

Bernardo Wildi Lins

**AS PARCERIAS DO ESTADO COM AS ORGANIZAÇÕES  
SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA  
CONSTITUCIONAL**

Dissertação submetida ao Programa de  
Pós-graduação em Direito *Stricto  
Sensu* da Universidade Federal de  
Santa Catarina para a obtenção do  
Grau de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique  
Urquhart Cademartori

Florianópolis, Santa Catarina  
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lins, Bernardo Wildi

As Parcerias do Estado com as Organizações Sociais : uma  
análise sob a perspectiva constitucional / Bernardo Wildi  
Lins ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori -  
Florianópolis, SC, 2015.  
380 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-  
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Terceiro  
Setor. 4. Organizações Sociais. 5. Contrato de Gestão. I.  
Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. III. Título.

Bernardo Wildi Lins

**AS PARCERIAS DO ESTADO COM AS ORGANIZAÇÕES  
SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA  
CONSTITUCIONAL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de "Mestre em Direito", e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2015.

---

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

---

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira  
Universidade de São Paulo – USP

---

Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

---

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS



Dedico este trabalho àqueles que amo  
- família, namorada e amigos -, cuja  
existência e convivência justificam e  
tornam prazerosa a curta passagem por  
este mundo...



## AGRADECIMENTOS

Escrever uma dissertação de mestrado é uma tarefa amedrontadora. É que, se encarada com seriedade, a tarefa impõe uma grande responsabilidade sobre os ombros do seu executor. Comigo não foi diferente. Porém, tive a felicidade de contar com a contribuição de muitas pessoas, responsáveis por tornar o pesado mais leve e o difícil mais fácil, pessoas para quem dirijo agora os devidos agradecimentos.

Agradeço, antes de tudo, ao meu círculo familiar mais próximo. Agradeço aos meus pais, Jacqueline e Hoyêdo, pelo incentivo, pela inspiração, pelas oportunidades, por sempre terem me proporcionado tudo o que eu precisei (muitas vezes mais do que o necessário ou do que eu merecia) e pelo amor incondicional que têm para comigo. Ao meu pai, agradeço, ainda, por ter desempenhado o papel de revisor dessa dissertação (foi uma espécie de "coorientador não-oficial", assim digamos), tarefa difícil, considerados o tamanho do trabalho e o fato de estar fora da sua área de *expertise*. Agradeço também à Betina, minha irmã, o melhor presente que meus pais já me deram, responsável por colorir a minha vida, pelo companheirismo que sempre tivemos um com o outro. Amo vocês.

Ainda no plano familiar, agradeço à minha avó Zenilda, pelo carinho incondicional e pelo suporte até exagerado que sempre me proporcionou. Estendo o agradecimento aos meus avós Hoyêdo, Georges e Selma que, mesmo não estando mais por perto, ao menos nesse lado do mundo, certamente continuam acompanhando e iluminando os meus passos. Os meus avós, cada um na sua maneira, tiveram papel decisivo na minha formação. Agradeço, ainda, a toda a minha família, cujo convívio e amizade me proporcionam experiências prazerosas, dentre as quais está a de ser o padrinho de batismo do (cada vez menos) pequeno George. Espero que um dia ele se orgulhe do "dindo" de forma parecida com a que eu me orgulho por ter sido escolhido o seu padrinho.

Agradeço à minha namorada, Tatiana, provavelmente a pessoa que acompanhou mais de perto a elaboração desse trabalho. Ao longo desses quatro anos de namoro, só tenho a agradecer pelo exemplo de pessoa que és (que, seguramente, me faz uma pessoa melhor), pela companhia, pela compreensão, por me ouvir e aconselhar. Agradeço até pelas (por vezes intensas e intermináveis) discussões político-jurídicas que temos, que certamente de alguma maneira estão presentes nesse trabalho. Para além de tudo isso, agradeço pelo que é mais importante: o amor que temos um pelo outro.

