação de um Estado empresário, investidor das áreas de relevância pública, tais como, telecomunicação, energia, ferrovias e rodovias, houve um considerável aumento das ações e das responsabilidades administrativas e orçamentárias estatais.

Esta nova característica surgida necessitava conseqüentemente de uma nova lógica de padrões de recrutamento e seleção de pessoal e, sobretudo da adoção de medidas políticas que viabilizassem a competitividade dessas empresas e autarquias. Formava-se então por intermédio da seleção e recrutamento de pessoal um corpo tecnocrata à parte da administração direta, dotado de habilidades específicas, que auxiliaram na consolidação do corpo de tecnocratas de suma importância estratégica no âmbito desta nova diretriz administrativa do Estado, a administração descentralizada. Visando o lucro e a competitividade, essas empresas e autarquias formavam um corpo tecnocrata⁹⁹, dotado de habilidades formativas, promovendo assim os concursos e seleções públicas baseadas na

⁹⁸ ALESSI, Renato. **Sistema Institucional do Direito Administrativo**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1953, pp. 141. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1960;000209572>>. Acessado em 22 de junho de 2017.

⁹⁹ SANTOS, Guilherme Wanderley. **A elite invisível: explorações sobre a tecnocracia federal brasileira**. Revista do Serviço público. 2016. pp. 16. Disponível em <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/1605/770>>. Acessado em 25 de junho de 2017.

formação acadêmica do candidato. Fator esse que ainda não estava engendrado na lógica da administração direta. Neste sentido a tecnocracia moderna, ganhou espaço junto à burocracia tradicional, coexistindo juntas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu tanto no âmbito da administração pública direta, indireta ou fundacional o concurso público art. 37, incisos I e II, da CRFB/88.

O Governo Militar por intermédio da edição do Ato Institucional nº 8, em 1969, estabeleceu que as medidas feitas em nível Federal, balizadas pelo Decreto-Lei nº 200/67, também fossem adotadas pelos governos estaduais, municipais e pelo Distrito Federal, de maneira a dinamizar os executivos dessas esferas de governo. Contudo, mantém-se a verticalidade hierárquica na estrutura dos órgãos estatais. Neste mesmo sentido, as atividades auxiliares que compõe a administração direta foram condicionadas em grandes motes ministeriais, aglomeração de pessoal nas estruturas existentes no âmbito, em detrimento do fortalecimento da administração indireta. Refletindo assim na forma de gestão dos recursos humanos, os quais foram incorporados em um novo plano de classificação de cargos e salários, adotando para isso a promoção por mérito, princípio esse advindo do nascimento da administração indireta¹⁰⁰.

Para Beatriz Wahlich, o Decreto-Lei nº 200/67 apresenta-se com a melhor expressão até o momento de uma reforma administrativa, pois,

[...] estava articulado, antes de tudo, por cinco princípios fundamentais: planejamento, descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle. Em segundo lugar, estimulava forte expansão das empresas estatais e de órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias). Em terceiro lugar, procurava fortalecer e expandir o sistema de mérito, buscando, ao mesmo tempo, em quarto lugar, fixar diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos. Por último, era favorável ao reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em ministérios, como estratégia de racionalização e coordenação.¹⁰¹

Embora constitua um sistema de estratégias de racionalização e dinamização da administração pública, o Decreto-lei nº 200/67 renegou as bases da administração pública direta, propriamente dita, destituindo os serviços de relevância pública, investindo assim em um Estado empresarial, capaz de produzir riquezas dentro de seu território. E, com essa

¹⁰⁰ 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, n. 1 - 1984 jan./mar. pp. 50-52.

¹⁰¹ Idem, ibidem, pp. 52.

manobra a administração direta enrijece, possuindo assim um papel muito mais burocrático administrativo que gerencial¹⁰².

Nota-se então o progressivo interesse da Administração Pública em fortalecer a administração indireta. Nelson de Melo e Souza analisa que a estratégia de descentralização do governo autoritário possui semelhanças políticas com o artifício de criação de estruturas paralelas feitas durante o governo Juscelino Kubistchek. O autor considera que a estruturação da administração indireta foi uma tentativa de escape das estruturas da administração centralizada, baseada na administração direta, com órgãos centralizados, para instalar novos princípios, baseados na onda de eficiência no setor público, que já podia ser notada em outros países, como na Itália, evitando-se, deste modo, o enfrentamento de conflitos advindos de um possível reforma do sistema central.¹⁰³

O impulso que teve a estatização da economia a partir de 1950. Entre 1950 e 1959, quinze novas empresas públicas foram criadas e 49 empresas foram fundadas pelo Estado. Entre os anos 60 e 70, houve um incremento da intervenção estatal, sendo criadas pela União mais 39 empresas e 170 unidades pelos Estados. Entre 1970 e 1976, 79 estatais da União foram adicionadas ao patrimônio público, elevando o número das empresas com controle acionário do Estado para 1567, em 1976.¹⁰⁴

Outro fator de relevância para a análise da máquina pública neste período, bem como no passado próximo desta geração, constitui o fascínio pelo modernismo, que a todo custo, seja ele econômico, social, político ou organizacional, buscava a utilização das tendências administrativas importadas, as quais em sua maioria eram inapropriadas, tanto pela inadequação ao modelo brasileiro, como pela incapacidade técnica e de recursos humanos para sua real aplicação, segundo Belmiro Valverde.

A modernidade exerce um verdadeiro fascínio sobre a máquina estatal brasileira que cultua o cosmopolitismo e despreza os valores [...] locais. Como regra, o aproveitamento de soluções tradicionais ou inspiradas na cultura popular é tratada derisoriamente, encarada como manifestação de paroquialismo ou provincianismo enquanto que as soluções consagradas nos países desenvolvidos tendem a ser valorizadas e incriticamente aplicadas, a despeito de seus custos sociais, energéticos e ambientais.¹⁰⁵

¹⁰² Idem, ibidem, pp. 52.

¹⁰³ MELLO E SOUZA, Nelson. Idem, ibidem, pp. 63.

¹⁰⁴ ABU-EL-HAJ, J. “A estrutura do Estado e a economia política da intervenção estatal no Brasil” In: Revista de Ciências Sociais. Fortaleza, vol XXII, nº 1/2, 1991. pp. 152. Disponível em <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/9444/1/1991_art_jabu-el-haj.pdf>. Acessado em 12 de junho de 2017.

¹⁰⁵ BELMIRO Valverde. J. Castor et. al. **Estado e Administração Pública: Reflexões**. Brasília: Funcep, 1987, pp. 28-29. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/download/9982/8992>. Acessado em 12 de junho de 2017.

Neste sentido a administração indireta estava de vento em poupa, expandindo sua área de atuação e negócios alimentada pelos estímulos do Governo Militar, no intento de suprir as deficiências da administração direta, bem como promover o desenvolvimento da economia estatal.

Por intermédio dessas medidas instituídas durante as décadas de 1960-80 criou-se a figura da administração ineficiente, em contraponto a administração indireta que apresentava-se como pujante, caracterizada pelo planejamento e integração, capaz de concorrer com a iniciativa privada e proteger os interesses nacionais da concorrência estrangeira. Apesar da reestruturação de alguns ministérios, a recolocação administrativa de alguns serviços e algumas expansões, decorrentes do desmembramento de órgãos e ministérios, a administração direta foi relegada ao segundo plano, e em contrapartida a administração indireta,

[...] predominou nesse modelo [...] a tal ponto que existe hoje uma dicotomia entre o Estado tecnocrático e moderno, representado pelas entidades da administração indireta, e o Estado burocrático, formal e defasado que é o Estado da administração direta.¹⁰⁶

Neste contexto, após as crises econômicas da década de 1970 o Brasil vê o fim da Ditadura Militar sem superar o estigma pregado por Getúlio Vargas na década de 1930 “Cumprira-nos reduzir despesas, coibir abusos, reformar serviços dispendiosos e sem eficiência, equilibrar orçamentos, suprimir déficits e, sobretudo, simplificar, melhorando a antiquada e ronqueira máquina administrativa”¹⁰⁷.

Para Bresser Pereira o Regime Militar não foi capaz de romper com as barreiras do patrimonialismo, assim não finalizando o processo de implementação da Administração burocrática. Movimento esse que veio a acentuar ainda mais após a Constituição de 1988. O autor atribui ao Regime Militar a não efetivação do modelo, pois:

[...] não só porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através de suas empresas estatais. Essa estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar o caminho mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a

¹⁰⁶ MARCELINO, Gileno Fernandes. **Evolução do Estado e reforma administrativa**. Brasília: Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, 1987, pp.12.

¹⁰⁷ WAHRLICH, Beatriz. op. cit., pp. 62.

construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha. A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se saltou para outro extremo e a administração pública brasileira passou a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As conseqüências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, são o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira¹⁰⁸.

Para Bresser Pereira, mesmo com os planos de reforma apresentados em 1979 e 1982, de desburocratização e desestatização, respectivamente, não foram suficientes para alcanças os objetivos da reforma administrativa e econômica proposta em 1967. Apesar do notório crescimento da administração direta, a administração indireta rouba a cena no cenário político-econômico no país. Multiplicam-se as empresas públicas, economia mista, autarquias e fundações. Contudo, não foram criados mecanismos, tão pouco agências que regulassem as atividades da administração indireta. Deixando assim a administração indireta dotada de autonomia gerencial, econômica e administrativa. Esses fatores somados a possibilidade de contratação de recursos humanos sem concurso público continuou a favorecer as práticas obscuras do patrimonialismo e do clientelismo.

O aspecto mais marcante da Reforma Desenvolvimentista de 1967 foi a desconcentração para a administração indireta, particularmente para as fundações de direito privado criadas pelo Estado, as empresas públicas e as empresas de economia mista, além das autarquias, que já existiam desde 1938. Através das fundações (que antecipavam as organizações sociais criadas na Reforma Gerencial de 1995) o Estado dava grande autonomia administrativa para os serviços sociais e científicos, que passavam, inclusive, a poder contratar empregados celetistas. Através da autonomia dada às empresas de economia mista viabilizava-se o grande projeto de industrialização com base em grandes empresas estatais de infra-estrutura e serviços públicos que já havia sido iniciado nos anos 40, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, e acelerado nos anos 50, com a criação da Petrobrás, da Eletrobrás, e da Telebrás, e do BNDES. Por outro lado, são então criadas ou desenvolvidas novas agências reguladoras, como o Banco Central, que regulam também com autonomia as atividades econômicas, tendo sempre como critério a promoção do desenvolvimento industrial. Algumas dessas agências e empresas, que Luciano Martins estudou em profundidade, transformam-se durante o regime militar em exemplos bem sucedidos de insulamento burocrático.¹⁰⁹

Raymundo Faoro fala sobre a administração pública no Brasil dos séculos XVI até as primeiras décadas do século XX em *Os Donos do Poder*. Contudo, as palavras do autor,

¹⁰⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999. pp. 239-240.

¹⁰⁹ WAHRLICH, Beatriz. op. cit., 62.

utilizadas para retratar a realidade do Brasil Colônia e República, também podem ser utilizadas neste contexto político, as quais tornam-se contemporâneas.

[...] o paraíso dos comerciantes, entre os quais se incluem os intermediários honrados e os especuladores prontos para o bote à presa, em aliança com o Tesouro. A velha dupla, estamento e comércio, dá-se as mãos, modernizadora nos seus propósitos, montada sobre a miragem do progresso. Os agricultores vergados ao solo, os industriais inovadores servem, sem querer, aos homens de imaginação forrada de golpes, hábeis no convívio com os políticos, astutos nas empreitadas. As raposas se infiltram nos gabinetes, contaminando, com sua esperteza, o tipo social do político. O progressismo, como muito mais tarde o desenvolvimentarismo, farão da modernização um negócio de empréstimos, subvenções e concessões, entremeado com o jogo da bolsa, sob os auspícios do Estado. Modernização está em choque com as forças conservadoras e agrárias, mas distante das correntes revolucionárias. ninguém quer matar a galinha dos ovos de ouro, senão viver à custa dela, submissa, calada e recolhida, mas política.¹¹⁰

Logo, o patrimonialismo e o clientelismo ainda continuam sendo privilegiados pela relação deturpada estabelecida entre o sistema político e o administrativo, estabelecendo uma relação inimaginável para o loco institucional que se pretende a racionalidade e a legalidade. O modelo brasileiro de modernização da administração, se cabe aqui utilizar o conceito de modelo, dado as abruptas medidas que perseguiram essa perspectiva, continua impregnado pelo determinismo, bem como pela linearidade históricas, validando as vontades das elites políticas e econômicas que secularmente ainda habitam o meio político-administrativo brasileiro. Nas palavras de Fernando Henrique Cardoso “[...] as classes dominantes devem fazer um esforço contínuo para articular seus objetivos diversos e ocasionalmente contraditórios através de agências e burocracias do Estado”¹¹¹.

Neste sentido, a modernização da administração pública nos apresenta paradigmas de mudanças na forma de organização pública, que mesmo planejadas, em pouco foram capazes de modificar as estruturas dos recursos humanos, a tecnologia empregada, bem como a própria estrutura organizacional. Conforme podemos notar nos Anais da Assembleia Constituinte de 1987/1988, nas palavras do então Ministro responsável pela pasta do Ministério de Estado Extraordinário para Assuntos de Administração, Aluísio Alves:

Ao assumirmos o Ministério da Administração, no dia 17 de março, há 2 anos, ninguém, nem no DASP, nem em nenhum setor da Administração, sabia sequer o número de funcionários do Governo Federal. [...] Por quê?

¹¹⁰ FAORO, Raymundo. op. cit., pp. 437.

¹¹¹ CARDOSO, Fernando Henrique. "Os regimes Autoritários na América Latina". in Colier, David. (org.). **O novo Autoritarismo na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. pp. 46.

Porque, a cada mês, até março, acrescentavam-se funcionários às folhas de pagamentos, e o Governo não possuía nem arquivo, nem o censo: apenas guiava-se pela folha de pagamento de cada mês [...] ¹¹².

É sob essa perspectiva histórica e social, que inicio a análise da Reforma Administrativa ocorrida na década de 1990 no Brasil. Tendo por norte, aferir as similitudes e distinções entre os esforços reformadores anteriores, e este novo modelo. Faço a referida análise, tendo por plano frontal, a aferição das ideias que conceberam a estruturação de um conjunto legislativo, justificador da presença do terceiro setor como prestador de serviços públicos não exclusivos. E, a busca dos mecanismos necessários para coibir a constante presença do clientelismo e favorecimento pessoal, marcantes da administração patrimonialista, bem como da tecnocracia exacerbada, do insulamento institucional, e do desvencilhamento do Estado na prestação dos serviços sociais, em detrimento das atividades lucrativas e empresariais, marcantes do sistema burocrático e dos primeiros passos da administração pública gerencial.

¹¹² BRASIL. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Constituinte de 1987/1988**. pp 92. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/constituente.zip>>. Acessado em 05 de outubro de 2017.

CAPÍTULO 2. REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO: A CRIAÇÃO DAS BASES DO NOVO MODELO GERENCIAL

2.1. Redemocratização da Administração - Governo Fernando Collor de Mello

Após o período de redemocratização da Administração Pública, e da própria sociedade brasileira, os anos 80 e início dos anos 90 foram marcados pela crise fiscal, descontrole inflacionário, bem como pela carência de efetivas ações para maximização da gestão pública de bens e serviços, fator esse que traduzia em meio a população a imagem da ineficiência do setor público.

Para Tarso Cabral Violin, o início da década de 1990 significou um retrocesso ao plano administrativo, especialmente pela falta de compreensão dos gestores públicos quanto aos preceitos que a Constituição de 1988 apresentou.

A transição democrática com Tancredo NEVES e José SARNEY significou no plano administrativo uma volta aos ideais burocráticos dos anos 30, e a Constituição da República de 1988 “ignorou completamente as novas orientações da administração pública”, por uma “incrível falta de capacidade de ver o novo” dos constituintes e da sociedade brasileira, que decidiram completar a revolução burocrática dos anos 30, não instaurada, antes de pensar nos princípios da moderna administração pública¹¹³.

Os recursos humanos, ligados à Administração direta, passaram a constituir-se alvo de ataque por meio da população e de políticos de tendência liberal, os quais atingem ferozmente a imagem da Administração Pública. Neste contexto de déficit público, nasce a necessidade de rever o papel do Estado, uma vez que essa situação ameaçava à governabilidade democrática¹¹⁴.

O início da década de 1990 é exponencial as críticas ao Estado empresarial que intervia diretamente na economia nacional, bem como ecoava um forte apelo à modernização

¹¹³ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 2ª ed. Belo Horizonte. Eitora Fórum, 2010. pp. 52.

¹¹⁴ MELO, C. **Collor: o ator e suas circunstâncias**. São Paulo: Ed. Novo Conceito. 2007. pp. 149.

administrativa e econômica, visando à abertura, como a inserção do país no novo modelo econômico internacional.

Partindo deste campo político que se encontrava o Brasil no início do século XX, o Governo Collor, observando o esgotamento financeiro em que o Estado encontrava-se, os índices inflacionários descontrolados, bem como a necessidade de redução do déficit público, promoveu o chamado “enxugamento” da máquina pública. As ações tomadas tinham por objetivo debelar os super-cargos, aqueles servidores que recebem salários exorbitantes¹¹⁵. Contudo, esses “marajás”, como Collor chamava-os, não eram apenas os detentores de grandes salários, mas servidores fantasmas ou sem rendimento que ocupavam cargos públicos e minavam os cofres da União, Estados e Municípios, contribuindo para o aumento da folha de pagamento, e conseqüentemente promovendo a dívida pública interna.

São atribuídas a estes (servidores públicos) as características de comodismo, improdutividade, incompetência e descomprometimento com as práticas do serviço público e atuação profissional. Atributos próprios à imagem do velho “barnabé”, agora acrescentado de outros traços, mais “modernos”, como “marajá” “aproveitadores” [...].¹¹⁶

Perseguindo essa perspectiva o Governo Federal, com o objetivo de reduzir gastos, iniciou a referida reforma, extinguindo e modificando vários órgãos públicos, reduzindo assim cortes com pessoal. Contudo, não há registros referentes a uma reforma lógica. Neste sentido o governo Collor não apresentou plano formal para a reforma administrativa¹¹⁷. Governando por medidas provisórias, Collor instituiu sua reforma administrativa sem basear-se em qualquer estudo detalhado, bem como silenciou as discussões abrangentes advindas do Congresso Nacional, como dos Ministérios¹¹⁸. As medidas provisórias têm força de lei, contudo, não emanam do Congresso Nacional, ou de grupos de trabalhos, elas são uma prerrogativa do Presidente da República, logo, emanam de um único indivíduo, sendo assim, unipessoal, uma forma coercitiva e rápida que obriga do Congresso Nacional apreciar a referida matéria com máxima urgência.

Ao contrário das reformas anteriores, esta não foi precedida de estudos e discussões mais abrangentes, envolvendo diagnóstico da situação existente, definição de princípios norteadores de reforma, detalhamento de medidas a serem adotadas e planejamento de sua implementação. A atual reforma,

¹¹⁵ Idem, ibidem, pp. 151.

¹¹⁶ MASCARENHAS, Ângela Cristina Belém. **Desafiando o leviatã**: sindicalismo no setor público. Campinas: Alínea, 2000, pp. 123.

¹¹⁷ MELO, C. op. cit., pp 151.

¹¹⁸ Idem, ibidem, pp. 152.

como já mencionado, foi concebida por um grupo restrito de assessores do Governo e implementada, pelo menos no início, por medidas provisórias, ou mesmo por atos administrativos internos, como no caso das medidas visando à redução de pessoal. A filosofia da reforma deve ser buscada, então, nos enunciados políticos de natureza geral do chefe de Governo e de sua equipe [...] modernização do Estado e melhoria da eficiência da máquina governamental, principalmente através de uma política de administração de recursos humanos mais austera.¹¹⁹

Isto fez com que a intervenção ocorrida tenha concorrido mais para a desorganização da administração do que para uma efetiva modernização do setor público. São três os motivos que podem ser apontados para tanto. Primeiro a falta de um conhecimento aprofundado dos órgãos e funções do aparelho administrativo do Estado e de seus reais problemas por parte dos responsáveis pela reforma. Em segundo lugar, a necessidade de dar respostas rápidas aos problemas com vistas a responder às expectativas da opinião pública e criar condições para ações futuras. Por fim, uma estratégia que escolheu o confronto com o funcionalismo como meio de transformação¹²⁰.

Caracterizado pela busca de um Estado mínimo, o Governo Collor encontrou no processo de privatização, fomentado pelo Programa Nacional de Desestatização, o caminho para efetivar a modernização estatal e a própria economia nacional. Somado a esse fator é formulada uma política de proteção à indústria nacional, com o objetivo de promover maior competitividade produtos nacionais, por intermédio da eliminação das barreiras tarifárias, incentivo a pesquisa, e financiamento nos setores tecnológicos, bem como promovendo a abertura às importações.

No momento atual, vive-se a fase das privatizações, como forma de diminuir o aparelhamento do Estado. Utilizam-se vários instrumentos, entre eles a concessão e a permissão de serviços públicos em sua forma tradicional, em que a delegação é feita a empresa privada.¹²¹

A reforma administrativa implantada no bojo do Plano Calor foi *sui generis* porque tentou combinar ajuste econômico, privatização, desregulamentação e reordenamento do setor público com democracia. No que concerne à operacionalidade do setor público, combinou um rearranjo macro governamental que reduziu de 27 para 12 o número de ministérios e culminou com a extinção de vários órgãos - tanto da administração direta quanto da indireta-, alterou drasticamente a estrutura de cargos em comissão - principalmente as funções gratificadas- e resultou em redução do quadro de pessoal permanente e temporário. Foi uma reforma que visava 'interferir menos e governar melhor'.¹²²

¹¹⁹ CASTANHAR, J. C. **Cem dias do Governo Collor: uma avaliação da reforma administrativa**. RAP, 25(1), nov. 1990/jan.1991. Rio de Janeiro: FGV, pp. 51 e 52. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12862>>. Acessado em 01 de novembro de 2017.

¹²⁰ COUTO, Cláudio Gonçalves. Modernização. In: ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Estrutura e organização do Poder Executivo**. Brasília, Centro de Documentação, Informação e Difusão Graciliano Ramos, 1993. pp. 115.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 301.

¹²² NUNES, Edson. **"Modernização, Desenvolvimento e Serviço público: Notas sobre a Reforma Administrativa no Brasil"** in Perspectivas da Economia Brasileira-IPEA (Brasília: IPEA, 1992), pp. 223.

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 as regras constitucionais mantiveram as características da Constituição de 1967. Todavia, as crescentes críticas sociais oriundas da década de 1980, em favor dos direitos sociais, feitas pelas organizações não governamentais - ONG promoveu uma substancial modificação quanto à noção de assistência social, e a promoção da saúde e educação. Distanciando assim da noção de assistência social do Governo Getúlio Vargas, a partir de 1988, a assistência social constitui-se como uma política estatal, conforme artigo nº 203, da CRFB/88.

Em desdobramento das políticas de assistência social instituídas pela CRFB-88, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com os avanços do processo de descentralização da prestação direta de serviços pelo Estado, caracterizam um ambiente favorável à proliferação das entidades, sem fins lucrativos, bem como das cooperativas, já instituídas pela Lei 5.764 de 1974, com o objetivo de prestarem serviços, essencialmente voltados às políticas públicas assistenciais, e ainda de saúde e educação.

Assim, outras formas de participação da iniciativa privada passam a existir, como tendência crescente de substituição da execução direta de diversos serviços pela contratação de empresas privadas, substituindo o servidor público por terceiro contratado. O vocábulo terceirização, nesta senda, passa a ser incorporado à Administração Pública, constituindo, em princípio, vantagem para o tomador de serviços (no caso, o Estado), uma vez que se transfere a outrem o papel de empregador, permitindo o repasse da responsabilidade direta pelos encargos sociais.¹²³

Contudo, no âmbito das políticas de assistência, vale lembrar o avanço que a saúde pública obteve por intermédio da Lei 8.080 de 1990, e a Lei 8.142 também de 1990, ambas as leis demonstram um passo em direção à intervenção social e regulação da prestação de serviços de relevância social.

Em 12 de abril de 1990 foi instituída a Lei nº 8.031, pelo então Presidente Fernando Collor, que formulou o Programa Nacional de Desestatização (PND). O referido programa lança as bases de um sistema de desestatização progressiva que integram as medidas de reformas econômicas iniciadas pelo Governo.

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:
I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

¹²³ KAIN, Tatiana. **Terceirização na Administração Pública**. Revista de Direito Público. Londrina: V. 1, nº 2, P. 227-240, MAIO/AGO. 2006, pp. 02. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11577/10273>>. Acessada em 02 de outubro de 2017.

- II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.¹²⁴

Entretanto, o aporte financeiro proveniente da desestatização, bem como do chamado, estrangulamento dos gastos públicos e a soma dos capitais estrangeiros que somavam à economia brasileira, não foram capazes de refrear o aumento da dívida pública. Conforme ressalta Fábio Pereira:

[...] mais grave de todo esse quadro é que esse gigantesco aumento da dívida pública brasileira se deu no mesmo período em que foram vendidas empresas estatais federais e estaduais no valor de mais de 60 bilhões de dólares, sem incluir as vendas do ano de 1999. Além da explosão do endividamento, grande parte do patrimônio público foi vendida. O estado brasileiro se tornou duplamente mais pobre: aumentou os passivos e diminuiu os ativos. Encontra-se naquela situação da família que se endivida, vende seu patrimônio para pagar a dívida e ainda assim a dívida aumenta.¹²⁵

É neste contexto de ausência de uma política de reforma administrativa estruturada e coesa, crise política e econômica, que a Administração Pública demonstrava seu despreparo em conseguir atender às necessidades sociais e administrativas instituídas pelo constituinte. É neste panorama histórico que Collor se retira da Presidência, durante o processo de *impeachment*, em 1992, mantendo as mesmas bases advindas da década de 1930 na arena política, econômica e social do Brasil, uma vez que suas ações não foram capazes de romper com o modelo centralizador e burocrático¹²⁶, que em grande medida era resultado da influência do Decreto Lei nº 200/67.

¹²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.031 de 1990**. Art. 1º. Incisos de I a VI.

¹²⁵ PEREIRA, Fábio. **O Plano Real e o crescimento da dívida no Brasil**. São Paulo: FGV/EAESP (Dissertação de Mestrado), 2000, pp 91. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/5335>>. Acessado em 26 de outubro de 2017.

¹²⁶ AVRITZER, L. “O conflito entre a sociedade civil e a sociedade política no Brasil pós-autoritário: uma análise do impeachment de Fernando Collor de Mello”. 2000. In: ROSENN, K. S.; DOWNES, R. (orgs.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: Ed. FGV. Disponível em <<http://acervo.fpabramo.org.br/index.php/rosenn-keith-s-downes-richard-corrupcao-e-reforma-politica-no-brasil-o-impacto-do-impeachment-de-collor-rio-de-janeiro-editora-fgv-2000-237p>>. Acessado em 02 de março de 2017.

2.2. As reformas político-administrativas do Governo FHC

2.2.1. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRE – 1995

Para Luiz Carlos Bresser Pereira,

A reforma do Estado envolve quatro problemas que, embora interdependentes, podem ser distinguidos: (a) um problema econômico-político - a delimitação do tamanho do Estado; (b) **um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial - a redefinição do papel regulador do Estado;** (c) **um econômico-administrativo - a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo;** e (d) um político - o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar. Na delimitação do tamanho do Estado estão envolvidas as ideias de privatização, publicização” e terceirização. A questão da desregulação diz respeito ao maior ou menor grau de intervenção do Estado no funcionamento do mercado. No aumento da governança temos um aspecto financeiro: a superação da crise fiscal; um estratégico: a redefinição das formas de intervenção no plano econômico-social; e um administrativo: a superação da forma burocrática de administrar o Estado. No aumento da governabilidade estão incluídos dois aspectos: a legitimidade do governo perante a sociedade, e a adequação das instituições políticas para a intermediação dos interesses.

Logo, a reforma administrativa do Estado é conseqüentemente também uma reforma política. A implantação da reforma da Administração Pública, tendo por base os conceitos gerenciais, consiste na mudança de estratégia no campo gerencial, a qual deve ser colocada em prática por todos os setores e agentes envolvidos para alcançar uma administração reformada¹²⁷. O prisma geral desta reforma consiste na descentralização, delegação de autoridade. Entretanto, faz-se necessário a definição precisa dos lineares os quais balizarão atuação do Estado, tendo a separação e estruturação das competências de cada órgão e a modalidade administrativa adequada a cada setor.

[...] o governo precisa coibir o desperdício e racionalizar o gasto público. O que o Governo quer com a reforma é impedir que os gastos aumentem, consumindo os recursos do Estado, sem que haja uma contrapartida de eficiência e qualidade nos serviços prestados.¹²⁸

¹²⁷ BASTOS, Lília Flores de Araújo. **Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF>. Acesso em 17 de junho de 2017.

¹²⁸ Brasil. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do Estado - PDRE**. Brasília: Câmara da Reforma de Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. pp. 10.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRE foi instituído em 1995, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, que tinha como representante do Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, Luiz Carlos Bresser Pereira, que esteve à frente dos trabalhos de estruturação desta reforma. O Plano era um documento político que apresentava os motivos justificadores da reforma da Administração Pública, seus princípios norteadores, bem como as etapas para efetivação.

O PDRE caracterizou-se pela utilização dos estudos de impacto que a intervenção financeira e administrativa do setor público causava à estrutura gerencial do Estado. Tendo por objetivo a garantia da governabilidade do país, o PDRE foi elaborado mediante novos modelos de organização e financiamento da gestão pública¹²⁹. Neste sentido o Plano foi concebido considerando as mudanças na estrutura política, econômica e social que o país passou após o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tais medidas de atendimento as referidas mudanças tornavam-se necessárias para a inserção do Brasil na nova lógica política e econômica, latente na arena nacional, que em muitos pontos foi alterada com o final da Guerra Fria. Bem como, as demandas sociais instituídas pelo constituinte também serviram de bases para a formulação do PDRE¹³⁰.

O referido plano apresentou um desenho do aparelho de Estado com vistas à readequação de sua estrutura, simultaneamente: (i) às funções requeridas pelo modelo de desenvolvimento emergente, ou seja, um Estado mais regulador e menos produtor de bens e serviços e (ii) aos valores democráticos que conformam a visão contemporânea da administração da coisa pública e que se traduzem no dever de gerir com eficiência e apresentar resultados, na responsabilização dos gestores, na transparência e controle social dos recursos públicos. Considerando-se que a reforma do Estado é um tema abrangente, complexo e extrapola a competência de um ministério no organograma governamental, analiticamente foram classificadas três dimensões para visualizar-se uma estratégia de reforma: 1) **dimensão relativa à delimitação da área de atuação e das funções do Estado**; 2) dimensão relativa à sua capacidade técnica, financeira e operacional de gestão (Governança); e 3) àquela referente a sua capacidade política para governar num contexto democrático (Governabilidade democrática). As diretrizes contidas no PDRE concentraram-se nas duas primeiras dimensões.¹³¹

¹²⁹ PIERANTI, Octavio Penna. **Governança e New Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro**. XXXI Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, setembro de 2007. Pp. 01-04. Disponível em <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B392.pdf>>. Acessado em 15 de março de 2017.

¹³⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. pp. 243.

¹³¹ VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. pp 11-12. Disponível em <<http://siare.clad.org/fulltext/0043513.pdf>>. Acessado em 10 de março de 2017.

Tendo por bases as ideias advindas do *new public management*¹³², o Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE tinha ligado à sua estrutura o Conselho da Reforma do Estado - CRE¹³³, caracterizado por ser uma instância colegiada e autônoma, instituída com o objetivo promover as discussões dos caminhos da PDRE. Sua característica mais marcante, que também evoca os princípios sócio-político do *new public management*¹³⁴, consistia na participação de representantes da sociedade civil, em meio aos debates, os quais eram nomeados pelo Presidente da República.

Um dos pilares do PDRE foi o intento de profissionalização dos serviços públicos, por intermédio da capacitação e seleção de recursos humanos no âmbito da Administração Pública direta e indireta, sendo que entre os anos 1995 e 2002 foram contratados por intermédio de concurso público cerca de 63.500 servidores, em que mais de 75% deles foram lotados na administração direta¹³⁵, com o objetivo de possibilitar a operacionalização dos serviços de cunho essenciais à população, atendendo assim a crescente busca pelas possibilidades instituídas pelas políticas sociais.

No tocante ao gerenciamento de recursos humanos a instituição da Lei nº 8.112/1990 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos¹³⁶ (flexibilizado posteriormente pela EC nº 19/98, art. 39, *caput*, da CRFB/88, visto a possibilidade de contratação via CLT), bem como os dispositivos referentes aos gastos com pessoal balizados pela Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, fizeram parte dos esforços de reforma do PDRE, pois um conjunto de medidas de controle, bem como de redução de despesas com pessoal, moldaram a estrutura dos quadros de remuneração e aposentadoria, bem como

¹³² PIERANTI, Octavio Penna. op. cit., pp. 03-04.

¹³³ Segundo a Lei nº 1.738/1995: Art. 1º - Fica instituído, no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, o Conselho de Reforma do Estado, de caráter consultivo, com a finalidade de proceder a debates e oferecer sugestões à Câmara de Reforma do Estado, nos assuntos relativos à reforma do aparelho do Estado.

Parágrafo único. O Conselho de Reforma do Estado compõe-se de doze membros, de notável saber e ilibada reputação, designados pelo Presidente da República para mandato de três anos, permitida uma recondução.

¹³⁴ Nas reformas baseadas no *New Public Management* a ênfase da administração desvincula-se da forma tradicional de gestão, somando para isso elementos chaves que incluem várias formas de descentralização da gestão nos serviços públicos, como a criação de agências, aumentando a utilização dos mercados e da concorrência na prestação de serviços públicos, e crescente ênfase sobre o desempenho, resultados e orientação para o cliente. (PIERANTI, Octavio Penna. **Governança e New Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro**. XXXI Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, setembro de 2007).

¹³⁵ Dados do Boletim Estatístico de Pessoal nº 72 de abril de 2002 e da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

¹³⁶ Mesmo fazendo parte de um momento anterior ao PDRE, a Lei nº 8.112/90 trouxe algumas balizas para o Plano. Tanto é que buscando flexibilizar esse regime estatutário, fora aprovada a EC nº 19/98, alterando o *caput* do art. 39 – CRFB, possibilitando a contratação de servidores pelo regime celetista. Para mais informações, ver a ADI 2.135 – DF.

promoveu a exoneração de servidores não estáveis, a redução de cargos de confiança. Ainda, foi instituído também o Plano de Demissões Voluntárias - PDV. Sob essa perspectiva o PDRE por intermédio de medidas graduais objetivava garantir a estabilidade econômica, como também o ajuste fiscal do país, tendo por principal viés as regras advindas da EC nº 19/98, e a LRF¹³⁷.

Neste sentido, dois momentos distintos e antagônicos, em certa medida, caracterizam a Administrativa Pública brasileira no século XX: o movimento proposto pelo Decreto-Lei 200/67 e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995. A reforma proposta em 1967 tinha por base o fortalecimento do Estado empresarial, fomentando assim o paradigma da substituição das importações com vistas a desenvolver a indústria e o comércio nacional. Já a reforma proposta em 1995 apresenta um modelo de Estado regulador que enxugou a máquina pública e minimizou a oferta de serviços públicos, em detrimento da iniciativa privada, promoveu a desestatização de algumas áreas, bem como buscou meio legais para a formulação de parceria com o setor privado na prestação de serviços públicos considerados não exclusivos, por intermédio do Plano de Publicização.

O Plano Diretor tinha por objetivo central adaptar a Administração Pública às novas estruturas do cenário existente. Assim, transformando-a em uma administração gerencial. Para tanto, Bresser Pereira separa e identifica quatro setores de atuação do Estado, tendo por base o tipo de atividade prestada pelo Estado. Primeiramente, o núcleo estratégico, baseado naqueles setores que definem as leis e as políticas públicas, bem como sendo responsáveis pelo seu cumprimento; Em segundo, as atividades exclusivas, são aquelas atividades indelegáveis do Estado, por sua natureza, tais como, os que envolvem o poder de polícia, estrutura regulamentar e a fiscalização; Terceiro, serviços não exclusivos, são aqueles que o Estado promove concomitante com o setor privado, de forma complementar, como a saúde e a educação; Por último, o setor de produção de bens e serviços para o mercado, caracteriza-se pela atuação das empresas públicas, estando voltada às atividades econômicas, visando o lucro¹³⁸.

Assim, o setor dos serviços não exclusivos é fundamental para o surgimento e desenvolvimento das organizações sociais. Posto que segundo o PDRE, tais serviços devem

¹³⁷ PIERANTI, Octavio Penna. op. cit., pp. 03-04.

¹³⁸ BRESSER, PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL, Nuria. **Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal**, disponível em <<http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

ser transferidos para o setor público não-estatal. É apresentado já no Plano à menção a um programa de Publicização, nos moldes trazidos pelo art. 20, da Lei nº 9.637/98, como sendo um dos objetivos a ser implementado nessa área de serviços.

São objetivos do PDRE na prestação dos serviços não exclusivos:

*Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “**publicização**”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

*Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.

*Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.

*Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.

*Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor¹³⁹.

Os passos dados pelo PDRE, especialmente quanto aos objetivos apresentados de atuação na área de prestação dos serviços públicos não exclusivos, bem como os próximos passos advindos com a Emenda Constitucional nº 19/98, e a Lei de Responsabilidade Fiscal, formam o panorama de atuação do terceiro setor na Administração Pública nacional, especialmente pela criação da figura das organizações sociais, previstas na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Assim, passo a análise destes próximos passos.

2.2.2. *Emenda Constitucional nº 19/1998*

Desde o início do governo FHC as propostas de emenda constitucional e conseqüentemente às emendas efetivadas acirraram os debates no Congresso Nacional. A primeira emenda formulada e aprovada com facilidade rogava sobre a derrubada dos

¹³⁹ BRASIL. Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acessado em 10 de outubro de 2017.

monopólios estatais nos setores de telecomunicação e energético¹⁴⁰, logo nos primeiros meses de governo. Contudo, não apenas os setores de maior relevância econômica estavam na agenda do Congresso, como também a perene vontade de promover as reformas tributária, previdenciária e administrativa. Entretanto essas três emendas constitucionais apresentadas em 1995 demoraram a serem apreciadas e votadas, após quatro anos de trabalhos apenas a Reforma Administrativa foi aprovada.

A Reforma Administrativa balizada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, formula a nova direção da Administração Pública brasileira, delimitando a face da máquina pública. A EC nº 19/98, efetivou assim a Reforma Administrativa do Estado brasileiro.

Segundo Bresser Pereira, temos dois importantes momentos reformadores do Estado brasileiro nos últimos 50 anos, são eles o Decreto Lei nº 200/67, e a EC nº 19/98. Para o autor, fez-se necessário a Reforma da década de 1990 uma vez que, mesmo o Decreto Lei nº 200/67 tivesse representado um importante instrumento de alteração e flexibilização estatal, trouxe consigo algumas consequências indesejadas:

O Decreto-lei nº 200 teve, porém, duas consequências inesperadas e indesejáveis. De um lado, por permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro, por não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que era vista pejorativamente como “burocrática” ou rígida, deixou de realizar concursos e de se desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através da estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar escalões superiores da administração através das empresas estatais. Dessa maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-lei nº 200 ficou pela metade e fracassou¹⁴¹.

Constitui então ponto central da Emenda Constitucional nº 19/1998, primeiramente, as bases do contrato de gestão, art. 37, § 8º, e art. 241, da CRFB/88, e ainda consolidação no texto constitucional do princípio da eficiência.

Para Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência compõe-se das seguintes características: direcionamento, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e

¹⁴⁰ Emendas Constitucionais nº 05 e 09.

¹⁴¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 4. Ed. Rop de Janeiro: Editora FGV, 2001. pp. 244.

aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade¹⁴². Pontos esses que serão trabalhados no próximo tópico.

Neste sentido, a Emenda estrutura juridicamente as bases para a concretização das mudanças que se faziam imprescindíveis à modernização da máquina administrativa brasileira. Dentre muitas mudanças balizadas pela Emenda destacam-se a adoção de um regime de legal de remuneração dos agentes públicos, a estabilidade dos servidores, bem como apresenta as bases para o fomento da prestação dos serviços públicos não exclusivos pelas entidades privadas sem fins lucrativos, pelo contrato de gestão, formulando uma gestão gerencial da administração pública.

2.2.2.a) *O Princípio da Eficiência*

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, podemos aferir o que o Executivo neste momento compreendia como sendo as bases para a concretização do princípio da eficiência. Nas palavras de Bresser Pereira:

A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, **quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não-estatais – operem muito mais eficientemente.**

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, **e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as ‘organizações sociais’.**¹⁴³

Vemos que a eficiência entendida está estritamente vinculada à reorganização dos serviços denominados exclusivos, àqueles prestados diretamente pelo Estado, e aqueles entendidos como competitivos, não exclusivos, que são aquelas áreas em que o Estado atua,

¹⁴² MORAES, Alexandre. **Reforma Administrativa. Emenda Constitucional n° 19/98**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Série fundamentos jurídicos. pp. 34.