Agradeço aos meus amigos, que nada mais são do que a família que escolhemos. Me considero uma pessoa abençoada pelo fato de, desde criança, ter esbarrado com tantas pessoas excepcionais, muitas das quais eu tenho o prazer e o orgulho de chamar de amigos. Tenho profunda gratidão e admiração por todos vocês, meus amigos. Alguns desses amigos acompanharam mais de perto e tiveram papel mais decisivo na elaboração desse trabalho, motivo pelo qual gostaria de agradecê-los nominalmente: ao Leandro Oliveira, ao Luís Felipe Gouvêa e ao Victor Leduc, que além de grandes amigos e colegas de sala na faculdade, são agora meus sócios na Leduc Lins Advogados, um sonho distante que virou realidade; ao Bernardo Pires, pela amizade que cultivamos nos 7 anos de companhia acadêmica, ingressando e finalizando juntos os cursos de graduação e de mestrado desta faculdade; ao Gustavo Schiefler, pela amizade, pela confiança, pelo exemplo e pelas várias oportunidades que já me proporcionou; e, ao Arthur Dalmarco, também pela amizade, pela parceria e por compartilhar comigo projetos de vida semelhantes.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Henrique Cademartori, por ter me confiado a oportunidade de ser seu orientando no prestigiado curso de mestrado em direito da UFSC. Nossa relação acadêmica iniciou já na graduação, quando foi o meu orientador no trabalho de conclusão do curso, e vai se prolongar, já que o Grupo de Estudos em Direito Administrativo Constitucionalista - GEDAC, um projeto em comum, está com muitas atividades planejadas para esse ano.

Agradeço aos Professores Drs. Marcelo Harger e Luiz Bráulio Benitez, por terem participado da banca de qualificação do meu trabalho. Estendo esse agradecimento ao Professor Luiz Magno Pinto Bastos Junior, que gentilmente aceitou o convite para participar da banca, mas que, de última hora, não pôde comparecer por razão mais do que justificada. Agradeço, ainda, aos Professores Drs. Gustavo Justino de Oliveira, Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, que compuseram a banca de defesa da minha dissertação. As considerações de vocês foram incorporadas e certamente contribuíram para o engrandecimento do trabalho. Aos dois últimos, agradeço, ainda, pela amizade, e pela oportunidade que me deram de ter trabalhado ao seu lado por quase quatro anos no escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados, local onde muito aprendi sobre Direito Administrativo, sobre advocacia e onde tive o primeiro contato com o tema dessa dissertação. Tive uma ótima e marcante experiência profissional e pessoal no escritório. Lá, tive o prazer de trabalhar com pessoas extremamente capacitadas e fiz e ainda cultivo muitos amigos.



Agradeço, ainda, na pessoa do seu Diretor Presidente, Sr. Tertuliano Xavier de Brito, à FAHECE - Fundação de Apoio ao Hemosc e Cepon, Organização Social qualificada junto ao Estado de Santa Catarina, para quem tive a honra de prestar assessoria jurídica como advogado por cerca de dois anos. Muitas das ideias e conclusões expostas nesse trabalho decorreram diretamente da experiência profissional que tive junto a essa instituição. Trata-se de entidade séria, que muito contribui para a melhoria da saúde pública do Estado de Santa Catarina. O acompanhamento próximo das atividades desempenhadas pela FAHECE influenciou na minha crença sobre o potencial transformador das parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais.

Por último, agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina e, de forma especial, ao Centro de Ciências Jurídicas, à Coordenadoria e a todos os professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito dessa Universidade. Essa casa marcou profundamente minha vida. Por mais de 7 anos ininterruptos, foi o meu local de estudos, período que alterou profundamente a minha visão de mundo. "Entre um e saí outro", dessa Universidade. Ficarei afastado por ora, mas tenho a certeza de que não se trata de um "adeus", mas de um "até logo".



Custou a aliviar o peso sobre mim, do que me dei conta ao sentir o espaço maior do tampo de uma mesa, mais claro aqui fora. Novamente, remexeram-me. Aquilo já estava me incomodando. Mas, que fazer? Requerimento é para isto mesmo.

[...]

O tempo vai passando e eu ali. Porque o autor não reclama?

Mas um dia reclamou. E deu-se mal, dando-me mal eu, por extensão: voltei a justificar o emprego de outros andarilhos, pois me sobraçaram sei lá quantas vezes, recebendo carimbadas e canetadas. Com o que, esquálido no início, fui engordando, tantas foram as folhas que se me anexaram. Entre uma e outra operação de juntada (termo lá deles), era-me dado perceber o escoar do tempo. Como dormi. Ora em uma gaveta, ora em prateleiras, por vezes sobre mesas.

Até que um dia, a coisa cessou: Fui indeferido...

Mas cessou por pouco tempo: juntaram-me a outro colega, envolvido, com ele, em nova capa. Com algum esforço, consegui dar uma boa espada num carimão que desceu sobre a nova fatiota. Lá estava: RECURSO.

- Vai começar tudo de novo - suspirei. Por que não nasci carimbo?