¹⁴³ BRASIL. Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995.

contudo, o particular também pode atuar. Estes classificados como serviços de relevância pública, não privativos, segundo Eros Roberto Grau¹⁴⁴.

A ideologia por detrás da Emenda é instituir uma administração pública gerencial, mais ágil, eficiente, bem como reduzindo o tamanho da máquina estatal, ao possibilitar o fomento da atuação do terceiro setor naqueles serviços classificados como não privativos.

Alexandre de Moraes denomina o princípio da eficiência como aquele:

[...] que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, **primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos**, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

[...] que não se trata de consagração da tecnocracia, mas, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a **prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum**.

Tendo como norte a adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, conforme apresentado pelo autor, temos que o princípio constitucional da eficiência arremata as bases infralegais do processo de atuação do terceiro setor, como aquelas normas apresentadas no art. 1º e 20, da Lei 9.637/98¹⁴⁵, e ainda no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 9.648/98¹⁴⁶.

Restando, no entanto, ainda, um melhor controle dos gastos públicos, orçamento e finanças públicas. Para tanto, como passo necessário a efetivação da Reforma Administrativa, o Estado necessitava melhor balizar a estrutura econômica orçamentária. Atendendo a esta necessidade, foi editada a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

¹⁴⁴ GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁴⁵ Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei. [...] Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

¹⁴⁶ XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

2.2.2.b) *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF é uma resposta legislativa ao art. 163, da CRFB/88, o qual solicitava a edição de uma lei complementar para estabelecer as normas gerais sobre finanças públicas. O conceito de responsabilidade na gestão fiscal é elencando já no art. 1º, §1º da Lei, o definido da seguinte forma:

[...] pressupõe a ação planejada e transparente, em que previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Conforme apresentado pelo artigo mencionado, a LRF constitui seus pilares baseada no equilíbrio das contas públicas. Tendo esse objetivo como cerne de seu conteúdo, institui critérios e instrumentos de prevenção de riscos, bem como busca corrigir os desvios orçamentários, formulando mecanismos que garantem os resultados e metas almejadas pela Administração Pública.

Como forma de mecanismo de controle, atendendo a prescrição do art. 169, da CRFB/88, de que lei complementar estabeleceria os limites para as despesas com pessoal, a LRF é sancionada, revogando a Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999, conhecida como Lei Camata II, apresentando as novas bases de controle sobre os limites para as despesas com pessoal. Preocupação essa já apresentada desde a elaboração do PDRE.

Passo assim a apresentar alguns mecanismos de controle da LRF, como ela contabiliza os gastos com servidores públicos ativos e inativos, bem como é contabilizada a contratação efetuada por intermédio do terceiro setor, especificamente das organizações sociais, Lei nº 9.637/98.

2.2.2.c) *As despesas com pessoal*

Segundo art. 18, da LRF, considera-se despesas com pessoal:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Nota-se pela leitura do artigo mencionado que as despesas com pessoal ativo, inativos e pensionistas devem respeitar o limite imposto conforme o ente da federação. Afere-se também da leitura do respectivo artigo que as despesas com pessoal, advinda da contratação de mão de obra terceirizada foram inclusas neste dispositivo, devendo assim respeitar aos limites de gastos sendo elencados como “outras despesas de pessoal”. O art. 19, da LRF estabelece que cada uma das esferas de governo deverá respeitar os limites apresentados, sendo que as despesas com pessoal no âmbito da União não superem 50% e no âmbito dos Estados e Municípios 60% de sua respectiva Receita Corrente Líquida - RCL.

Temos assim, neste quadro histórico do início dos anos 2000 que as parcerias e contratos de gestão com o terceiro setor já se apresentavam como uma realidade. Contudo, o legislador infraconstitucional apenas enquadrou nos gastos com pessoal, aqueles serviços tomados por terceirização, não estipulando como gastos com pessoal os valores repassados, por exemplo, a título de fomento, em um contrato de gestão com as Organizações Sociais – OS (Lei nº 9.637/98), ou ainda aqueles gastos advindos com os termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP (Lei nº 9.790/99).

A dúvida que paira sobre o enquadramento de tais gastos são ainda mais ampliados, uma vez que a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, esclarecer em seu art. 105, que, para apuração da despesa com pessoal prevista no art. 18, da LRF, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado, para atendimento à necessidades temporárias, e de excepcional interesse público, conforme a Lei nº 8.745/1993, bem como aquelas despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

A problemática apresentada nesta época, até o presente momento suscita algumas dúvidas, especialmente se o contrato de gestão, entre o Poder Público e uma organização

social, caracteriza-se como substituição de servidores, enquadrando-se nos limites estabelecidos como gastos com pessoal. Neste sentido, apresento solicitação da Comissão de Assuntos Sociais do Congresso Nacional, ao Tribunal de Contas da União – TCU, para manifestar-se sobre a possibilidade de celebração de contrato de gestão com organizações sociais, e como deveria ser contabilizado o pagamento efetuado, de acordo com os limites previstos na LRF (TC 023.410/2016-7). Esclareceu o Tribunal de contas que:

40. Em relação à forma de contabilização dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 – LRF, ainda não há jurisprudência desta Corte de Contas sobre a matéria.

41. No âmbito do Distrito Federal, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), por meio da Decisão 2.753/2015, **concluiu que a terceirização de serviços envolvendo o componente mão de obra que caracterize substituição de servidor e empregado público deve ser contabilizada como Outras Despesas de Pessoal** e computada no limite de despesas com pessoal do Poder ou órgão contratante, inclusive no tocante aos contratos de gestão. Essa contabilização deve seguir os termos do §1º do art. 18 da LRF.

42. Na mesma linha, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, ao responder consulta formulado pelo Prefeito do Município de Mirassol D'Oeste, **entendeu que considera como despesa de pessoal as despesas com mão de obra das empresas terceirizadas nas atividades de saúde como forma complementar aos serviços públicos**, sujeitas, portanto às implicações do art. 18 da LRF (Decisão 13/12/2006)¹⁴⁷.

Contudo, aferiu-se ainda que outros tribunais de conta estaduais divergiam desta aplicação. Neste sentido, temos os esclarecimentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

43. Em entendimento divergente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao responder à consulta do Prefeito do Município de Patrocínio Paulista sobre a possibilidade de a Administração Pública firmar vínculo de cooperação com organizações não governamentais, com organizações sociais de sociedade civil de caráter público e com associações para a operacionalização do PSF e do PACS, bem como da contabilização de seus gastos, decidiu no seguinte sentido: a) é possível a contratação das organizações para a operacionalização do programa de agentes comunitários de saúde, desde que precedida de lei municipal dispoendo sobre a matéria e que sejam observados os respectivos procedimentos de seleção das entidades interessadas em celebrar contratos de gestão, termos de parceria e convênios ou contratos com a prefeitura local; b) **pode-se afirmar que os gastos decorrentes dos mencionados ajustes não se enquadram nos limites estabelecidos pelo artigo 19 da LRF**¹⁴⁸.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO Nº 2057/2016 – Plenário**. Relator Min. Bruno Dantas, de 10 de agosto de 2016. pp. 09. Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F01576C26BA403D4A&inline=1>>. Acessado em 03 de novembro de 2017.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Idem, *ibidem*.

Em análise feita pelo pleno do Tribunal, não se chegou a uma decisão que atendesse ao questionamento do Congresso Nacional. Assim, aferiu-se que no organograma da Corte existe uma secretaria própria para a avaliação deste assunto, a Secretaria de Macroavaliações Governamental – Semag¹⁴⁹, sendo aferida a necessidade de encaminhamento. Assim, atendendo ao pleito, a Semag posicionou-se da seguinte forma:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS DO SENADO. INFORMAÇÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR ENTES PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE E DA FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE FOMENTO NOS LIMITES DE GASTOS DE PESSOAL PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 (LRF). ATENDIMENTO PARCIAL POR MEIO DO ACÓRDÃO 2057/2016 - TCU - PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÕES DO TCU QUE RECONHEÇAM COMO OBRIGATÓRIA A INCLUSÃO DE DESPESAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA FINS DE VERIFICAÇÃO DO ATENDIMENTO AOS LIMITES COM GASTOS DE PESSOAL. ENTENDIMENTO DO STF (ADI 1.923) CONFIRMANDO **NÃO CONSISTIREM OS CONTRATOS DE GESTÃO CELEBRADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA**. LEGISLAÇÃO QUE INCLUI NOS GASTOS COM PESSOAL APENAS DESPESAS COM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA QUE SE REFIRAM A SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS E A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR TEMPO DETERMINADO. CONCLUSÃO DE QUE AS **DESPESAS COM CONTRATOS DE GESTÃO NÃO DEVEM SER COMPUTADAS PARA FINALIDADE DO ART. 19 DA LRF**. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS DA UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO INSTRUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO CONGRESSO NACIONAL PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. SOLICITAÇÃO ATENDIDA TOTALMENTE¹⁵⁰.

Divergindo assim de parte dos Tribunais de Contas estaduais, o TCU esclareceu que as despesas advindas do contrato de gestão firmado com as organizações sociais, não devem ser computados sob os limites estabelecidos pelo art. 19, da LRF. O posicionamento do TCU utiliza-se essencialmente os fundamentos trazidos no julgamento da ADI nº 1.923 – DF, os quais, melhor serão abordados no próximo capítulo. Mas, em síntese, para o STF os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de

¹⁴⁹ A Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) é a unidade técnica especializada do TCU que detém a competência para concluir sobre a contabilização dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na LRF (TC 023.410/2016-7).

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **TC 023.410/2016-7**, de 21 de setembro de 2016. Relator Min. Bruno Dantas. pp. 01. Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F01576C26BA403D4A&inline=1>>. Acessado em 03 de novembro de 2017.

terceirizados, não se enquadrando neste sentido como substituição de servidores ou empregados públicos. Pois, como veremos no julgamento da ADI nº 1.923 – DF, o contrato de gestão firmado entre a Administração Pública e a organização social, trata-se de um contrato *sui generis*, dotado das características típicas de convênio¹⁵¹.

Logo, neste notório momento de crise econômica, incertezas na gestão da Administração Pública que o panorama legal brasileiro apresenta ao administrador público diversas possibilidades para a manutenção dos serviços. Dentre elas o contrato de gestão. Contudo, ressalva o Tribunal de Contas que lançar mão de alternativas contratuais, como forma de esquivar-se dos limites da LRF, mostra-se como uma política arriscada. Tomando ainda por base a crescente necessidade, como por exemplo, do serviço de saúde pública, o qual por sua natureza, e pela forma como é conduzida a saúde pública brasileira, quanto à promoção da saúde e a prevenção de riscos e doenças e agravos, nota-se que se trata de um gasto que tende a crescer. Devendo haver cautela quanto à utilização do contrato de gestão, conforme adverte o TCU:

A utilização abusiva da contratação de organizações sociais pode acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo, cumprindo ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade, bem como avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000, as despesas com pessoal dessas organizações¹⁵².

2.3. A crise do Estado Social de Direito – Abertura estatal para a atuação do Terceiro Setor

O chamado Estado de bem-estar social, formulado no pós Primeira Grande Guerra, e praticado, sobretudo, pós Segunda Grande Guerra, obrigou os Estados nacionais a reverem o processo de prestação de serviços sociais, bem como a intervenção destes no

¹⁵¹ [...] o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. (ADI nº 1.923 – DF, pp. 53).

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **TC 023.410/2016-7**, de 21 de setembro de 2016. Relator Min. Bruno Dantas. pp. 01.

modelo econômico do país e sua atuação na arena internacional¹⁵³. Logo, o processo de minimização da máquina estatal na prestação de certos serviços, datam deste período, vez que os Estados passam a nortear-se economicamente por intermédio da correção dos desequilíbrios decorrentes da Guerra¹⁵⁴.

É neste contexto que o liberalismo econômico passa a dividir espaço com o Estado intervencionista, empresarial, o Estado de Bem-Estar Social. Esta nova lógica econômica fornece as bases para a intervenção do Estado no contexto econômico, bem como fortalece ainda mais as noções de propriedade privada e meios de produção.

Entretanto, poucos anos após a constituição desta nova ordem econômica que visava o bem estar e assegurava a propriedade privada, bem como promovia políticas públicas paternalistas de cunho social, o Estado entrou em declínio, tanto pelo despendimento financeiro para custear esse modo de vida, como também, afetado pelas crises econômicas da década de 1970.

A partir de fins da década de 1970 e, de forma acelerada, no curso da década de 1980, verifica-se crescente deterioração do Estado brasileiro. De um lado, pela hipertrofia do aparato público, em função de pressões internas orientadas para intransitiva expansão do poder burocrático, com marcante declínio da funcionalidade, da transparência e da eficácia do setor público. De outro lado - e em termos ainda mais graves-, pelo assalto clientelístico a que é submetido o Estado a partir da instauração da Nova República, por parte dos partidos integrantes das coalizões governamentais e, também, por atos executivos, no afã de obtenção de apoio legislativo para projetos políticos, em troca de favores públicos.¹⁵⁵

Logo essa política de bem estar social demonstrou-se onerosa aos cofres públicos, uma vez que a manutenção desta lógica era mais dispendiosa e superava, por vezes, a capacidade de gerência do próprio aparelho estatal, o que fez com que o Estado revesse as formas de arrecadação, e a oferta de serviços prestados de forma direta.

[...] a crise do Estado de Bem-Estar Social veio com a crise do socialismo, culminando, assim, numa crise global. Entretanto, suas conseqüências foram

¹⁵³ FIORI, José Luís. **Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo - IEA/USP. pp. 03 – 05. Disponível em <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acessado em 11 de março de 2017.

¹⁵⁴ NICOLAU, Maria Ceschin. **Terceirização no Direito do Trabalho**. pp. 06-09. Disponível em <<http://www.professornilson.com.br/Downloads/TERCEIRIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20DIREITO%20DO%20TRABALHO.pdf>>. Acessado em 10 de março de 2017.

¹⁵⁵ JAGUARIBE, Hélio. **"Sociedade, Estado e Partidos na Atualidade Brasileira: Sucinta Aproximação Preliminar"** in J. Olympio. I Fórum Nacional. A crise brasileira e a modernização da sociedade. Rio de Janeiro: 1990. pp. 92 e 93. Disponível em <<http://www.inae.org.br/livro/a-crise-brasileira-e-a-modernizacao-da-sociedade>>. Acessado em 10 de outubro de 2017.

diferentes. A primeira aponta para a falência do Estado, enquanto ordenador político; a segunda, para a inépcia do capital em promover o crescimento econômico-social em escala ampla e garantir a geração de emprego.

[...]

Quer dizer, o capital não conseguiu compatibilizar seu desenvolvimento com as necessidades das aglomerações humanas. [...] a crise nesse modelo de Estado assenta-se principalmente no fato de que a produção diminuiu e as despesas sociais aumentaram. Com a produção em queda, há a diminuição do Produto Interno Bruto (PIB). A consequência natural foi o aumento das despesas sociais, o qual, não tendo onde se amparar, reduziu a capacidade do Estado¹⁵⁶.

Frente a este quadro de falência do modelo intervencionista, o liberalismo vestiu-se de uma nova roupagem ideológica, e adaptou-se as novas exigências da Administração Pública. Baseado na premissa da liberdade do mercado e do livre trânsito do indivíduo no mesmo, o Estado tornou-se o regulador das distorções da economia capitalista para garantir a manutenção da prestação dos serviços públicos¹⁵⁷.

O neoliberalismo trouxe à Administração Pública o conceito de Estado Mínimo, baseado na descentralização, na desestatização, como também no cerceamento das políticas públicas para grupos cada vez menores. Este Estado mínimo tornou-se cada vez mais subsidiário, abrindo espaço para o terceiro setor, na prestação de serviços públicos, tornando-se regulador e fomentador dos serviços antes prestados pela Administração direta. Para o Ministro Gilmar Mendes, essas alterações estatais estão diretamente ligadas a como se comportou o setor privado em meio às crises econômicas das décadas de 1970-80, vendo no modelo gerencial as bases de fortalecimento do capital, pelo enxugamento dos níveis de burocracia, reduzindo gastos, e reformulando suas diretrizes para atender ao mercado moderno.

Conforme a declaração de Madri, ‘o modelo gerencial – de forma do estado – tem como inspiração as transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais tem alterado a forma burocrática piramidal de administração flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos, e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes, daí o nome gerencial. Com estas mudanças, saiu-se de uma estrutura baseada em normas centralizadas para outra ancorada na responsabilização dos administradores, avaliados pelos resultados efetivamente produzidos. Esse novo modelo busca responder mais rapidamente as grandes mudanças ambientais que acontecem na economia e na sociedade contemporâneas. [...] Em suma – afirma a declaração – o Governo não pode ser uma empresa, mas

¹⁵⁶ NETTO, José Paulo. **Crise do socialismo e ofensiva neoliberal**. 5ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2012. pp. 73.

¹⁵⁷ FORIGO, Marlus Vinicius. **Crise do Estado de Bem-Estar Social e Neoliberalismo**. Relações Internacionais no Mundo Atual – Vol. III. Universidade de Curitiba. pp. 53. Disponível em <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/download/228/201>. Acessado em 08 de junho de 2017.

pode se tornar mais empresarial, isto é, pode ser mais ágil e flexível frente as gigantescas mudanças ambientais que atingem, todas as organizações¹⁵⁸.

É neste contexto que novas formas de atuação da iniciativa privada em meio a Administração pública ganharam fôlego. Assim, sob essas premissas, o Ministro Gilmar Mendes justifica a atuação do terceiro setor, tendo por fundamento a flexibilização dos procedimentos, fazendo analogia aos conceitos advindos do direito administrativo, contrapondo-se a idéia da dicotomia público x privado¹⁵⁹, em busca dos melhores resultados. Assim, a flexibilização de procedimentos faz-se necessário para garantir o acesso destas entidades em meio à Administração Pública, criando-se assim um regime especial, que atenda as regras advindas do direito público, contudo, também do privado. Fazendo alusão a Lei nº 9.637/98. Demonstrando que o processo histórico, e a realidade atual da sociedade validam a atuação das entidades públicas não estatais.

Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado¹⁶⁰.

Pela chamada crise do Estado social e sua dispendiosa política, a nova roupagem estatal, ainda que democrática de direitos, art. 1º, da CRFB/88, na busca de assegurar os direitos sociais, por intermédio do processo de reforma estatal, pela adaptação da Administração Gerencial, trouxe consigo o estreitamento entre a realização das políticas públicas sociais e a parceria entre o Estado e o terceiro setor, sendo estas as bases para o seu desenvolvimento.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.923 – DF**. Voto Vista do Min. Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961&prcID=1739668#>. Acessado em 01 de novembro de 2017. pp. 08.

¹⁵⁹ Salienta do Ministro: Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito. (ADI nº 1.923 – DF. Voto Vista do Min. Gilmar Mendes. pp. 08).

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.923 – DF**. Voto Vista do Min. Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961&prcID=1739668#>. Acessado em 01 de novembro de 2017. pp. 10.

Passo assim a analisar a formulação legislativa e histórica para o desenvolvimento das entidades privadas de interesse público, sem fins lucrativos.

2.4. O desenvolvimento do Terceiro Setor

É por essa conformação histórica, bem como pela contribuição legislativa que o terceiro setor surge. Caracterizado como um misto entre os dois setores clássicos da economia, o privado, representado pelos interesses particulares do empresariado, e o público, representado pelo Estado.¹⁶¹ O chamado terceiro setor caracteriza-se pela transferência das atividades públicas para a sociedade civil organizada, atuando o Estado como regulador e fomentador. A subsidiariedade apresenta-se como alternativa de balanço entre a intervenção do estatal e o liberalismo político-econômico, tendo em vista não admitir a interferência exacerbada do Estado nas questões econômicas-sociais, bem como de outro lado, assegurar o controle sobre os serviços públicos. Para José Eduardo Sabo Paes, o terceiro setor caracteriza-se como aquele:

[...] que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal)¹⁶².

Boaventura de Souza Santos conceitua o terceiro setor “[...] como uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, “privadas”, que “não visam fins lucrativos”, e são “animadas por objectivos sociais, públicos ou coletivos”¹⁶³.

Já José Eduardo Sabo Paes conceitua o terceiro setor como "o conjunto de organismos ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria

¹⁶¹ MELO NETO, Francisco Paulo de. **Responsabilidade social e cidadania empresarial**: a administração do terceiro setor. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. pp. 05.

¹⁶² PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 2001. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica. pp. 68.

¹⁶³ SANTO, Ataliba Pinheiro Espírito. **As organizações sociais e a reforma administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo nº 230, Out./Dez. 2000, p. 75- 100. pp. 81. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1945;000348613>>. Acessado em 06 de outubro de 2017.

que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade visando ao seu aperfeiçoamento”¹⁶⁴. Assim, o terceiro setor não integra o "primeiro setor", que corresponde ao Estado, nem o "segundo setor", correspondente ao mercado, formado por entes privados que visam o lucro, ou finalidades empresariais.

Sendo assim, o terceiro setor apresenta-se como uma alternativa que foge da dicotomia entre o público e privado. Deste modo, reformula as bases dessa dicotomia, pois, figura como sendo uma posição intermediária.

Quanto à classificação administrativa do chamado terceiro setor, Di Pietro insere as entidades do terceiro setor entre as entidades paraestatais¹⁶⁵. Contudo, parte dos autores do direito administrativo discordam dessa classificação, tendo por base as características essenciais das paraestatais. Assim, Lucas Rocha Furtado indica que o terceiro setor é conformado por entidades privadas, advindas do direito privado, pois nasceram no âmbito privado, contudo, não visam ao lucro. Enquanto as entidades paraestatais são aquelas que não integram a Administração Pública direta, ou indireta, mas que a auxiliam, ao desenvolver atividades complementares, relacionadas à Administração¹⁶⁶. Mesmo presente diferenças quanto à classificação dada ao terceiro setor, observa-se que existem elementos que são comuns, os quais as caracterizam. Assim, os elementos incomuns aferidos são: trata-se de entidades privadas, constituídas por particulares, cujo compromisso e objetivo voltam-se à consecução de interesses públicos, afastando-se, portanto, do elemento lucrativo¹⁶⁷.

Assim, mesmo não integrando a Administração Pública direta ou indireta, auxiliam-na prestando serviços públicos não exclusivos ao Estado, tais como, saúde, educação, fomento à cultura e a pesquisa científica, proteção do meio ambiente e desenvolvimento tecnológico. Podendo receber repasses financeiros, fomento ou incentivos advindos do Estado. Contudo, respeitando as normas constitucionais, ao receberem recursos estatais, devem submeter-se ao controle exercido pelos tribunais de contas, bem como, pelo Ministério Público. Devendo ainda, respeitar os princípios, e demais regras inerentes à

¹⁶⁴ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 2001. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica. pp. 98-99.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 252.

¹⁶⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Editora Fórum. 2015. pp. 243.

¹⁶⁷ MODESTO, Paulo. **Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil**. Disponível em <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>. Acesso em 15 de novembro de 2017. pp. 19.

Administração Pública¹⁶⁸. Nestes termos, mesmo tratando-se de entidades de direito privado, estão sujeitas ainda a normas do direito público¹⁶⁹.

Logo, o Estado é um agente diretamente interessado no funcionamento das entidades do terceiro setor, pois, é o Administrador Público que lhes qualifica como entidades de interesse social e utilidade pública. Para Paulo Modesto, a concessão de títulos jurídicos especiais às entidades de direito privado busca atender três propósitos, por intermédio de três funções. São elas:

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 apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de 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 concessão, mas também suspensão e cancelamento¹⁷⁰.

Para Gustavo Justino Oliveira, o terceiro setor é “[...] resultado da combinação do exercício da cidadania com a efetiva participação direta dos cidadãos - individual ou de modo associativo - nos assuntos de interesse da sociedade, sempre com fundamento na busca pela solidariedade entre os indivíduos¹⁷¹”. Entende o autor que o referido setor possui suas bases tanto no texto constitucional, como sob as bases legais. Esclarece que o art. 1º, *caput*, da CRFB/88 define o Estado brasileiro como sendo democrático de direito, assim busca a participação ampla e efetiva do cidadão naqueles assuntos relevantes à sociedade brasileira, art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88, seja pelo exercício da democracia direta, ou por meios indiretos, como, por exemplo, por intermédio dos meios associativos. Soma-se a esse quadro constitucional a noção de solidariedade, elencada como objetivo fundamental da República, no art. 3º, inciso I, da CRFB/88. Entretanto, para o autor, os referidos artigos constitucionais

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da AGU - PG (Id. nº 204212/2009) na ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequobjetoincidente=1739668>>. Acessado em 05 de novembro de 2017. pp. 03.

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 31ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 254.

¹⁷⁰ MODESTO, Paulo. op. cit., pp. 01-04.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Estatuto jurídico do terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da constituição de 1988**. 2008. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/10_169.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2017. pp. 15.

são apenas bases para o que ele classifica com principiologia constitucional do terceiro setor, o que para ele consolida-se pelos preceitos apresentados no art. 5º, incisos XVII e XXI, da CRFB/88.

No entanto, parece evidente que o núcleo constitucional do Terceiro Setor reside no conjunto de preceitos integrado pelos incisos XVII a XXI do art. 5º da Lei Maior, cuja conjugação com outros preceitos pode, inclusive, resultar na conformação de uma principiologia constitucional do Terceiro Setor¹⁷².

Para o autor os art. 5º, inciso XVII, da CRFB/88 apresenta a garantia de associação a todos, pessoas físicas ou jurídicas, ressalvando apenas que tenha finalidade lícita, e não possua caráter paramilitar. Já o inciso XVIII, dispensa a necessidade de autorização para a criação de associações, sendo defeso ao Estado interferir em seu funcionamento. Ressalva, que o art. 70, parágrafo único, da CRFB/88, ao determinar a prestação de contas das pessoas que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, não caracteriza-se como intervenção estatal indevida ao funcionamento da associação, certo que este controle busca a proteção do interesse público¹⁷³.

Ainda nessa conformação constitucional o autor apresenta ainda a vedação de dissolução ou suspensão das atividades da associação, senão por decisão judicial, exigindo-se no caso da dissolução o trânsito em julgado, art. 5º, inciso XIX, da CRFB/88. A legitimidade judicial e extrajudicial, se assim estiverem autorizada, para defender os interesses de seus associados, art. 5º, inciso XXI, e ainda a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para defender interesses de seus membros ou associados, cumpridos os requisitos, art. 5º, inciso LXX, da CRFB/88. Veda a União, Estados e Municípios instituir impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços [...] das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”, conforme art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CRFB/88. Complementa o autor

[...] vale registrar que é no seu Título VIII, “Da Ordem Social”, que a Constituição de 1988 revela-se pródiga em inserir as entidades privadas sem fins lucrativos como protagonistas nos segmentos que lhe são próprios, quais sejam, saúde (p. ex., art. 199, § 1º); assistência social (p. ex., art. 204); educação (p. ex., art. 213); cultura (p. ex., art. 216, § 1º); meio ambiente (p. ex., art. 225, caput) e família, criança e idoso (p. ex., art. 227, § 1º)¹⁷⁴.

Apresentando, nestes termos, ser cristalina a opção do constituinte em atribuir a sociedade civil organizada grande parcela quanto à conformação dos objetivos da República,

¹⁷² OLIVEIRA, Gustavo Justino. Idem, ibidem, pp. 15.

¹⁷³ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Idem, ibidem, pp. 16 - 17.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Idem, ibidem, pp. 17.

bem como na efetivação dos seus fundamentos, constituindo o Estado democrático de direitos.

Analisando essa conformação constitucional, adverte o Professor Paulo Eduardo Garrido Modesto, que muito embora o terceiro setor auxilie e colabore com a Administração Pública, quanto à prestação de serviços públicos não exclusivos, por intermédio dos contratos de gestão e ainda na forma de parcerias, o Estado não deve eximir-se dos seus deveres constitucionais, mesmo daqueles que não são de sua exclusividade. Faz o referido professor referência a aplicação do princípio da subsidiariedade.

Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos¹⁷⁵.

¹⁷⁵ MODESTO, Paulo. op. cit., pp. 04.

CAPÍTULO 3. A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR JUNTO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Legislação: a utilização do arcabouço jurídico criado em meio ao Sistema Gerencial, para o fomento da atuação das organizações sociais na prestação de serviços públicos.

3.1.1. A Lei nº 9.637/98 – Lei das Organizações Sociais

Representando grande avanço no processo de Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1997, conhecida com a Lei das Organizações Sociais, formulou as bases de atuação do terceiro setor em meio à Administração Pública, ao possibilitar o fomento de determinados serviços públicos, bem como por formular o Programa Nacional de Publicização – PNP, pelo “[...] qual algumas atividades de caráter social, exercidas por pessoas e órgãos administrativos de direito público, poderão ser posteriormente absorvidas por pessoas de direito privado”¹⁷⁶. Para o professor Matheus Carvalho, a referida lei foi importante propulsora da Reforma do Estado “[...] por meio do programa de publicização da atividade, uma vez que inclui atividades públicas dentro da estrutura de entidades privadas, com a finalidade de se alcançar o interesse coletivo e difundir a execução de serviços de interesse da coletividade¹⁷⁷”.

Carvalho filho critica o termo publicização atribuído ao Programa instituído no art. 20, da Lei das Organizações Sociais. Tal crítica fundamenta-se no ponto de que uma atividade publicizada, é aquela em que há o deslocamento desta da iniciativa privada para o ente estatal. Contudo, o que ocorre com o Programa é na verdade o inverso, vez que são os entes públicos que darão lugar a entidades de direito privado. Analisa esse fato como sendo mais uma etapa da Reforma Administrativa do Estado, e conseqüentemente mais um instrumento do processo de desestatização. Pois, a essas pessoas de direito privado será incumbida à execução de serviços públicos em regime de parceria com a Administração

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 31ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 253.

¹⁷⁷ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4ª. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. pp. 728.

Pública, por intermédio da formalização do contrato de gestão, constituindo-se em organizações sociais.

O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de *desestatização*, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública¹⁷⁸.

Segundo José Maria Pinheiro Madeira “fica claro, embora não expresso na lei, que o principal objetivo das OS não é, como no caso das OSCIP, as associações civis, mas a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas, com conseqüente extinção destes”¹⁷⁹. No mesmo sentido Carlos Montañó, entende que tanto no processo de privatização quanto na publicização “[...] não se trata de outra coisa senão o ocultamento da auto-responsabilização pelas respostas às próprias necessidades”¹⁸⁰.

Tarso Cabral Violin ainda critica o posicionamento tomado pela Administração Pública, pois “[...] com as organizações sociais pretende-se que o Estado se demita de suas funções essenciais, traspassando-as para pessoas privadas, que se "publicizarão" e atuarão com recursos do Estado, o que é uma inconstitucionalidade, pois saúde e educação são deveres do Estado, que não pode se demitir de suas funções, atribuindo-as a terceiros”¹⁸¹.

Contudo, conforme leciona Carvalho Filho “[...] não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas”¹⁸². Assim, não integram o sistema formal da Administração Pública, apenas assumem a qualidade de entidades parceiras do Poder Público.

Paulo Modesto define as organizações sociais como “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 iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., pp. 253.

¹⁷⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública centralizada e descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, pp. 449.

¹⁸⁰ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**. São Paulo: Cortez, 2002. pp. 125.

¹⁸¹ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2ª ed. Belo Horizonte. Eitora Fórum, 2010. pp. 152.

¹⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., pp. 253.

Estado”¹⁸³. Assim, apenas as associações e fundações podem receber a qualificação de organizações sociais, não podendo ser qualificadas, por terem finalidade lucrativa, as sociedades.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define as organizações sociais:

A qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público¹⁸⁴.

Nos termos da Lei nº 9.637/98, as pessoas qualificadas como organizações sociais devem, primeiramente, está aptas a prestar aqueles serviços elencados no art. 1º, da Lei, bem como não devem ter fins lucrativos, e ainda ter personalidade jurídica de direito privado. Entretanto, o preenchimento de tais requisitos não vincula à Administração Pública para qualificar as entidades privadas, sendo na verdade um ato discricionário do administrador público, pois submete-se ao juízo de “[...] conveniência e oportunidade da qualificação, pelo ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto da organização social. Portanto, a qualificação como organização social é ato discricionário do poder público”¹⁸⁵, conforme art. 2º, inciso II, da Lei.

Alguns autores apontam para um desarranjo à ordem constitucional essa discricionariedade atribuída ao Poder Executivo, pois, mesmo atendidos os requisitos instituídos em lei, fica a entidade submetida ao critério de oportunidade e conveniência, para sua qualificação. Para José Eduardo Sabo Paes, tal decisão, visto o grau de importância e relevância social, não deveria submeter-se apenas ao bom senso de alguns mandatários, sem que órgão colegiado possa se manifestar¹⁸⁶. Lúcia Valle Figueiredo complementa informando que deu-se um autêntico "cheque em branco" ao administrador público, atentado contra a isonomia e o devido processo legal, ao possibilitar toda espécie de corrupção e protecionismo

¹⁸³ MODESTO, Paulo. **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil**. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 5, agosto, 2001. pp. 06. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373>>. Acessado em 19 de outubro de 2017.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 565.

¹⁸⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; e Vicente Paulo. **Direito Administrativo**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. São Paulo, 2017. pp. 256.

¹⁸⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. pp. 116.

administrativo¹⁸⁷. Para Di Pietro a escolha da entidade a ser qualificada “não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados”¹⁸⁸. Neste mesmo sentido, Silvio Luís Ferreira da Rocha:

Não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas jurídicas que preencham os requisitos [...] conceder a uma e negar a outra o título de organização social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. Se há igualdade jurídica entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de organização social, a solução, *de lege ferenda*, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência do agente de discricionária para vinculada no que diz respeito ao conteúdo do ato. Somente assim o princípio constitucional da igualdade seria respeitado. Uma alternativa seria a realização de procedimento licitatório que, com base em critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as candidatas aquela que se mostrasse mais capacitada a receber o título de organização social¹⁸⁹.

Encerrando a compreensão já apresentada pelos demais autores, Rogério Gesta Leal posiciona-se no sentido de que o Poder Público “[...] desde que solicitado, deve - e não pode - qualificar como tais, as organizações que se enquadrem nesta tipificação, sob pena de, aceita a facultatividade da qualificação por parte do Estado, criarmos uma séria possibilidade de arbitrariedades e favoritismos corporativos aos amigos do poder que desejarem constituir uma entidade com tal perfil”¹⁹⁰.

Instituída a qualificação como organização social, estas são declaradas como de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, estando aptas a celebrarem com o Poder Público o contrato de gestão. Podendo assim, receber e usar recursos e bens públicos, caso necessários à consecução de seus objetivos. No caso de utilização de bens públicos, deverá ser firmado instrumento de permissão de uso, conforme art. 11 e 12, da Lei 9.637/98. O art. 14, da Lei ainda apresenta a previsão de cessão especial de servidor público para laborarem nas organizações sociais, com ônus do pagamento de seus vencimentos para a Administração Pública.

Para Hely Lopes Meirelles, a despeito da nomenclatura adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio entre as partes, pois que, embora havendo um pacto bilateral, inexistente a contraposição de interesses, característica

¹⁸⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 151.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit. 566.

¹⁸⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor. São Paulo**. Malheiros, 2003. pp. 117.

¹⁹⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 176.

inerente aos contratos em geral. Esclarece ainda o autor que existe sim cooperação entre os pactuantes, na busca de objetivos de interesses em comum. Logo, sendo comuns os interesses perseguidos, a este tipo de negócio jurídico, seu melhor enquadramento é a figura do convênio¹⁹¹. Carvalho Filho complementa tal entendimento esclarecendo que “[...] é possível considerar o citado negócio como contrato lato sensu [...] tendo em vista que nele também se celebra um ajuste bilateral, mas, tecnicamente, sempre se fará a ressalva de que, naquela categoria, os pactuantes alvitram interesses comuns, e não contrapostos”¹⁹².

É neste sentido, sob linhas gerais que na década de 1990 no Brasil há o fomento da atividade desenvolvida pelo terceiro setor, em meio ao ente estatal. Caracterizando mais uma etapa do processo de alcance da Administração Pública Gerencial. Tendo como norte a utilização da flexibilidade do ente privado para a prestação dos serviços apresentados no art. 1º, da Lei das Organizações Sociais. Nas palavras de Carvalho filho:

O novo sistema, como se pode observar, tem na parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.

E, é sob a crítica trazida pelo autor que se fundamenta grande parte das preocupações sociais quanto à institucionalização das organizações sociais, e sua atuação junto ao ente público. Para Di Pietro, a lei em análise, a criação das organizações sociais apresenta-se com “[...] nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública”¹⁹³. Acrescenta a autora que para o devido enquadramento constitucional as organizações sociais, deveriam, no mínimo, atender a exigência da realização de licitação tanto para a sua qualificação, quanto para a realização do contrato de gestão, e ainda comprovação da devida constituição da entidade, e o seu funcionamento anterior, sendo necessários para aferir a demonstração de qualificação técnica, e saúde financeira. Tendo assim meios e expertise necessárias para

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. Malheiros. São Paulo, 2016. pp. 243.

¹⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., pp. 254.

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. 567.

administrar o patrimônio público. Complementa ainda a autora, que além de tais exigências, deve a organização social, enquanto promover os serviços alvo do contrato e gestão, submeter-se aos princípios da licitação, limitações salariais, e ainda a prestação de garantia, conforme exige-se nos contratos administrativos¹⁹⁴.

Outro ponto que gerou grande divergência doutrinária foi à inexistência de preceito normativo explícito na Lei nº 9.637/98, quanto ao controle do Tribunal de Contas da União – TCU, distinto da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como Lei das OSCIP, que já trazia em seu corpo referência objetiva do controle do TCU, art. 12. Neste sentido, a época, José Maria Pinheiro Madeira entendia que as organizações sociais estão submetidas ao preceito do art. 70, parágrafo único, da CRFB/88, devendo prestar contas. Assim, tanto o órgão fiscalizador da organização, quanto o TCU exercem a fiscalização e controle¹⁹⁵. Ainda em 1998 o TCU exarou a Decisão nº 592/1998¹⁹⁶, alterando a Instrução Normativa nº 12/96 – TCU, indicando os elementos que devem integrar a prestação de contas das organizações sociais.

Neste sentido, logo que houve a promulgação da Lei nº 9.637/98, alguns partidos políticos, sindicatos e movimentos sociais demonstraram sua preocupação com a flexibilidade advinda da lei. Sendo impetrado no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 – DF, e é sobre ela que passo a análise adiante.

3.1.2. *Julgamento da ADI nº 1.923-DF*

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF, foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT, e o Partido Democrático Trabalhista – PDT, em dezembro de 1998. Tendo por objeto a Lei n.º 9.637, de 15 de agosto de 1998, conhecida como Lei das Organizações Sociais. Buscando a declaração de inconstitucionalidade de todo texto normativo, bem como, do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 9.648/98.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. 564 - 567.

¹⁹⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública centralizada e descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. pp. 454.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 592/1998**. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC05926398P.pdf>. Acessado em 10 de novembro de 2017.

Os autores da ação alegavam que os arts. 4º, inciso VII; 5º; 11; 12, §3º e 17, da Lei n.º 9.637/98 ofendiam os artigos art. 22, inciso XXVII, art. 37, inciso XXI, e art. 175, da CRFB/88, os quais traziam à obrigatoriedade do procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços pelo Poder Público. Tal alegação se justificava, pois, os artigos da Lei das Organizações Sociais confere a essas entidades a prerrogativa utilização de bens públicos, uma vez que houvesse permissão presente no contrato de gestão, conforme art. 12, § 3º, da Lei n.º 9.637/98. Corroborava com a alegação dos autores a possibilidade de realização de regulamento próprio para a contratação de obras e serviços, dispensados da licitação, conforme art. 17. Ainda foi alvo de impugnação o art. 1º, da Lei 9.648/98, que alterou o art. 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/93, que passou a prevê a celebração de contratos de prestação de serviços entre a organização social e terceiros, para as atividades previstas no contrato de gestão, sendo dispensada a licitação para tais casos.

Nestes termos, os autores alegam que tais dispositivos estariam, violando a previsão constitucional do art. 22, inciso XXVII, da CRFB/88. Visto que a redação do referido artigo, alterada pela EC n.º 19/98, dispõe que cabe privativamente à União a competência para legislar acerca de “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37”. Frente a este posicionamento, entende-se que “não há espaço no ordenamento legal vigente para que outros entes se arvorem dessa competência, como prevê o art. 4º, VII, da questionada Lei n.º 9.637¹⁹⁷.”. Havendo também afronta ao art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, visto que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação também para a contratação de obras e serviços, sendo forma assecuratória a igualdade.