(Hoyêdo de Gouvêa Lins, 1992)



## RESUMO

O trabalho analisa a conformidade do modelo federal de parcerias com as entidades qualificadas como Organizações Sociais, apto a propiciar a gestão compartilhada de serviços públicos não exclusivos do Estado, com a Constituição Federal. Para tanto, é apresentado o contexto histórico que permitiu o advento do modelo, dando-se ênfase às noções de Estado Democrático de Direito e Administração Pública consensual, e são discutidos questões referentes à reforma administrativa, aos serviços públicos, às funções de regulação e fomento do Estado e ao terceiro setor. O modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais é detalhado, destacando-se as duas espécies de contratos de gestão que podem ser entabulados entre a instituição e a Administração Pública, sendo que a análise parte, mas sem se limitar a isto, da sua legislação de regência, a Lei Federal nº 9.637/1998. São apresentados os fundamentos constitucionais da atuação do Estado em parceria, mormente nas áreas em que operam as Organizações Sociais, e são discutidos os principais argumentos questionadores da constitucionalidade da sistemática, bem como as ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Experiências práticas de utilização do modelo e os riscos que podem advir da sua adoção por parte da Administração Pública Federal são avaliados, e sugestões visando à melhoria do modelo são indicadas. Ao final, conclui-se sobre a adequação do modelo com a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Organizações Sociais, Contrato de Gestão, Parcerias, Terceiro Setor.



## ABSTRACT

The study analyses the compliance of the federal model of partnerships with entities qualified as Social Organizations, able to allow the shared management of non-exclusive public services, with the Federal Constitution. In this way, the historical context within which the model emerged is presented; the notions concerning both the Democratic State and the Consensual Public Administration are stressed, and issues relating to administrative reform, public services, regulatory and fostering functions of the state, and third sector are discussed. The federal model of partnerships with social organizations is looked upon in detail, especially the two types of management contracts that can be held between those institutions and the public administration, the analysis being grounded – without being limited to it – on the current legislation about the subject, the Federal Law n° 9.637/1998. The study presents the constitutional foundations of state action involving this kind of partnership, especially in the fields where these social organizations normally operate, and develops a discussion both of the main arguments generally employed to question the constitutionality of this system and the direct actions of unconstitutionality presently in examination on the subject by the Supreme Court. Some practical experiences showing the way the model is employed and the possible risks implied by its adoption by the Federal Public Administration are assessed, and suggestions aiming at its improvement are indicated. The final part concludes about the adequacy of the model with the Federal Constitution.

**Keywords:** Social Organizations, Management Contract, Partnerships, Third Sector.





## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>2 INSERÇÃO HISTÓRICA DO TEMA E SUA AMBIENTAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTENDIMENTOS SOBRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO PÚBLICA.....</b>	<b>25</b>
2.1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITOS EM CONSTANTE MUTAÇÃO.....	25
<b>2.1.1 Estado Liberal, Estado Social e Estado Neoliberal.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1.2 A concepção de Estado adotada pela Constituição Federal de 1988: O Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>37</b>
2.2 A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO: O SURGIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL.....	43
2.3 GESTÃO PÚBLICA E REFORMA ADMINISTRATIVA .....	55
<b>2.3.1 Breve histórico do movimento de reformas administrativas no Brasil.....</b>	<b>58</b>
<b>2.3.2 Reformas administrativas no estrangeiro.....</b>	<b>69</b>
2.3.2.1 Reforma administrativa no Reino Unido .....	71
2.3.2.2 Reformas administrativas nos Estados Unidos e em países da <i>Commonwealth</i> .....	74
2.3.2.3 Reformas administrativas na América Latina: o caso do México .....	76
<b>2.3.3 Modelos de Gestão Pública.....</b>	<b>77</b>
2.3.3.1 Modelo Burocrático.....	77
2.3.3.2 Modelo Gerencial .....	86
<b>2.3.4 A reforma da Administração Pública federal da segunda metade dos anos 1990 .....</b>	<b>100</b>
2.3.4.1 Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado .....	108
2.3.4.2 Principais inovações decorrentes da Reforma Administrativa da segunda metade da década de 90 .....	112
<b>3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO MODELO DE PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....</b>	<b>117</b>
3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS .....	117
<b>3.1.1 Serviços públicos não exclusivos do Estado: serviços públicos sociais.....</b>	<b>127</b>
3.2 FUNDAMENTOS DA ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO VISANDO AO ALCANCE DE FINS PÚBLICOS.....	131
<b>3.2.1 Subsidiariedade estatal .....</b>	<b>132</b>