Termos em que os autores atacam a Lei n.º 9.637/98, pois, dispondo sobre procedimentos diferenciados para a contratação, e a dispensa de licitação em determinadas hipóteses, estaria sendo usurpada competência exclusiva da União. Bem como, violação quanto à dispensa da obrigatoriedade de licitar, mesmo que havendo envolvimento do uso de verbas públicas.

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial da ADI 1.923-DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>. Acesso em 06 de novembro de 2017. pp. 41

Aferem os autores que o art. 175, da CRFB/88, por sua vez, também encontrara-se igualmente violado. Pois, a Constituição prevê que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. As organizações sociais, neste sentido, atuariam de forma a driblar a obrigatoriedade de licitar, pela autorização legislativa de prestarem o serviço público sem prévio procedimento de licitação. Havendo “delegação de atribuições por meio impróprio - o contrato de gestão - firmada com dispensa de licitação autorizada no artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993”¹⁹⁸.

Ainda como argumentação dos autores da ação, esclarecem que como as organizações sociais, por não integrarem a Administração Pública, a permissão de uso de bens públicos por estas, sem o prévio processo licitatório, geraria favorecimento particular frente o Estado. Situação esta vedada, em decorrência da ofensa aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Quanto ao princípio da legalidade, no tocante a gestão de pessoal, bem como aos art. 37, inciso II, e 169 da CRFB/88, os autores esclarecem que o art. 4º, incisos V, VII e VIII, da Lei n.º 9.637/98, ao prever que cabe ao conselho de administração a estipulação da remuneração dos membros da diretoria, e do conselho, e ainda que este possui competência privativa para aprovar regimento interno, dispondo sobre os cargos da organização, a Lei estaria incorrendo em inconstitucionalidade, visto a disposição constitucional de obrigatoriedade do concurso público para a seleção dos trabalhadores pela Administração Pública.

Nestes termos, a qualificação como organização social seria tão somente a tentativa de burla ao previsto no art. 37, inciso II, da CRFB/88, visto que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Ainda, incorreria em inconstitucionalidade o art. 7º, inciso II, da Lei n.º 9.637/98, pois, afronta ao disposto no art. 169, da CRFB/88. Certo que a Constituição previu que os gastos despendidos com pessoal da Administração Pública, tanto ativos, quanto inativos não

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Idem, ibidem, pp. 38.

poderiam exceder aqueles limites apresentados pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Afirma os autores da ação que restaria inconstitucional, ainda no tocante à remuneração, a previsão de que os salários dos dirigentes e trabalhadores das organizações, mesmo advindo dos recursos públicos, não estariam subordinados a previsão do art. 37, inciso X, da CRFB/88. Haveria ainda inconstitucionalidade no processo de contratação de pessoal, visto a discricionariedade, pois inexistente sistema de critérios objetivos, impessoais e isonômicos, como é obrigatório à Administração Pública, para a contratação de mão de obra, conforme exigência do art. 37, inciso II, da CRFB/88. Assim, alegam os autores da ação, que:

[...] a Lei n.º 9.637/98 seria verdadeira porta de entrada para a contratação discricionária e irregular de servidores públicos, eis que se trata de servidores de fato e de direito, destinados à prestação de serviços públicos, remunerados com serviços públicos, e que irão, paulatinamente, substituir os atuais servidores públicos ocupantes de cargos efetivos que, com base na própria Lei, serão compulsoriamente cedidos às organizações sociais para satisfação dos mesmos interesses sociais¹⁹⁹.

A ação ainda contou com a impugnação pelos autores dos art. 14 e 22, da Lei n.º 9.637/98, vez que tais artigos implicavam em violação às normas do art. 40, *caput* e § 4º, da CRFB/88, referente à aposentadoria dos servidores públicos. Os autores sustentavam para tanto que o art. 14, que faculta ao “[...] Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”, é inconstitucional, pelo ônus à origem. Especialmente em virtude das normas apresentadas em seus parágrafos. O parágrafo primeiro apresenta que quaisquer vantagens pecuniárias pagas pela organização social “[...] não será incorporados aos vencimentos ou à remuneração do servidor cedido”. Já o parágrafo segundo estabelece que “Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”. Argumenta os autores que ao ceder o servidor, conforme apresenta a Lei n.º 9.617/98, o servidor não faria jus ao direito à aposentadoria integral, bem como à paridade de reajustes, prevista para aqueles ativos, inativos e pensionistas.

Quanto ao art. 4º, da Lei n.º 9.637/98, os autores alegam insubmissão das organizações sociais ao controle interno e externo, previstos nos art. 70, 71 e 74, da CRFB/88. Para tanto, alegam que o referido artigo, que apresenta as atribuições privativas do conselho de administração de tais entidades, ao não ter previsto que as organizações se submetem aos

¹⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 44.

controles elencados na Constituição, estaria configurada inconstitucionalidade por afronta direta aos artigos que regulamentam o controle interno e externo. Para os autores, não sendo expressa a submissão das organizações ao controle, estas restariam isentas de fiscalização e controle, previstos na Constituição.

O art. 70, da CRFB/88 elenca hipóteses de fiscalização que deve ser exercida pelo Congresso Nacional, e o parágrafo único elastece esta fiscalização e prestação de contas a todas “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”. Já o art. 71 prevê o auxílio Tribunal de Contas da União - TCU, para o controle externo realizado pelo Congresso Nacional. Ainda quanto ao controle trazido pela Constituição, o art. 74 estabelece o controle interno que será exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para os autores as organizações sociais seriam “entidades prestadoras de serviços públicos, gerindo patrimônio e recursos públicos, caracterizáveis, portanto como integrantes da Administração Indireta”²⁰⁰, devendo está submetidas ao controle interno. Submetidas assim a avaliação no tocante a sua eficiência e eficácia, quanto à gestão financeira, orçamentária, e patrimonial.

Quanto às funções constitucionais de fiscalização exercidas pelo Ministério Público – MP, os autores informam que o art. 10, da Lei nº 9.637/98, viola tais funções institucionais, esculpidas no art. 129, da CRFB/88. Uma vez que o referido artigo da Lei das Organizações Sociais, determina aos responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, que estes devem representar ao MP quando “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público”, e ainda quando houver “indícios fundados na malversação de bens ou recursos de origem pública”. Assim, quanto à redação do artigo, esta minoraria as funções institucionais do órgão, ao afrontar a autonomia deste na fiscalização, conforme assegurada pela Constituição.

No tocante a delegação de serviços às organizações sociais, os autores alegaram que a Lei nº 9.637/98 desobedece ao mandamento constitucional quanto ao dever estatal de prestar o serviço de saúde, conforme previsão dos art. 196, 197 e 199, § 1º, da CRFB/88.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Idem, ibidem, pp. 47.

Nos termos do art. 196, da CRFB/88, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. A Constituição ainda estabelece que a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, devendo o ente privado participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde – SES, conforme art. 199, §1º, da CRFB/88. Contudo, ao estabelecer, nos art. 1º e 18, da Lei n.º 9.637/98, que as organizações sociais, ou seja, entidades privadas, podem prestar os serviços de saúde, devendo apenas considerar os termos do contrato de gestão, e os princípios do SUS, estaria havendo, neste sentido, ofensa à Constituição.

Tal ofensa baseia-se no sentido de que a outorgada à iniciativa privada para prestar serviços de saúde implica o exercício de atividade econômica, tendo a entidade que arcar com os riscos da atividade. As entidades privadas neste sentido, deveriam apenas participar do SUS de forma suplementar, por intermédio de contrato ou convênio, não havendo a possibilidade da estruturação de um contrato de gestão. Assim, a Administração Pública não poderia repassar ao ente privado a gestão do serviço, especialmente vista a sua característica de universalidade. Entendem os autores, que a substituição de um serviço de saúde pública, pela prestação de tal serviço por uma organização social, implicaria na terceirização da gestão do serviço, fato este que contraria os dispositivos constitucionais elencados.

Ainda no âmbito da saúde pública, a ação trás alguns pontos sobre o Programa Nacional de Publicização – PNP²⁰¹. Visto que o art. 20, da Lei das Organizações, ao permitir a absorção, pelas organizações sociais, de atividades prestadas por entidades ou órgãos públicos, que estejam previstas no art. 1º, da Lei, restaria em uma forma de exoneração da Administração Pública pela prestação dos serviços, em especial o serviço de saúde, em decorrência da transferência de tal serviço à iniciativa privada, de forma não prevista na Constituição. Assim, alegam que a Lei nº 9.637/98 violou o dever estatal de prestar o serviço público de saúde.

Já no tocante ao serviço de educação, de mesmo modo que a saúde, aquela deve ser prestada pelo Estado. Sendo um dever estatal, e concomitantemente, da família, devendo ainda ser promovido em colaboração com a sociedade, conforme os art. 205, 206, 208 e 209, da CRFB/88. Utilizando-se das mesmas fundamentações apresentadas quanto à negativa de prestação do serviço de saúde por parte das organizações sociais, os autores apresentam que,

²⁰¹ Hoje regulamentado pelo Decreto nº 9,190, de 1º de novembro de 2017.

não é cabível também a entrega de tais serviços à prestação das organizações sociais, assim como autoriza o art. 1º, da Lei n.º 9.637/98. Informam que possibilitar esta prática acabaria fomentando “a quebra e a relativização do regime de Direito Público ao qual deveria submeter-se integralmente”²⁰². Defenderam ainda que os recursos destinados à educação devem ser integralmente utilizados nas escolas públicas. E, apenas em casos de caráter excepcional, estes fossem direcionados para outras entidades.

Quanto ao dever do Estado na prestação de serviços nas áreas de proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, e ainda de promover o acesso ao desenvolvimento científico e tecnológico, à pesquisa e a inovação, previstos nos art. 215, 216, § 1º, 218 e 225, da CRFB/88, os autores afirmaram que incumbe precipuamente ao Estado prestar os serviços nessas áreas. Sendo indiferente a possibilidade, trazida pela Constituição, da comunidade agir, em colaboração com o Poder Público.

O art. 218, da CRFB/88 atribuiu ao Estado o dever precípua de promover, e ainda incentivar “[...] o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Devendo assim ser promovido diretamente pelo Estado, por intermédio de instituições públicas, ou ainda, indiretamente, contudo, por intermédio ao fomento, o que também é incumbência das entidades públicas. Conforme apresentado pelo art. 218, § 5º, da CRFB/88, que autoriza a utilização de recursos públicos no fomento ao ensino e a pesquisa tecnológica. Assim aduz ser inconstitucional a descaracterização da natureza pública de competência precípua do ente público em prestar e fomentar tais serviços, repassando-os às organizações sociais.

Por fim, alegam os autores que não há na Lei n.º 9.637/98, requisitos que garantam o princípio da impessoalidade, em meio ao processo de qualificação das entidades, representando afronta direta aos princípios da Administração Pública. Sendo aferida ainda ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, e ao art. 37, *caput*, da CRFB/88, sendo os art. 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei n.º 9.637/98 inconstitucionais, vez que a conformação dada às organizações sociais neste diploma legal não se caracteriza como uma parceria, vez que as atividades das entidades privadas não seriam exercidas por sua conta e risco. Havendo na verdade, segundo os autores, uma flagrante substituição dos entes públicos por entes privados, na prestação de

²⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial da ADI 1.923-DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>. Acesso em 06 de novembro de 2017. pp. 51.

serviços, eximindo assim o Estado de suas atribuições, pela delegação de competências suas aos particulares. Assim, afastando-se da vinculação às normas de direito público.

Corrobora com essas afirmações o posicionamento adotado pela Lei n.º 9.637/98, ao formular as normas de composição do conselho administrativo das organizações sociais. Ao analisar o art. 3º, da Lei, é evidente a interferência estatal na esfera privada, de auto-organização da entidade. Ferindo assim as normas previstas no art. 5º, incisos XVII e XVIII, da CRFB/88, os quais vedam a interferência estatal, e ainda garantem a liberdade de associação. Já as competências do conselho de administração, apresentadas no art. 4º, incorreriam também em violação à Constituição, porquanto as competências elencadas seriam, na verdade, uma substituição àquelas exercidas pela Administração Pública. Ficando evidente a busca por um meio de “fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado”²⁰³. Sendo uma maneira de afastar a aplicação das normas de direito público às organizações sociais, fato esse que não poderia ocorrer, uma vez que as entidades estariam prestando serviços públicos.

3.1.2.a) Parecer da Advocacia-Geral da União - AGU

O Advogado Geral da União, Evandro Costa Gama, em seu parecer posicionou-se pela improcedência dos pedidos. Tendo por base, primeiramente, a inexistência de violação aos arts. 22, inciso XXVII, e 37, *caput* e inciso XXI, da CRFB/88, uma vez que incumbe à lei formular as hipóteses de dispensa de licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da CRFB/88²⁰⁴. Para a AGU a Lei das Organizações Sociais encontrava-se consoante ao disposto no art. 22, inciso XXVII, da CRFB/88, pois, incumbe à União a competência de legislar sobre normas gerais de licitação. Esclarece ainda que o contrato de gestão firmado entre o ente público e a organização, não seria de fato um contrato, em decorrência das suas características. Mas sim, se amolda a estrutura de um convênio, cabendo assim o afastamento da exigência de licitar. Informa ainda que a Lei das Organizações Sociais exige a adoção de

²⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 61.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da AGU - PG (Id. nº 204212/2009) na ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=1739668>>. Acessado em 05 de novembro de 2017. pp. 03.

procedimentos de natureza específica para a contratação, assim buscando respeitar o princípio licitatório.

Em defesa da Lei informa ainda inexistir ofensa ao art. 37, inciso II; e 40, incisos I, III, alíneas “a” e “d”, § 4º, da CRFB/88, pois, não haveria dentre os dispositivos da Lei das Organizações Sociais, nenhuma norma que infrinja o princípio da exigência concurso público, para a contratação de mão de obra, e acesso aos cargos e empregos da Administração Pública, conforme exigência do art. 37, inciso II, da CRFB/88, uma vez que “as organizações sociais não integram o sistema formal da Administração Pública, daí porque inaplicável a exigência de concurso público”²⁰⁵, devendo tão somente a subordinar-se, naquilo que é inerente à contratação, bem como remuneração da mão de obra, às regras próprias de direito privado. Ainda quanto aos direitos inerentes aos servidores cedidos às organizações sociais, os direitos referentes à aposentadoria integral, paridade de reajustes entre ativos, os inativos, e os pensionistas, previstos no art. 40, da CRFB/88, restariam preservados conforme art. 22, I, da Lei nº 9.637/98²⁰⁶.

Sobre a afirmação feita na inicial de ofensa aos arts. 49, inciso X; 70, parágrafo único; 71, incisos II e III; 74, incisos I, II, III e IV, § 1º e 2º, da CRFB/88, por parte da Lei nº 9.637/98, a AGU esclarece que a Lei apresenta diversos dispositivos referentes à fiscalização das organizações sociais, e ainda do controle exercido pelo Poder Público. Nestes termos, temos que os art. 8º e 9º, da Lei permitem a fiscalização do contrato de gestão pela Administração Pública diretamente, e ainda pelo TCU, além de “[...] inexistir qualquer óbice à atuação externa de outros órgãos competentes pelo controle administrativo”²⁰⁷. Sendo descabida a tese da defesa “[...] até porque tais entidades poderão utilizar-se de bens, dinheiro ou valores públicos pertencentes a entidades federais, o que tornaria aplicável, por si só, a regra contida no art. 70, parágrafo único, CF/88”²⁰⁸. Não apresentando ainda óbice às prerrogativas do MP, e o desenvolvimento das funções institucionais do MP, expressas no art. 129, da CRFB/88.

Quanto à execução de serviços públicos tais como saúde, educação, pesquisa, proteção do meio ambiente e fomento à cultura, previstos no art. 1º, da Lei 9.637/98, a AGU posicionou-se informando que:

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 09.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 10.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 11.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 11.

No âmbito de atuação das organizações sociais, inexistente qualquer determinação de prestação exclusiva pelo Estado dos serviços ali indicados; ao contrário, a Constituição determina, por exemplo que a assistência à saúde fique livre à iniciativa privada (art. 199). Na seara da educação, encontra-se dispositivo com idêntico teor (art. 209). Já em matéria ambiental, destaque-se a previsão do art. 225, segundo a qual o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, no art. 215, caput, da Carta, há previsão de que o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Assim, é lícito aos particulares desempenhá-los, independentemente de concessão. Informa ainda que a prestação destas atividades não é exclusiva do Estado, podendo deste modo, prestar auxílio financeiro às organizações sociais, para fomentarem tais áreas.

3.1.2.b) Parecer da Procuradoria Geral da República - PGR

O Procurador Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, apresentou parecer favorável a procedência parcial dos pedidos formulados na ADI. Observou que a Constituição determina a obrigatoriedade de prestação dos serviços de saúde e educação, por parte do Estado, admitindo ainda a prestação por particulares de forma complementar a atuação estatal. Esclarece que a Reforma Administrativa do Estado acabou por gerar um sistema normativo que acabou afastando o dever do Estado em promover os serviços públicos garantidos na Constituição. Tendo por justificativa a debilidade estatal na prestação, via de regra, destes serviços.

Inspirado no Plano de Reforma do Aparelho do Estado, o modelo impugnado dá chance a que o Poder Executivo se demita de prestar atividades no campo do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e da preservação ao meio ambiente, da cultura e da saúde, sob a justificativa de que sua atuação nesses campos e, via de regra, débil, a ser então melhor enfrentada e executada por organismos privados, que por sua natureza jurídica, teriam mais aptidão para gerir atividades nesses setores. O argumento formulado na petição inicial é o de que existem contradições nesse sistema, justificado na eficiência do modelo privado de regência, mas, ao mesmo tempo, abraçado a posições e figuras publicizadas, intermediadas por contratos de gestão, destinam verbas, bens e pessoal público para o cumprimento, pelas organizações sociais, de suas atribuições, como ainda a facilitada contratação pelo Poder Público desses agentes, que distinguindo-se

dos demais personagens econômicos, estão dispensados de participar de licitações²⁰⁹.

A PRG criticava ainda a Lei no tocante às áreas de atuação das organizações sociais. Pois, incumbe ao Estado à tarefa de aferir a necessidade intervenção e atuação em determinada área, e somente após essa análise que seria possível, caso necessário, abrir espaço para a atuação das organizações sociais, conforme a Lei nº 9.637/98. Contudo, verifica-se que na verdade a Lei apresentava como ator principal o particular, pois, este recorre ao Poder Público, buscando atuar em determinada área, e assim requerer sua habilitação para fomento neste setor.

Critica ainda a forma com que a Lei das Organizações Sociais possibilitou a juízo de conveniência do administrador público qualificar, e formular contrato de gestão com as organizações sociais. Esclarece que a forma de seleção das entidades privadas é arbitrária, não havendo sistema de controle e parâmetro para tanto. Neste sentido, a discricionariedade trazida pelo art. 2º II, da Lei nº 9.637/98, ao conferida ao gestor público, ou ao ministro de Estado do órgão responsável pela área do serviço prestado, a possibilidade de qualificação e formulação de contrato de gestão, caracteriza-se como afronta aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Em suma, a decisão da qualificação, ou não, de uma entidade como organização social, assim como o processo de lhe integrar o papel estatal, ainda que pela regência especial do contrato de gestão, deve atender a juízos racionais do agente público, juízo esse que possam ser controlados pelos interessados e, em especial, pela sociedade²¹⁰.

Logo, a PGR criticava a ocorrência da habilitação, antes da etapa de qualificação, visto que se trata de um passo técnico, o qual não deve ser formulado com base em critérios de ordem discricionária, sendo necessário a existência de controle. Ainda quanto ao contrato de gestão, a PGR defende que este somente deveria ser firmado após a realização de um processo público de deliberação, respeitando assim o princípio da isonomia.

Por último, manifestou a PGR pela inconstitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, bem como, entende ser inconstitucional o art. 2º, inciso II, da Lei 9.637/98, ao apresentar a expressão “[...] quanto à conveniência e oportunidade de sua

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer da PGR - PG (Id. nº 81555/2009) na ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=393838&prcID=1739668#>>. Acessado em 01 de novembro de 2017. pp. 10.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 19.

qualificação como organização social”. Ainda, quanto aos mecanismos de controle exercidos pelo TCU e MP, presentes nos art. 37, 71 e 129, da CRFB/88, recomendou a melhor análise dos art. 9º e 10, da Lei 9.637/98, amoldando estes aos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

3.1.2.c) Discussão e julgamento do mérito da ADI 1.923-DF

a) Voto do Ministro Relator Ayres Britto

Mesmo tendo sido ajuizada em dezembro de 1998, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade teve início apenas em 2011, com o voto do Relator, Ministro Ayres Britto. Além dos pareceres da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União, houve habilitação na forma de *amicus curiae*, e apresentaram sustentação oral o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, e ainda a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, reforçando as teses tanto de constitucionalidade, como de inconstitucionalidade, já apresentadas pela PRG e AGU.

O voto do Ministro Relator buscou ressaltar as violações constitucionais trazidas pela Lei das Organizações Sociais, especialmente aquelas que dizem respeito à prestação de serviço público, tais como as áreas de saúde, assistência pública, cultura, educação, ciência, proteção ao meio ambiente. Aponta o Ministro que estes serviços são de responsabilidade do Estado, entretanto, não são considerados exclusivos ao Estado. Sendo cabível a exploração por entes privados. Observa que deve-se considerar que sendo executadas pela iniciativa privada, será atividade privada, contudo sob amparo da relevância pública. Saliencia que existem serviços públicos que podem ser prestados por entes não estatais. Mas, mesmo sendo prestados por entes privados, mantém sua natureza pública. Assim, as atividades como a cultura, saúde, educação, ciência e tecnologia, e a proteção ao meio ambiente, são consideradas mistamente públicas e privadas, admitindo a atuação pelo Estado, bem como

pelo particular. Mas, sendo o fomento destas atividades atribuição indelegável do Poder Público, sendo permitida apenas a atuação de forma complementar das entidades privadas.

Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público. Noutro dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável. Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma “indireta”; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei “e sempre através de licitação” (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal.²¹¹

Para o Relator, a titularidade pela prestação dos serviços públicos é do Estado, podendo este derrogar a atuação a entes privados, via concessão ou permissão, precedido de licitação, ou ainda quando se tratar de serviços de relevância pública, repassar tal prestação a entidades privadas. Tendo por base este posicionamento, ressaltou entender inconstitucional o art. 20, da Lei n.º 9.637/97, que institui o PNP. Pois, desta forma, estaria, formulando um programa de privatização dos serviços públicos.

Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “Programa Nacional de Publicização”. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na “absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei” (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta²¹².

O Ministro compreende que a prestação dos serviços precipuamente públicos somente poderiam ser repassados aos entes privados, por intermédio da concessão e

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961&prcID=1739668#>>. Acessado em 01 de novembro de 2017. pp. 19.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, ibidem, pp. 45.

permissão, modelos esses que exigem a prévia realização de licitação. Assim, os art. 18, 19, 20, 21 e 22, da Lei das Organizações Sociais estariam permitindo a transferência para a iniciativa privada de todas as atividades elencadas no seu art. 1º, em substituição ao Poder Público, pois, ao invés de complementá-lo, conforme prevê os mandamentos constitucionais, estariam na verdade abrindo margem para a extinção das entidades da Administração, e a conseqüente absorção de suas atividades, estrutura física e servidores públicos, em detrimento do ente privado que pactue o contrato de gestão.

Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “absorção”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir²¹³.

Segundo o relator, o contrato de gestão celebrado com a organização social e o Poder Público, amolda-se, em linhas gerais, a natureza de um convênio, já que não existe, neste no contrato de gestão, interesses contrapostos. Logo, tratando-se de um convênio, não existe violação ao dever de licitar, não figurando neste sentido inconstitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93²¹⁴. Salienta ainda que a ausência de obrigatoriedade de licitar não afasta o dever de promover publicamente um processo administrativo, respeitando os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e ainda que seja capaz de trazer objetividade à qualificação das entidades em organizações sociais. Devendo ainda o administrador público apresentar no processo que a celebração do contrato de gestão com a iniciativa privada atenda o interesse público, ao apresentar-se mais vantajoso do que a execução do serviço pelo próprio ente estatal. Não havendo a devida realização de processo público de seleção das entidades privadas, que demonstraram estarem aptas a celebrar o contrato de gestão, conforme apresentado, restaria violado aqueles princípios que norteiam a Administração Pública, art. 37, da CRFB/88.

Tais pontos presentes neste processo administrativo público, devem ser utilizados como forma de motivação administrativa para justificar a seleção de determinado ente em

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, ibidem, pp. 32.

²¹⁴ Afere-se que o Relator refere-se à dispensa de licitação conferida pelo art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, no que concerna à escolha da entidade apta formar o contrato de gestão com o Poder Público. Não e não quanto à dispensa de licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”, conforme o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93.

detrimento dos demais que participaram da seleção. Nestes termos, o Relator apresentou-se favorável a declaração de inconstitucionalidade da discricionariedade permitida pelo art. 2º, inciso II, da Lei nº 9637/98, ao administrador público quando da escolha da entidade com a qual seja firmado o contrato de gestão. Acrescenta que uma vez preenchidos os requisitos trazidos pelos art. 2º, 3º e 4º, da Lei, as entidades já deveriam ser qualificadas como organizações sociais.

Quanto às alegações traídas na ADI sobre a inconstitucionalidade dos art. 4º, incisos V, VII e VIII; art. 7º, inciso II e art. 14, da Lei nº 9.637/98, no tocante a dispensa de realização de concursos públicos, como forma de contratação de mão de obra, bem como, a não fixação por lei dos vencimentos e salários pagos aos dirigentes das organizações. Aferiu o Ministro que não havia inconstitucionalidade nos art. 4º, incisos V, VII e VIII e art. 7º, da Lei das Organizações Sociais, uma vez que estas, mesmo que recebam recursos públicos, não integram a estrutura da Administração Pública. Assim, seus empregados não devem ser considerados empregados, ou servidores públicos. Restando dispensada seleção de mão de obra pela via do concurso público. Contudo, no tocante aos servidores cedidos, art. 14, afirmou existir inconstitucionalidade, pelo desrespeito ao art. 37, inciso X, da CRFB/88, certo que toda retribuição pecuniária devida aos servidores advém da lei, e, em respeito ao princípio da legalidade, o art. 14, § 1º e 2º, da Lei das Organizações Sociais, ao permitir o pagamento de vantagens, mesmo que advindas do ente privado, sem a devida previsão legal, restaria inconstitucional.

Em conclusão, decidiu o ministro pela procedência parcial dos pedidos:

Ante o exposto, voto pela procedência parcial desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com modulação [...]. Interpreto ainda, “conforme à Constituição” os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como “organização social”; b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão”.

b) Voto Vista do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux analisou em seu voto vista²¹⁵ inicialmente as alegações de ofensa à forma de prestação dos serviços públicos pelas organizações sociais. Observou que a Constituição Federal, no que concerne a prestação dos serviços nas às áreas de cultura, ciência e tecnologia, e meio ambiente, determina que são deveres do Estado, bem como da sociedade. Já quanto aos serviços de saúde e educação, são atribuições do Estado, no entanto, livres à participação da iniciativa privada.

Assim, utilizando-se do conceito doutrinário de serviços públicos não exclusivos, justificou que tanto a Administração Pública, como a iniciativa privada podem, concomitantemente, promover tais atividades. Assim, pertencendo à titularidade de prestação a ambos. Sendo dispensada a realização de atos de permissão e concessão por parte do ente estatal.

Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que “se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público”, e “*se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública*”, citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 – **seguridade social** –, 197, 199, §§ 1º e 2º – **saúde** –, 202, *caput* e § 3º – **previdência privada** –, 205, 209, *caput*, 213, *caput* e §§ 1º e 2º – **educação** –, 216, §1º – **cultura** –, 218, *caput* e § 4º – **desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas** –, dentre outros.

Para o Ministro, está bem sedimentado na jurisprudência do STF que a prestação de serviços públicos sociais, não exclusivos, por entidades privadas não descaracteriza a configuração de serviço público. Entendimento esse já exarado na ADI nº 1.266 - BA.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acessado em 02 de novembro de 2017.

educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL- 02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)²¹⁶.

É neste sentido que o Ministro Fux afirmou que as organizações sociais, quando executam atividades voltadas ao interesse público, como aquelas elencadas no art. 1º, da Lei das Organizações Sociais, não atua por intermédio da delegação, ou em virtude do contrato de gestão. E, sim, em decorrência de direito próprio de prestar serviços não privativos. Logo, não há empecilho constitucional para a atuação do particular na prestação destes serviços. Na verdade existe estímulo para o fomento, não havendo renúncia da titularidade pelo Poder Público dos seus deveres constitucionais. Existindo neste sentido, ou a atuação do ente público na prestação do serviço de forma indireta, por intermédio do fomento das atividades. Restando, contudo, a regulação da participação do particular em tais áreas. Não havendo ofensa, por parte dos art. 18 a 22, da Lei nº 9.637/98, ao disposto no art. 175, da CRFB/88.

No que concerne ao dever constitucional de licitar, entendeu não se aplicar a obrigatoriedade licitar, na fase de qualificação das organizações sociais. Certo que não há neste sentido a realização de um contrato. Desta forma, para o Ministro Fux, basta para a qualificação como organização social, a atribuição de título jurídico de legitimação da entidade, que, posteriormente firmado o contrato de gestão, passa a usufruir de certos benefícios. Justificando seu posicionamento, trás a lição de Alexandre Santos de Aragão, esclarecendo que:

A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público 'contratante' possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único),

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI nº 1.266 - BA**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385464>>. Acessado em 03 de novembro de 2017.

e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito. Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749)²¹⁷.

Divergindo do Ministro Ayres Britto, o Ministro Fux, quanto à suposta discricionariedade para a concessão de qualificação às organizações sociais, conforme art. 2º, inciso II, da Lei das Organizações Sociais, posicionou-se quanto à constitucionalidade do dispositivo, uma vez que, que não há necessariamente a existência de disputa entre interessados. Ficando condicionado o procedimento de qualificação “(i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo”²¹⁸. Complementa esclarecendo que:

Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional. No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais.

Preservando-se nestes termos a devida motivação dos atos administrativos, sendo a forma viável para o controle dos atos produzidos pelo Poder Público. Sendo a motivação do ato administrativo o limitador da atuação do administrador público. Logo, a discricionariedade quanto previsão de desqualificação de uma entidade, art. 16, § 1º, da Lei nº 9.637/98, prescinde da formação de um procedimento administrativo, no qual seja garantido o contraditório e a ampla defesa. Assim, observado o dever de motivar os atos administrativos,

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acessado em 02 de novembro de 2017. pp. 74.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Idem, *ibidem*, pp. 67.

não há ilicitude na ausência de procedimento licitatório para promover a qualificação da entidade, bem como sua desqualificação.

Quanto à ausência de procedimento licitatório para a celebração do contrato de gestão, entende não haver inconstitucionalidade. Uma vez que, mesmo que a prática legislativa tenha atribuído ao instrumento, o nome de contrato de gestão, este não é uma espécie de contrato. Figurando na verdade como convênio, em decorrência da conjugação de esforços, visando objetivos comuns tanto ao ente público, como à organização social. Logo, não havendo a formulação de um contrato, fica afastada a obrigação constitucional de licitar, art. 37, inciso XXI, da CRFB/88. Assim, segue o mesmo entendimento do Relator, ao interpretar o instrumento contrato de gestão como sendo uma figura diversa da contratual, visto que não existe nele interesses contrapostos. Todavia, o Ministro Fux salientou que ainda que não haja a obrigatoriedade de licitar, é inafastável o dever de observância dos princípios constitucionais. Indica neste sentido, a necessidade do ente público em realizar procedimento público impessoal, que siga critérios objetivos para formulação do contrato de gestão, pois, o referido contrato envolve repasse de verba pública, como ainda a cessão de servidores, e bens públicos.

Quanto à dispensa de licitação conferida pelo art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, defendeu não existir contrariedade a Constituição, vez que a dispensa de licitação, neste caso, segue a “função regulatória da licitação²¹⁹”, buscando, neste sentido, fomentar a atuação das organizações sociais. Sendo cabível ainda tal posicionamento ao art. 12, § 3º, da Lei das Organizações Sociais, pois permite a utilização de bens públicos pelas organizações sociais, dispensando para tanto a realização de licitação, seguindo a mesma lógica de promoção ao fomento.

[...] nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a

²¹⁹ As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. (Relatório do Acórdão da ADI nº 1.923-DF).

necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93²²⁰.

Por fim, analisando o último ponto quanto ao processo licitatório, a dispensa da exigência de licitar por parte das organizações sociais quando da contratação com terceiros, nas quais sejam utilizadas verbas públicas para contratar²²¹. O Ministro aduz não haver inconstitucionalidade, pois as organizações sociais são entidades privadas, logo, não integram a Administração Pública. Entretanto, em decorrência dos repasses de recursos públicos, a utilização de bens públicos, e ainda a cessão de servidores, enquadra as organizações sociais em um regime jurídico que apresenta a exigência quanto ao respeito aos princípios que regem a Administração Pública. Informa ainda que nos termos do art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 9.637/98, embora dispensada da licitar, a organização social deve formular regulamento próprio versando sobre a contratação, formulado sob as bases de regras objetivas e impessoais.

Quanto aos colaboradores contratado pelas organizações sociais, asseverou o Ministro que trata-se de empregados privados, e não servidores públicos. Assim, não havendo a necessidade de sua remuneração se lastrear por previsão em legal. Ainda neste sentido, sendo trabalhadores privados, não há exigência da realização de concurso público para sua seleção. O que, de todo modo, não afasta, segundo o Ministro Fux, a realização de um processo seletivo impessoal e objetivo, contudo, sem os rigores inerentes ao concurso público.

Quanto ao art. 14, § 3º, da Lei 9.637/98, que versa sobre os servidores públicos cedidos, entendeu não haver violação à Constituição. Visto que, o servidor, mesmo cedido tem a garantia da preservação de sua remuneração, inerente ao cargo origem. Abrindo divergência do voto do Ministro Ayres Britto, Fux entendeu constitucional o art. 14, §1º e 2º, da Lei nº 9.637/98, aduzindo para tanto ser possível que o ente privado pague vantagens pecuniárias aos servidores públicos cedidos. Sendo possível a utilização de recursos próprios, ou ainda, públicos, provenientes do contrato de gestão. Contudo, nesta última hipótese o pagamento só será constitucional apenas no caso de “[...] adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, conforme art. 14, §2º, da Lei. Esclarece que tal

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acessado em 02 de novembro de 2017. pp. 79.

²²¹ Art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, “XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

entendimento está em conformidade com a Constituição, pois a exigência de previsão legal da remuneração dos servidores em lei está vinculada ao pagamento deste por entidades da Administração direta e indireta, conforme os art. 37, inciso X e 169, §1º, da CRFB/88.

Quanto à alegação de afastamento do controle exercido sobre as entidades privadas, por parte do TCU, defendeu o Ministro Fux que o termo “privativo” apresentado no art. 4º, da Lei 9.637/98, refere-se tão somente a estrutura interna da organização social. Assim, não afastando a competência de controle e fiscalização por parte do TCU. Não havendo também óbice à atuação do MP, pois, o art. 10, da Lei das Organizações Sociais apresenta o dever de representação por parte dos responsáveis pela fiscalização interna da organização, assim, por dedução lógica, permitida também a atuação de ofício do MP.

O termo “privativo”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos art. 2º, I, f, art. 4º, IX e X, art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9º e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do parquet no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal²²².

Sobre a alegação de interferência do Estado nas associações, e, por conseguinte a perda de sua autonomia, ou seja, violando ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, da CRFB/88. Salientou o Ministro que esta é uma intervenção condicionada, a qual somente ocorrerá caso a associação tenham interesse as exigências elencadas na Lei n.º 9.637/98, para sua devida habilitação como organização social, e formulação de contrato de gestão. Não havendo que se falar em inconstitucionalidade da lei neste sentido.

Termos em que restou como voto vencedor, ao julgar os pedidos parcialmente procedentes, dando interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98, e ao art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, vinculando assim os procedimentos de qualificação, celebração do contrato de gestão, bem como as hipóteses de dispensa de legislação, a

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI nº 1.923 - DF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acessado em 02 de novembro de 2017. pp. 82.

permissão de uso de bem público, e ainda os contratos celebrados com terceiros, seleção de pessoal, sejam estes conduzidos de forma objetiva e impessoal, atendendo ao princípio da publicidade, bem como àqueles ditames principiológicos da Constituição. Afastando ainda quaisquer interpretações restritivas ao controle da aplicação de verbas públicas, pelos órgãos de controle e fiscalização.

Assim, julgada constitucional a Lei nº 9.637/98, os estados membros, por sua vez, editaram legislação similar versando sobre a atuação das organizações sociais no âmbito local. É, neste sentido, que passo a analisar a atuação destas organizações no Distrito Federal, por intermédio da Lei Distrital nº 4.081/08.

3.2. A legislação e atuação das organizações sociais no Distrito Federal

No Distrito Federal a Lei Distrital nº 4.081, de 4 de janeiro de 2008, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais para atuação local. Seguindo em grande parte as normas estatuídas pela Lei Federal nº 9.637/98. A referida lei distrital é regulamentada atualmente pelo Decreto nº 29.870, de 18 de dezembro de 2008.

Em seu art. 1º, a Lei apresenta que por ato do Governador o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional, à ação social, à defesa do consumidor, à saúde, ao esporte, à agricultura e ao abastecimento. Desde que obedecidos os critérios impostos pela referida lei.

Nos termos do art. 5º, da Lei 4.081/08 aferimos que o ente público, juntamente com o ente privado, qualificado como organização social, celebrarão contrato de gestão, com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º, trazendo no contrato de gestão as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. O art. 6º, § 1º, informa que a contratação da entidade e celebração do contrato de gestão serão precedidos da apresentação de um projeto básico, bem como de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93. Distinguindo-se neste ponto da legislação federal.

Já o art. 7º, da Lei Distrital nº 4.081/08 trás os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e economicidade como de dever obrigatório na elaboração do contrato de gestão. Princípios esses já bem articulados no julgamento da ADI nº 1.923 – DF.

No tocando a absorção dos serviços públicos, conforme Programa Nacional de Publicização, a Lei Distrital é mais discreta, visto que em seu art. 19, proíbe a transferência das atividades públicas de natureza permanente do Poder Público para as pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organização social. Definindo ainda no art. 20, a necessidade de vinculação do contrato de gestão a um projeto com prazos determinados de duração, não podendo ainda extrapolar o período de vigência do Plano Plurianual do Distrito Federal. Reforçando esse posicionamento mais restritivo, o art. 21, da Lei, limita as contratações às atividades complementares do Estado, bem como aos programas que possuem natureza transitória. Proibindo assim a utilização do contrato de gestão para preenchimento de atividade fim no serviço público do Distrito Federal.

Distintamente da legislação federal, a legislação local criou o Conselho de Gestão das Organizações Sociais. Vinculando este à Secretaria de Estado de Governo. Atribuindo a ele a roupagem de órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de analisar e propor a qualificação e a desqualificação de entidades civis sem fins lucrativos como organizações sociais. Bem como atribuiu ainda a prerrogativa de monitoramento dos contratos de gestão firmados com as entidades, e ainda deu poderes de avaliação quanto aos resultados estatuídos nos contratos de gestão.

Contudo, mesmo apresentando-se como uma legislação mais conservadora, a Lei das Organizações Sociais no âmbito do Distrito Federal foi alvo da ADI distrital nº 2009.00.2.012305-3, de relatoria do Desembargador Lecir Manoel Da Luz, processada e julgada pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Na referida ADI a Procuradoria Geral de Justiça do Distrito Federal – PGJ/DF argumentava a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 4.081/08, em seu texto original, e ainda, das alterações trazidas pela Lei Distrital nº 4.110, de 23 de março de 2008, referentes às diversas hipóteses de não aplicação de mandamentos da Lei nº 4.081/08 para a gestão e execução dos serviços de saúde no Hospital Regional de Santa Maria – HRSM. Violando deste modo os art. 3º, inciso VI; 15, inciso VI; 19, *caput*; 26; 48; 49; 51 e 151, inciso IV, da Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF.

Busca a Procuradoria de Justiça do DF deste modo, a declaração de “inconstitucionalidade material dos principais dispositivos da Lei 4.081/2008 – artigos 1º, 4º, inc. VIII, 6º, § 1º, 9º, 13, 14, 17, 18, 19, 20 e 21 – bem como da Lei distrital 2.177/98 – artigos 1º a 5º, 8º a 19, 21, 23, 25 a 28, e, por arrastamento, as demais disposições [...]”. Dirigindo assim a ação,

[...] não só à Lei em vigor, mas também em relação às normas revogadas por esta, a fim de se evitar a repristinação de normas igualmente inconstitucionais, expressamente revogadas, bem com a subsistência de normas secundárias, que perderiam o sentido após a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos principais das normas impugnadas.