<b>3.2.2 As funções de regulação e fomento da Administração Pública</b>	<b>137</b>
<b>3.2.3 Princípio da Eficiência Administrativa</b>	<b>146</b>
3.2.3.1 Breve conceituação de Princípio	148
3.2.3.2 O conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência	154
<b>3.3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE VIABILIZAM A ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO NA PROMOÇÃO DE ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO</b>	<b>160</b>
<b>3.3.1 Gestão privada de serviços públicos</b>	<b>170</b>
<b>3.4 TERCEIRO SETOR</b>	<b>171</b>
<b>4 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS</b>	<b>179</b>
4.1 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS	179
4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	183
4.3 PARCERIAS ENTRE O ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	186
<b>4.3.1 Espécies de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais</b>	<b>187</b>
4.3.1.1 Atuação substitutiva da Organização Social via descentralização por colaboração	190
4.3.1.2 Atuação complementar da Organização Social via fomento público	195
4.4 CONTRATO DE GESTÃO	197
<b>4.4.1 Breve histórico do instituto</b>	<b>199</b>
<b>4.4.2 Natureza jurídica do contrato de gestão</b>	<b>201</b>
<b>4.4.3 Conteúdo do contrato de gestão</b>	<b>208</b>
<b>4.4.4 Controle da execução do contrato de gestão</b>	<b>211</b>
<b>4.4.5 Alteração e extinção do contrato de gestão</b>	<b>218</b>
<b>4.4.6 Previsão de "taxa de administração" ou similar no contrato de gestão</b>	<b>220</b>
<b>4.4.7 Seleção da Organização Social firmatária do contrato de gestão</b>	<b>224</b>
4.5 PREVISÃO LEGAL	233
<b>4.5.1 Evolução legislativa</b>	<b>233</b>
<b>4.5.2 Lei Federal nº 9.637/1998</b>	<b>234</b>
4.5.2.1 Qualificação da entidade como Organização Social	235
4.5.2.2. Efeitos jurídicos da qualificação	242
4.5.2.3. Desqualificação da entidade como Organização Social	244
<b>4.5.3 Legislação Estadual, Distrital e Municipal</b>	<b>246</b>
4.6 ASPECTOS CONTROVERTIDOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	248

<b>4.6.1 Regime jurídico aplicável às Organizações Sociais .....</b>	<b>248</b>
<b>4.6.2 Responsabilidade civil por danos decorrentes do contrato de gestão.....</b>	<b>252</b>
4.6.2.1 Responsabilidade civil no âmbito do Direito Público .....	252
4.6.2.2 Responsabilidade civil da Organização Social .....	252
4.6.2.3 Responsabilidade civil do Estado .....	254
<b>4.6.3 Compras e contratações de obras e serviços junto ao mercado .....</b>	<b>257</b>
4.6.3.1 Procedimento para compras e contratações de obras e serviços .....	257
4.6.3.2. Natureza jurídica dos contratos firmados entre a Organização Social e fornecedores.....	261
<b>4.6.4 Recursos humanos a serviço da Organização Social na execução do contrato de gestão .....</b>	<b>263</b>
4.6.4.1 Política de contratação de pessoal.....	263
4.6.4.2 Cessão especial de servidores públicos para as Organizações Sociais.....	264
<b>4.6.5 Regime jurídico dos bens permitidos pelo Estado e dos adquiridos pela Organização Social com recursos públicos na constância do contrato de gestão .....</b>	<b>266</b>
<b>4.6.6 Regime tributário das Organizações Sociais.....</b>	<b>268</b>
<b>4.6.7 Cumulação de qualificações pelas Organizações Sociais .....</b>	<b>274</b>
<b>5 CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE PARCERIAS ENTRE O ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....</b>	<b>278</b>
5.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO ESTADO EM PARCERIA NO CAMPO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS.....	278
5.2 COMPILAÇÃO E ANÁLISE DOS PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS CRÍTICOS AO MODELO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....	285
5.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1923, EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	295
<b>5.3.1 Julgamento do pedido de concessão de medida liminar.....</b>	<b>299</b>
<b>5.3.2 Julgamento do mérito da ação .....</b>	<b>303</b>
<b>5.3.3 Perspectivas sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998 .....</b>	<b>310</b>
<b>5.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1943, também em trâmite no Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>311</b>
5.4 EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DE PARCERIAS CELEBRADAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....	312
<b>5.4.1 Experiência na Administração Pública federal.....</b>	<b>314</b>