3.2.1. ADI distrital nº 2009.00.2.012305-3

Inicialmente o autor alegou a existência de inconstitucionalidade quanto o acréscimo de outras áreas de atuação, por parte das organizações sociais, além daqueles presentes na Lei Federal nº 9.637/98. Esclarece que em âmbito federal a regulamentação trazida pelo art. 1º, da Lei nº 9.637/98, apresenta como áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde, preservação e proteção do meio ambiente. Contudo, o legislador distrital, no art. 1º, da Lei Distrital nº 4.081/08, foi além, violando a harmonia federativa, ao prover ainda a atuação das organizações também nas áreas “[...] institucional, da flora e da fauna, ação social, defesa do consumidor, esporte, agricultura e ao abastecimento”. Termos em que foi julgado procedente o pedido autoral, declarando-se inconstitucional as expressões contidas no 1º da Lei Distrital, que afastam-se do modelo federal, por violação ao art. 26, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O art. 3º, parágrafo único, da Lei Distrital nº 4.081/08, acrescido pela Lei Distrital nº 4.110, de 24 de maro de 2008, também foi alvo do pedido de inconstitucionalidade. Conforme apresenta-se, o artigo mencionado normatiza que o Conselho de Administração da organização social deve ser estruturado conforme as bases lançadas pelo respectivo estatuto, e para tanto, apresenta diversos requisitos de qualificação em seus incisos. Contudo, o parágrafo único, do referido artigo, roga que o disposto quanto às regras de estruturação do Conselho de

Administração, não devem ser aplicadas para a “[...] contratação de organização social para a gestão e execução dos serviços de saúde no Hospital Regional de Santa Maria.”.

Entendeu o Relator que tal norma é incompreensível, uma vez que é condição basilar para a devida qualificação como organização social, a existência de um Conselho de Administração, conforme art. 3º, da Lei 4.081/08. Que a referida norma apenas teria sentido se houvesse a possibilidade de outra forma de entidade, que não fosse organização social, poder gerir o Hospital Regional de Santa Maria – HRSM. Assim, aferiu a patente inconstitucionalidade art. 3º, parágrafo único, por afronta aos art. 19, *caput*, 26, 48, 49 e 51, da LODF. Visto terem sido violados essencialmente os princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade, motivação e do interesse público.

Ainda foi pedida a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º, quanto ao termo “a contratação da entidade”. Pois, encontra-se em desacordo com a exceção trazida pelo art. 24, inciso XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93. Vez que a legislação federal apenas autoriza a dispensa de licitação “[...] para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais”. Termos em que foi julgado procedente, acolhendo o pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão referida, pois, encontrava-se em desrespeito com a legislação federal, art. 26, da LODF.

Alega a Procuradoria de Justiça que também há inconstitucionalidade do art. 7º, § 1º, da Lei Distrital 4.081/08, pois este dispositivo permite a possibilidade de ampliação do objeto do contrato de gestão pelos Secretários e autoridades supervisoras das áreas de atuação das entidades. Ofendendo assim os princípios administrativos contidos no art. 19, da LODF. Entretanto, o Desembargador Relator posicionou-se pela constitucionalidade da ampliação do contrato de gestão, entendendo que trata-se de uma modalidade que garante maior flexibilidade aos contratos celebrados entre a Administração Pública e a organização social, sendo natural a existência de ajustes na elaboração do contrato de gestão, conforme apresenta o art. 7º, *caput*, visando assim a melhor execução do programa de trabalho executado pela organização social contratada. Ressalvando, contudo, que somente há a possibilidade de ampliação do objeto do contrato após a sua celebração. Não, sendo possível durante a fase elaboração.

A Procuradoria de Justiça busca ainda a declaração de inconstitucionalidade do art. 13, da Lei Distrital²²³, alegando a violação aos art. 26, 48, 51 e 151, *caput* e inciso IV, da LODF.

Art. 26. Observada a legislação federal, as obras, compras, alienações e serviços da administração serão contratados mediante processo de licitação pública, nos termos da lei.

Art. 48. O uso de bens do Distrito Federal por terceiros poderá ser feito mediante concessão administrativa de uso, permissão ou autorização, conforme o caso e o interesse público, na forma da lei.

Art. 49. A aquisição por compra ou permuta, bem como a alienação dos bens imóveis do Distrito Federal dependerão de prévia avaliação e autorização da Câmara Legislativa, subordinada à comprovação da existência de interesse público e à observância da legislação pertinente à licitação.

Art. 51. Os bens do Distrito Federal destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, respeitadas as normas de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico, e garantido o interesse social.

Art. 151. São vedados:

[...]

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determina o art. 212 da Constituição Federal, bem como a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, prevista no art. 165, § 8º da Constituição Federal.

Entretanto o Desembargador Relator não vislumbrou violação aos preceitos da Lei Orgânica mencionados, vez que a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos para a execução das atividades desenvolvidas pelas organizações sociais, estão sob a baliza do contrato de gestão, pela sua prévia qualificação. Logo, estando à entidade voltada para a estrita execução do objeto do contrato de gestão, ou seja, a devida prestação de serviço público, bem como estando esta sob o controle e fiscalização exercidas pelo Tribunal de Contas e do Ministério Público, é descabida a exigência de licitação para o exercício regular de suas atividades “[...] bem como a negativa de dotação orçamentária, utilização de bens públicos mediante permissão de uso (§ 3º do art. 13) e cessão de servidores, observando-se, na última hipótese, a compatibilidade dos direitos, deveres e restrições impostas aos servidores públicos”²²⁴.

Por último, a PGJ-DF buscou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 18, da Lei 4.081/08, visto que dispensava os serviços sociais autônomos, instituídos por legislação federal, de vários requisitos, para fins de qualificação como organização social. O

²²³ Art. 13. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **ADI nº 2009.00.2.012305-3**. Voto do Desembargador Relator Lecir Manoel Da Luz. pp. 66. DJ/TJDFT de 19 de outubro de 2010.

Desembargador Relator aferiu que no modelo federal não há a mesma equiparação entre os Serviços Sociais Autônomos e as organizações sociais. Até mesmo porque, embora tenham objetivos semelhantes na prestação de serviços educacionais e de assistência, o Sistema “S” é ligado a categorias profissionais que arcam com sua manutenção, por intermédio de contribuições compulsórias, assim apresentando perfil institucional diverso das organizações sociais. Ressalta ainda o magistrado que as entidades privadas que buscam sua qualificação como organizações sociais devem atender sem ressalva, aqueles requisitos específicos trazidos na lei, visto que estes requisitos servem essencialmente para conferir legitimidade às entidades, trazendo segurança ao patrimônio público por elas gerido. Sendo inconstitucional a previsão legal de qualificação de outras entidades, que possuam natureza e regime institucional distinto, que não se amolde ao modelo criado especificamente para as organizações sociais.

Termos esse que foram julgadas parcialmente procedentes as alegações de inconstitucionalidade. Restando do seguinte modo a decisão:

Pelos motivos expostos, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, para declarar, com efeito *ex nunc* e eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade das expressões “e institucional, da flora e da fauna”, “ação social”, “defesa do consumidor”, “esporte”, “agricultura e ao abastecimento”, contidas no artigo 1º; a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º; a inconstitucionalidade da expressão “A contratação da entidade” contida no §1º do artigo 6º; e a inconstitucionalidade do artigo 18, todos da Lei 4.081/08, com a redação dada pela Lei nº 4.249, de 14 de novembro de 2008.

No que se refere às leis revogadas, por consequência lógica, declaro inconstitucional as expressões “e institucional”, “ao trabalho e à educação profissional”, “à ação social” e “à defesa do consumidor” contidas no artigo 1º da Lei nº 2.415/99, com a redação dada pela Lei nº 2.523/2000. Quanto às disposições contidas nas demais leis revogadas, permanecem revogadas por força da prevalência dos dispositivos mantidos íntegros da Lei nº 4.081/08.

Nota-se que a legislação distrital quanto à qualificação das organizações sociais, em seu texto original²²⁵, apresenta-se como mais conservadora que a lei federal. Contudo, o Distrito Federal ao longo dos anos em que a Lei Distrital nº 4.081/08 possibilitou a qualificação de organizações sociais, e a formulação do contrato de gestão, experimentou experiências exitosas, bem como outras marcadas pela ingerência, desvio de verbas e má gestão dos bens e do dinheiro público, especialmente quanto à atuação de tais entidades no

²²⁵ Trago essa ressalva, pois a Lei Distrital nº 4.110, de 24 de março de 2008, trouxe alterações que buscavam excepcionar a aplicação de algumas regras a contratação de organização social que promoveria a execução dos serviços de saúde no Hospital Regional de Santa Maria – DF. Sendo tais alterações julgadas inconstitucionais.

setor da saúde pública.

Assim, passo a analisar algumas entidades que celebraram contrato de gestão com o Distrito Federal para prestarem o serviço de saúde, Real Sociedade Espanhola e Cruz Vermelha.

3.3. Experiências de atuação das organizações sociais no Distrito Federal

3.3.1. Real Sociedade de Beneficência Espanhola - RSBE

Por intermédio do Decreto nº 29.894, de 23 de dezembro de 2008, o Governador do Distrito Federal, qualificou como organização social a entidade Real Sociedade de Beneficência Espanhola - RSBE, CNPJ nº 15.113.103/0001-35, com sede em Salvador Bahia, para a execução de projetos e programas na área da saúde. Vindo a firmar o Contrato de Gestão nº 01/2009, em 21 de janeiro de 2009, com a entidade, ainda sob a égide da Lei Distrital nº 4.110, de 24 de março de 2008, que excepcionava alguns pontos da Lei Distrital nº 4.081/08, para a prestação de serviços de saúde no Hospital Regional de Santa Maria - HRSM²²⁶, no valor R\$ 103.505.616,23 (cento e três milhões quinhentos e cinco mil seiscientos e dezesseis reais e vinte e três centavos).

Ainda no ano de 2009, quando do início da execução do contrato, a RSBE, subcontratou diversas empresas para a execução dos diversos serviços existentes no Hospital de Santa Maria. Dentre as empresas subcontratadas, Intensicare Gestão Em Saúde LTDA, com sede em Goiânia – GO, celebrou contrato com a RSBE para a prestação dos serviços de alta complexidade na unidade de terapia intensiva – UTI (Contrato n.º 14-A/2011).

Frente a essa flagrante situação se subcontratação, o Ministério Público do Distrito Federal – MPDFT, entrou com duas ações civis públicas, visando declarar nulos os contratos²²⁷. Aferindo-se severas irregularidades nos acertos feitos pela organização social, em ambos os processos houve a procedência da ação. No primeiro para declarar nulo o pregão eletrônico realizado pela RSBE e o consequente contrato firmado entre a organização e a

²²⁶ Conforme já trabalhado, a referida Lei Distrital foi declarada inconstitucional pela ADI nº 2009.00.2.012305-3 – TJDF, por violar os princípios da moralidade e impessoalidade.

²²⁷ Processo nº 2009.01.1.098715-4 – TJDF, e Processo nº 2009.01.1.048713-4 – TJDF.

Intensicare. Já a segunda ação teve por objeto a declaração da nulidade do contrato de gestão firmado entre o Distrito Federal e a RSBE. Conquanto, nas palavras do MP, mesmo diante de tais provimentos, estes “[...] chegaram tarde: os contratos já haviam sido extintos. Em outras palavras, a sociedade, representada pelo MPDFT, ganhou mas não levou”²²⁸.

Aferindo-se diversas irregularidades na execução do contrato de gestão, o Governador do Distrito Federal, atendendo as recomendações do Ministério Público, e Tribunal de Contas do DF, por intermédio do Decreto nº 33.609, de 11 de abril de 2012, revogou o Decreto nº 29.894, de 23 de dezembro de 2008, retirando a qualificação de organização social da RSBE, findando o Contrato de Gestão nº 01/2009. Vindo assim a assumir de forma abrupta os serviços de saúde do Hospital Regional de Santa Maria.

Contudo, o Distrito Federal - DF deparou-se com a seguinte situação, rompeu contrato de gestão que tinha firmado com a RSBE, entretanto, durante o contrato a organização social subcontratou diversos serviços, e um deles com a Intensicare, para gerir o serviço de UTI. Assim, justificando situação emergencial, visto que a saída dos profissionais da Intensicare acarretaria risco de vida, e certamente a morte de pacientes, o DF sob utilizou-se do mecanismo de contratação direta, previsto no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, mantendo a referida empresa na prestação dos serviços (Contrato 14-A/09). Ressalta-se que a decisão que determinou a continuidade dos serviços, Processo 2010.01.1.146185-a, trazia a ressalva de temporalidade, não devendo se perdurar por muito tempo esta situação²²⁹.

Afere-se que em decorrência da falta de zelo do gestor público em qualificar e contratar organização social, a saúde pública da região de Santa Maria, toda rede instalada da Secretaria de Estado de Saúde do DF – SES/DF, encontrava-se em situação de completa terceirização dos serviços de unidade de terapia intensiva.

O contrato emergencial com a Intensicare findou em 16 de outubro de 2011, contudo, os gestores da saúde do DF passaram a realizar pagamento à empresa, sem a cobertura contratual até 15 de novembro de 2011, momento este que veio a realizar novo contrato emergencial, novamente sem licitação (Contrato 164/11), permanecendo em vigor

²²⁸ Ação Civil Pública - Distribuição por dependência ao **Processo nº 2014.01.1.143417-3**. 5º Vara da Fazenda Pública do DF. Apresentada em 11 de novembro de 2016. pp. 02.

²²⁹ [...] haja vista intolerável retardamento injustificado, pois situações excepcionalizadas encerram por urgentes e impostergáveis providências, sob pena de violação dos regramentos norteadores dos atos administrativos. Processo nº 2010.01.1.146185-a. 8ª Vara de Fazenda Pública do DF.

até 13 de maio de 2012. Em expressa violação aos art. 54, e 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/90, bem como ao art. 63, da Lei nº 4.320/64, e art. 40, do Decreto Distrital nº 31.605/10, que veda a realização de serviços sem a competente formalização contratual.

Complementa o Ministério Público do DF informando que:

Novamente durante a vigência do contrato os gestores da SES/DF não realizaram regular licitatório, tampouco estruturaram ou realizaram planejamento prévio para que não houvesse nova contratação direta ou pagamentos sem cobertura contratual. Simplesmente, novamente, cruzaram os braços. Finda a vigência deste novo contrato os serviços à INTENSICARE foram pagos, mais uma vez, sem cobertura contratual, alcançando o exercício de 2013, quando foi celebrado outro Contrato aparentemente Emergencial 220/13 (documento 08), cujo valor semestral fixo e irrevogável foi fixado em R\$ 23.129.049,62.

O prazo do ajuste supostamente emergencial, que era de 180 dias, foi prorrogado por mais 60 dias, mediante Termo Aditivo (documento 09), findando em agosto de 2014.

Até hoje, o DF vem permitindo que os serviços prestados pela INTENSICARE na área de Terapia Intensiva no Hospital Regional de Santa Maria sejam prestados sem contrato, situação que permanece até o momento.

Assim, vê-se, lamentavelmente, que a situação do serviço de UTI no HRSM nunca chegou a ser equacionada pela SES/DF, uma vez que a gestão de leitos de terapia intensiva naquela unidade de saúde desde 2009 é ofertada de forma precária e antijurídica, ora mediante insólitos contratos emergenciais, ora sem qualquer cobertura contratual. Neste último caso as faturas devidas vem sendo pagas como despesas indenizatórias, ao largo de qualquer solução definitiva²³⁰.

Assim, até o momento da distribuição da ação civil pública, 11 de novembro de 2016, o Distrito Federal não havia solucionado a situação criada ainda em 2011. Promovendo um regime paralelo de observância aos princípios que gerem a Administração Pública, o Distrito Federal estendeu ainda a cobertura contratual, sem licitação, para os serviços do Centro Obstétrico e Maternidade do HRSM. Vindo a serem oferecidas Ações de Improbidade Administrativas nº 2014.01.1.140038-5, e 2014.01.1.185792-6, pelo MPDFT, em desfavor do Distrito Federal, e ainda Ação Civil Pública nº 2014.01.1.140033-6, pleiteando a retomada destes serviços pela SES/DF, com procedência do pedido.

Ainda, o TCDF condenou as repetidas contratações feitas pelo DF, no Processo nº 29744/11, afirmando “que a contratação de serviços de saúde inerentes à sua área de atuação, para os quais possui quadro próprio de pessoal, representa desvio à regra do concurso público,

²³⁰ Ação Civil Pública - Distribuição por dependência ao **Processo nº 2014.01.1.143417-3**. 5º Vara da Fazenda Pública do DF. Apresentada em 11 de novembro de 2016. pp. 08-09.

insculpida no inc II do artigo 37 da Constituição Federal, c/c o inciso II do art. 19 da Lei Orgânica do DF”.

Atualmente no Processo nº 15.673/2016e – TCDF, foi apurado que em 2009, foram empenhados 40 milhões à organização social RSBE (Processo nº 16.192/2010), e que até este ano tal processo ainda encontrava-se em fase de citação, vez que a RSBE encerrou suas atividades em Salvador/BA, em setembro de 2014. Fato esse que fez com que o MPDFT ajuizasse ação de improbidade administrativa, cobrando o ressarcimento de prejuízos. Já quanto à prestação de contas de 2010, objeto do Processo nº 14.437/2011 – TCDF, afere-se o prejuízo de cerca de 94 milhões aos cofres do Distrito Federal²³¹.

Assim, ressalva o MPDFT que os referidos fatos sirvam de alerta, pois, toda a problemática gerada adveio da falta de critérios específicos para a qualificação como organização social, e neste caso potencializado pela Lei Distrital nº 4.110, de 24 de março de 2008, ao flexibilizar a forma de qualificação e contratação para a prestação dos serviços no HRSM. Adverte ainda que

[...] Certamente se houvesse fiscalização empreendida nos aludidos contratos, seriam poupados recursos públicos, bem como a própria sociedade que amargou prejuízos em razão da falta de qualidade dos serviços prestados pela referida Organização Social que quarteirizou os serviços para a INTENSICARE e pela ameaça constante de suspensão da prestação de serviços públicos de saúde na área de leitos de UTI, terapêutica extremamente escassa na rede pública do DF, especialmente nos últimos três anos²³².

3.3.2. Cruz Vermelha Brasileira – Filial do Município de Petrópolis

Por intermédio do Decreto nº 30.837, de 25 de setembro de 2009, o Governador do Distrito Federal, qualificou como organização social, a entidade Cruz Vermelha Brasileira – Filial do Município de Petrópolis, CNPJ nº 08.560.973/0001-97, com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ, para a execução de projetos e programas na área da saúde. Contudo, por

²³¹ TRIBUNAL DE CONTRAS DO DISTRITO FEDERAL. **Processo nº 15.673/2016e**, Parecer nº 491/2017, de 07 de junho de 2017, apresentado pela Procuradora do Ministério Público de Contas, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. pp. 03.

²³² Ação Civil Pública - Distribuição por dependência ao **Processo nº 2014.01.1.143417-3**. 5º Vara da Fazenda Pública do DF. Apresentada em 11 de novembro de 2016. pp. 05.

intermédio do Parecer nº 234/10 a Procuradoria Geral do Distrito Federal – PGDF posicionou-se pela anulação do ato praticado²³³, vez que entendia ser necessária a oitiva do Conselho de Saúde do Distrito Federal (Lei nº 8.142/90) para a devida qualificação de interesse da saúde, contudo, não sendo atendida. Vindo a ser firmado, sem processo licitatório, Contrato de Gestão nº 001/2010 e 002/2010, em 02 de maio de 2010, poucos meses após a qualificação como organização social, para gerir os serviços de saúde das Unidades de Pronto Atendimento – UPA da cidade de São Sebastião, e Recanto das Emas.

Contudo, logo após ser firmado contrato de gestão, e já ter havido repasses a entidade, os quais ocorreram antes do início da prestação dos serviços, em auditorias realizadas pela Secretaria de Estado de Saúde do DF – SES/DF, e o Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF, foi aferida irregularidades no contrato e no projeto básico de execução dos serviços. Vindo os contratos de gestão a serem rescindidos unilateralmente, em 17 de setembro de 2010, pelo Distrito Federal, tendo por base os art. 78, inciso I, e 79, inciso I, da Lei nº 8.666/90, por descumprimento do contrato firmado. Vindo a entidade a ser desqualificada por intermédio do Decreto nº 30.837, de 20 de abril de 2011.

Ocorre que neste curto período que a organização estava coberta pelo contrato de gestão, veio a receber dos cofres públicos R\$ 3.463.130,80 (três milhões quatrocentos e sessenta e três mil cento e trinta reais e oitenta centavos). Nos autos do Processo nº 2014.01.1.198406-9, da 1ª Vara Criminal de Brasília – TJDF, foi identificado que o valor transferido a organização social foi depositado em duas contas distintas, vinculadas à entidade, e que estas foram totalmente esvaziadas por intermédio de transferência para contas desconhecidas. Ao todo foram identificadas 77 operações de transferência, tanto para pessoas físicas, como jurídicas.

Corroborando aos indícios de fraude os fatos apurados em diversos processos, dentre eles o habeas corpus nº 418.500 – DF. No bojo do processo afere-se que ao ser analisada a própria estrutura física das instalações da Cruz Vermelha de Petrópolis, está não apresentava-se como adequada ao tamanho do contrato que estava firmando com a SES/DF. Ainda, ressalta de forma curiosa que cada estado possui uma filial da Cruz Vermelha, entretanto, a filial de Brasília, mesmo em pleno funcionamento, não buscou contratar com o Distrito Federal.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação Civil Pública nº 2012.01.1.101274-3** - TJDF. Sentença proferida em 24 de julho de 2014.

Ao que consta dos autos, há indícios de que tal pedido fora feito no intuito de burlar a Lei de Licitações (lei n.º 8.666/93). Ao que consta dos autos, a referida entidade não parece apresentar estrutura mínima ou capacidade técnica para qualificar-se como Organização Social, conforme exigido pela Lei nº 4081/2008, bastando, para tanto, conferir-se em seu endereço eletrônico, o qual apresenta sede modesta. Mas este é apenas um raciocínio indiciário. O que se infere nos autos, para além dessa observação, é de que mesmo com estrutura modesta, a entidade solicitou credenciamento como OS sem que houvesse qualquer procedimento concorrencial aberto ou vinculação de tal entidade a algum serviço assistencial no DF.

Insta consignar que cada estado possui uma filial da Cruz Vermelha com atuação territorial restrita a localidade de sua sede sendo que a Cruz Vermelha filial Brasília estava em pleno funcionamento, nem houve nenhuma autorização formal desta última em benefício da filial Petrópolis/RJ²³⁴.

Tratando-se, neste sentido, de uma entidade de fora do Distrito Federal. Fato este que hoje dificulta o andamento do Processo nº 2011.01.1.232919-8 - TJDFT, ajuizado pela PGDF para cobrança dos valores repassados à organização social. Contudo, sequer se consegue encontrar a entidade para fins de citação.

Verificamos neste caso que os indícios já apurados pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e a Polícia Civil do Distrito Federal, na Operação Genebra, é que houve deliberada vantagem e direcionamento para a contratação com a Cruz Vermelha, bem como não houve cuidado por parte do Distrito Federal para efetuar a qualificação da entidade como organização social, tão pouco quando do momento de celebração do contrato de gestão, certo que a empresa não tinha estrutura necessária, e patrimônio suficiente para garantir a prestação dos serviços de saúde de qualidade nas unidades de pronto atendimento das regiões de São Sebastião e Recanto das Emas. Somam-se as denúncias a nítida situação de lavagem de dinheiro e improbidade administrativa. Sendo que desde 2010 o Distrito Federal busca na justiça a devolução dos valores pagos, mas sem sucesso.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Habeas corpus nº 418.500 - DF** (2017/0251633-8). Relator Ministro Nefi Cordeiro. pp. 04.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do processo de modernização da Administração Pública no Brasil aponta para um norte ainda não findo, incompleto, uma vez que ainda há traços da burocracia e do patrimonialismo em meio ao âmbito administrativo. Para a Professora Maria Paula Dallari Bucci²³⁵, a reforma operada por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/98 não foi capaz de promover os efeitos esperados especialmente, pois a máquina pública é toda ainda do período do regime militar, e fortemente influenciada pelo Decreto Lei nº 200/67. Não tendo havido investimento no Estado brasileiro para alcançar a conformação do art. 37, da CRFB/88, especialmente após a EC nº 19/98.

A análise mesmo que superficial do longo trajeto histórico aponta ainda para a marcante presença dos traços patrimonialistas na política estatal. Especialmente pela marcante figura do político profissional concebido na obra de Weber²³⁶. Temos que o patrimonialismo está transvestido ao logo da história da Administração Pública em diversas figuras: ora na mão do monarca que sem a noção da divisão entre o público e o privado, utiliza os bens públicos como se privado fossem, utiliza ainda a máquina pública para conceder privilégios, ao promover uma deliberada política de nomeações sem nenhum critério, além da afinidade, ou dos favores; ora vemos tais traços explícitos em uma Administração que se diz burocrática e analista, mas que promove a troca de deliberações legislativa, em cargos, ou contrato com o Poder Executivo. Ficando evidente que o chamado homem cordial, de Sérgio Buarque de Holanda, ainda frequenta os postos de deliberação do Poder Executivo.

Para Weber, os alemães teriam alcançado o ápice do processo de evolução da Administração Pública ao conceberem o modelo burocrático. Quando de suas raízes no Brasil, o modelo administrativo burocrático encontrou uma máquina pública ainda despreparada e desestruturada. Para Emerson Gabardo “as raízes da burocracia brasileira, contrariamente ao modelo legal-burocrático de administração pública, estruturaram-se no bojo de um Estado formalmente público, mas materialmente privado”²³⁷. Isso, pois não havia abandonado as

²³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 32.

²³⁶ WEBER, Max. **A Política como vocação**. In *Em Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1993.

²³⁷ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 34

velhas práticas patrimonialistas. Nota-se então uma importação amorfa, incompleta e anacrônica. Não se trata de uma submissão histórica, mas de uma escolha deliberada pela manutenção de velhas práticas. Tendendo a romper com essa situação, a administração gerencial calca suas bases no discurso da eficiência, do cidadão cliente, da flexibilização burocrática, pela gestão descentralizada, e principalmente no controle baseado no processo, buscando a efetividade no resultado, o chamado controle a *posteriori*. Foi nesses ideários que na década de 1990 foi operada a Reforma Administrativa do Estado brasileiro.

A Reforma Administrativa do Estado, baseada no modelo gerencial busca flexibilizar os entraves advindos do modelo burocrático, bem como dificultar a prática clientelista tão presente no modelo patrimonialista. Buscou-se então nos modelos já firmados em outros países, novamente as bases para a moderna Administração Pública brasileira. Entretanto, é notório, pelo estudo apresentado, que alteraram-se os meios, a lógica do sistema, contudo, esta mudança ocorreu apenas na formas e não no processo ideológico capaz de vencer com os vícios da burocracia e do jeitinho brasileiro. Restando ainda barreiras ideológicas, e interesses pessoais que dissolvem a relação que deveria ser mais intrínseca entre a Administração Pública, o terceiro setor e o controle social.

É inegável o ganho social possível pela contribuição do terceiro setor em meio à prestação dos serviços públicos não exclusivos. A formação dos contratos de gestão, Lei nº 9.637/98, é capaz de dinamizar a máquina pública que ainda se conforma com as amarras da burocracia desmesurada, herança advinda da importação de idéias alemã que em grande medida não aplicavam-se ao contexto político-econômico do Brasil. Não resta dúvidas que o Brasil quando da Reforma Administrativa do Estado buscou em outros países modelos bem sucedidos. Contudo, a prática legislativa, na conversão da Medida Provisória nº 1.648-7 de 1998, na Lei das Organizações Sociais, manteve os poderes de qualificação e contratação nas mãos unicamente do chefe de governo, ou ministros da área em que pretendesse contratar. Ora, trata-se de contratos de gestão que têm por objeto a prestação de serviços de interesse e relevância pública, devendo haver a participação do controle social na formulação do contrato de gestão. E, pela análise política e social do Estado brasileiro notamos que a falta de um sistema de freios acaba por comprometer o interesse público. Sendo um desarranjo à ordem constitucional essa discricionariedade atribuída ao Poder Executivo. É inconcebível que mesmo atendidos os requisitos instituídos em lei, fica a entidade submetida ao critério de oportunidade e conveniência para sua qualificação como organização social. Para Lúcia Valle

Figueiredo deu-se "cheque em branco" ao administrador público, atentado contra a isonomia e o devido processo legal. Mesmo havendo respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública.

A existência do conselho administrativo, nos moldes que a lei estabelece, não apresenta-se como capaz de trazer lisura, certo que os membros representantes do Poder Público e aqueles advindos da sociedade civil em verdade guardam laços com o gestor público, ou com os executivos, diretores da entidade, não havendo a formulação de um conselho fiscalizador, norteado pelo interesse público. No âmbito da saúde pública, foco da análise final deste trabalho, a Lei nº 8.142/90 disciplinou mecanismos de controle e participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. Logo, criou-se os Conselhos de Saúde em todas as esferas, sendo estes órgãos consultivos, deliberativos e permanente, com participação paritária de usuários, trabalhadores e gestores. Trata-se de uma ferramenta de controle social das políticas de saúde pública.

Assim, no tocante ao setor da saúde pública o Conselho de Saúde de ser consultado quanto às políticas de saúde a serem implementadas em cada esfera de governo. Constituindo interesse à atuação do conselho a análise da qualificação da entidade quanto organização social a atuar na área da saúde. Dividindo com o Poder Público o ônus da análise da viabilidade de qualificação da entidade como organização social. Aferindo ainda, a viabilidade e necessidade dos serviços de saúde a serem publicizados, visto que constitui parte da política de saúde da esfera estatal a qual será afetada, assunto esse de interesse e relevância ao controle social exercido pelos conselhos de saúde.

Afere-se que nos contratos firmados com a Real Sociedade de Beneficência espanhola e Cruz Vermelha Brasileira, o Conselho de Saúde do Distrito Federal não foi ouvido. Assim, em flagrante situação de desrespeito ao controle social do SUS. Nestes termos, mesmo não havendo previsão na Lei nº 9.637/98, e na Lei Distrital nº 4.181/08, da participação dos conselhos de saúde na deliberação quanto à elaboração do contrato de gestão, o sistema normativo deve ser interpretado em conjunto, visto que as bases constitucionais para a participação do terceiro setor envolvem a combinação “[...] do exercício da cidadania com a efetiva participação direta dos cidadãos - individual ou de modo associativo - nos

assuntos de interesse da sociedade, sempre com fundamento na busca pela solidariedade entre os indivíduos²³⁸”.

Trazer ferramentas de controle prévias ao contrato de gestão não são traços burocráticos desnecessários, pelo contrário, apresenta-se como a mais alta efetivação da administração gerencial, ao envolver a sociedade na deliberação sobre assuntos de relevância social. Método esse que tende a minimizar a influência das práticas patrimonialistas que circundam até os dias atuais a política brasileira em todos os seus níveis. Buscando possibilitar a implementação efetiva do terceiro setor como um parceiro social, que neste momento de crise econômica e política possa fortalecer os serviços públicos inerentes a sua atuação. Constituindo um verdadeiro modelo de transição, complementar, e não de publicização aos moldes do PDRAE, visto que os serviços abrangidos pela Lei das Organizações Sociais devem ser regidos pelo princípio da subsidiariedade, conforme aponta a Constituição. Evitando desta forma o favorecimento pessoal, a vantagem indevida. Devendo o Estado sempre fomentar a iniciativa privada tendo por base a subsidiariedade. Conforme salientado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, promovendo o fomento da atividade, o Estado deve atuar “dentro de rigorosos limites de razoabilidade e excepcionalidade, sob pena de essa ação tornar-se um privilégio injustificado em favor de alguns grupos sociais”²³⁹.

Este trabalho promove essa discussão uma vez que no julgamento da ADI 1.923 – DF, alguns Ministros negligenciaram a possibilidade de extinção das entidades da Administração, e a conseqüente absorção de suas atividades, estrutura física e servidores públicos, em detrimento do ente privado que pactue o contrato de gestão. É notório que os Ministros que votaram pela constitucionalidade dos artigos que falam em “absorção” ignoraram o momento político econômico no qual a Lei 9.637/98 foi editada. Como realça o Ministro Ayres Britto:

Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “absorção”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

²³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Estatuto jurídico do terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da constituição de 1988**. 2008. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/10_169.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2017. pp. 15.

²³⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 16.

A análise feita quanto à atuação das organizações sociais, ao menos no âmbito do Distrito Federal, demonstraram sua inaptidão, entraves com os órgãos de controle e fiscalização, bem como foram marcados pela brevidade. Assim, não podemos aferir a possibilidade de extinção das entidades públicas pela absorção possibilitada pela lei. Entretanto, em estados como São Paulo, aferimos que parte dos serviços de saúde, por exemplo, são prestados por organizações sociais há vários anos. Tendo havido a absorção de bens e servidores públicos as estruturas dessas organizações. Ressalta-se ainda que no referido sistema de saúde de São Paulo, a efetivação da implementação das organizações sociais ocorreu como forme de driblar a Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme o próprio CONASS apresenta²⁴⁰. Assim, tornando-se compreensível o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em não contabilizar os gastos do contrato de gestão com organizações sociais, como gastos com pessoal.

Constituindo um risco a saúde econômica do Estado, a utilização dos contratos com organizações sociais como burla aos limites fiscais. Nas palavras do Tribunal de Contas da União, “A utilização abusiva da contratação de organizações sociais pode acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo, cumprindo ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade [...]”²⁴¹.

Logo, para evitar a existência de deturpação do modelo, o respeito às ferramentas já elencadas é de fundamental importância. Especialmente tornar o processo de qualificação das organizações sociais mais seletivo, e não discricionário. Este filtro prévio é a principal ferramenta para evitar atuações de entidades como aquelas que atuaram no Distrito Federal. Aferir a capacidade técnica e a saúde financeira da entidade são pontos fundamentais. Soma-se a esta análise a aferição da atuação da entidade naquela unidade da federação em que será qualificada, e o tempo que já exerceu o serviço ao qual deverá ser objeto do contrato de gestão. Evitando assim tanto a qualificação de entidades sem qualificação técnica, bem como facilitando o contato com os dirigentes da entidade, por existir sede no local de prestação dos serviços. Dificultando que ocorra como no caso da Cruz Vermelha, que possui sede apenas

²⁴⁰ SÃO PAULO. Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo. CONASS. **OSS - Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo**. Disponível em <<https://pt.slideshare.net/CONASS/organizaes-sociais-de-sade-no-estado-de-so-paulo>>. Acessado em 10 de novembro de 2017.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **TC 023.410/2016-7**, de 21 de setembro de 2016. Relator Min. Bruno Dantas. pp. 01.

em Petrópolis – RJ. Impedindo ainda que haja a criação de entidades *ad hoc* pela existência de informação privilegiada junto ao Governo.

Assim, nesse panorama histórico e social ao qual a Administração Pública brasileira encontra-se, e pelo surgimentos de novas demandas sociais, e atores nessa arena, não há espaço e recursos econômicos para a manutenção de um Estado excessivamente interventor. Contudo, devendo-se ressaltar é a necessidade de atuação estatal, junto às atividades de fomento e regulação. Não podendo se eximir da responsabilidade de controle das atividades das entidades integrantes do terceiro setor, e da conformidade do exercício destas atividades com o interesse público. Logo, sob as bases da subsidiariedade, não pode o Estado se abster do controle dos serviços que a Constituição elencou como de interesse social, e relevância pública.

Todas essas ressalvas feitas em meio ao trabalho não restariam apresentadas se houvesse um real afastamento entre o público e o privado. Contudo, não me referindo ao distanciamento entre o terceiro setor e o ente estatal, e sim da grande incapacidade, fruto de escolhas sociais, em não se romper com as bases do aproveitamento pessoal e da corrupção, em detrimento do interesse público coletivo. Logo, é apenas com o controle social e estatal das organizações do terceiro setor que será possível à extração de elementos que evidenciem os acertos e os erros quanto a este novo modelo. O referido controle se faz necessário especialmente para que haja ruptura com as bases do patrimonialismo e da administração burocrática. Devendo a experiência regulada, por intermédio do efetivo controle social, demonstrar se essa nova arquitetura institucional apresenta-se como potencialmente boa, contudo, exigindo, aperfeiçoamentos no plano prático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABU-EL-HAJ, J. “A estrutura do Estado e a economia política da intervenção estatal no Brasil” IN: **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, vol. XXII, nº 1/2, 1991.

ALONSO, Ângela. **Ideias em movimento: A geração 1870 na crise do Brasil-Império**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

B. V. J. Castor et. al. **Estado e Administração Pública: Reflexões**. Brasília: Funcep, 1987.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**. Brasília: UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. I e II. 8.ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Constituinte de 1987/1988**.

_____, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____, **Emenda Constitucional nº 19/1998**, artigo nº 24, nova redação suplantada ao artigo nº 241 da Constituição Federal de 1988.

_____, Presidência da República - **Decreto nº 39.510, de 4 de julho de 1956**, Comissão de Simplificação Burocrática e das Subcomissões Ministeriais.

_____, Presidência da República do Brasil - **Lei nº 8.031 de 1990**.

_____, Presidência da República do Brasil. **Ato Complementar nº 43 de 1969**.

_____, Presidência da República, **Câmara de Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995.

_____, Presidência da República. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma de Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. *As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

C. Offe, *Trabalho e Sociedade - Problemas Estruturais e Perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho "*(Volume 11; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991).

CARDOSO, Fernando Henrique. "Os regimes Autoritários na América Latina". in Colier, David. (org.). **O novo Autoritarismo na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____, Fernando Henrique. **Contratos de gestão e a experiência francesa de renovação do setor público**. Brasília, DF: SAF/ENAP, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

CASTANHAR, J. C. **Cem dias do Governo Collor: uma avaliação da reforma administrativa**. RAP, 25(1), nov. 1990/jan.1991. Rio de Janeiro: FGV.

CASTRO, Antonio Barros de. **A economia brasileira em marcha forçada**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

COSTA, Frederico Lustosa da. "Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas". **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro , v.42, n.5 , out. 2008.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** São Paulo: Cortez, 2004.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Modernização. In: ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Estrutura e organização do poder executivo**. Brasília, Centro de Documentação, Informação e Difusão Graciliano Ramos, 1993.

DEMO, Pedro. **Cidadania tutelada e cidadania assistida**. Campinas: Autores Associados, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do patronato brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.

FRANCO, Sérgio da Costa. **Júlio de Castilhos e sua época**. Porto Alegre, Globo, 1967

FREI, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

KAIN, Tatiana. **Revista de Direito Público**. Londrina: V. 1, N. 2, P. 227-240, MAIO/AGO. 2006.

KOSELLECK, Reinhart, **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos** /Reinhart Koselleck; tradução do original alemão César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed., PUC-Rio, 2006.

MALFATTI, Selvino Antonio. **Raízes do Liberalismo Brasileiro**. Porto Alegre: Palotti, 1985.

MARCELINO, Gileno Fernandes. **Evolução do Estado e reforma administrativa**. Brasília: Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, 1987.

MARTINS, Humberto Falcão. **A Ética do Patrimonialismo e a Modernização da Administração Pública Brasileira**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO E SOUZA, Nelson. **Reforma administrativa no Brasil**: um debate interminável. RAP, Vol. 28, n.1. Rio de Janeiro: FGV, 1994.

MELO NETO, Francisco Paulo de. **Responsabilidade social e cidadania empresarial: a administração do terceiro setor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999

MESTRINER, Maria Luiza. **O Estado entre a filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**.

_____, **Quatro Paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Brasília: Jorge Zahar: Enap, 1997.

_____, **"Modernização, Desenvolvimento e Serviço público: Notas sobre a Reforma Administrativa no Brasil"**. in *Perspectivas da Economia Brasileira-IPEA* (Brasília: IPEA, 1992).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 237-270.

_____, **Reforma Do Estado e Administração Publica Gerencial**. 4. ed. Brasília: FGV., 1996.

R. S. Santos & E. M. Ribeiro, **"A Administração Política Brasileira"**. (Revista de Administração Pública: 27(4):102-35, out./dez. de 1993)

SCHWARTZ, Roberto. **"As idéias fora do lugar"**. In: *Ao Vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992, 4ª Ed.

_____, **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Liv. Duas Cidades.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação Histórica do Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

VOLTOLINI, Ricardo (Org.). **Terceiro setor – planejamento e gestão**. São Paulo: SENAC, 2003.

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, n. 1 - 1984 jan./mar.

_____, apud SOUZA, Nelson Mello. **Reforma Administrativa no Brasil**: um debate interminável. RJ: RAP, vol. 28, n°1, janeiro/março de 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, Vol I.

_____, **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, Vol II.

_____, **O que é a burocracia**. Traduzida pelo Conselho Federal de Administração – CFA.