<b>5.4.2 Experiência no Estado de São Paulo .....</b>	<b>316</b>
<b>5.4.3 Experiência no Município de São Paulo .....</b>	<b>321</b>
<b>5.4.4 Experiência no Estado de Santa Catarina.....</b>	<b>323</b>
<b>5.4.5 Riscos potenciais relacionados à utilização do modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais .....</b>	<b>324</b>
<b>5.4.6 Balanço sobre o contributo do modelo para o incremento da eficiência no oferecimento de serviços sociais à população.....</b>	<b>328</b>
<b>5.5 SUGESTÕES DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E DE DIRETIVAS HERMENÊUTICAS PARA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 9.637/1998 CONFORME A CONTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>329</b>
<b>5.5.1 Fim da discricionariiedade do administrador público no ato de qualificação da entidade como Organização Social.....</b>	<b>330</b>
<b>5.5.2 Obrigatoriedade da realização de procedimento prévio de seleção da Organização Social parceira do Estado.....</b>	<b>332</b>
<b>5.5.3 Fim da interferência da Administração Pública nos órgãos diretivos da Organização Social.....</b>	<b>333</b>
<b>5.5.4 Submissão das Organizações Sociais a amplo e variado controle (valorização da <i>Accountability</i>) .....</b>	<b>335</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>340</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>343</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Provavelmente um dos assuntos que mais provocam inquietação junto aos estudiosos e operadores do Direito Administrativo é a (falta de) qualidade e a (escassez na) oferta de determinados serviços públicos para a população brasileira. Costuma ser apontado como razão do diminuto estágio de desenvolvimento de grande parte desses serviços o regime jurídico especial a que se submete o administrador público, muito mais restritivo do que o administrador privado. Essa situação não deixa de representar um paradoxo, já que o Estado pode ser entendido como uma criação da sociedade que tem na defesa dos direitos fundamentais do homem um importante, talvez o principal, objetivo. Ainda assim, o Direito posto, outra criação humana, supostamente limita a capacidade do Estado quanto à oferta serviços públicos eficientemente.

A necessidade de evolução da capacidade do Estado de atender a esses desígnios não passou despercebida pelos estudiosos do Direito e pelos governantes, tanto que os assuntos "reforma administrativa" e, mais do que isso, "reforma do próprio Estado" estão sempre em voga. Esse é o campo em que se insere o tema desta dissertação.

O objeto de discussão deste trabalho é um instrumento jurídico inserido no ordenamento brasileiro no último grande movimento reformista aplicado à Administração Pública federal brasileira, na segunda metade da década de 1990: as parcerias celebradas entre o Estado e entidades reconhecidas como Organizações Sociais. A previsão dessas parcerias, a serem formalizadas por meio da celebração de contrato de gestão, teve por escopo o incremento da eficiência na prestação de um determinado grupo de serviços não exclusivos do Estado, entre os quais se destacam os relativos à saúde e à educação, por meio da transferência da sua gestão operacional para entidades não estatais sem fins lucrativos que preencham os requisitos legais necessários para serem qualificadas como Organizações Sociais.

Especificamente, essa dissertação propugna discutir a conformidade do modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais, reguladas pela Lei Federal nº 9.637/1998, com a Constituição Federal. É que, como quase toda iniciativa inovadora no âmbito do Direito Administrativo, o modelo é alvo de severas críticas em parte da doutrina, muitas das quais questionam a sua constitucionalidade. Há, inclusive, duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal contra a referida Lei.

Com esse objetivo, o presente trabalho foi estruturado da seguinte maneira:

O primeiro capítulo situa historicamente o surgimento, no direito nacional, da figura jurídica das Organizações Sociais, bem como as parcerias que estas podem entabular com o Estado. Expõem-se o contexto político, econômico e social que possibilitou a positivação do modelo, dando destaque aos conceitos de Estado Democrático de Direito e de Administração Pública consensual. Aborda-se, também, o movimento de reforma administrativa pelo qual atravessaram o Brasil e outros países do mundo, conferindo especial relevo ao último grande ímpeto reformista observado em âmbito federal no Brasil, na segunda metade da década de 1990, pelas razões já mencionadas.

O segundo capítulo foi idealizado com vistas à fixação do balizamento teórico sobre determinados institutos jurídicos que circundam a temática das Organizações Sociais. Os assuntos abordados nesse capítulo, como os serviços públicos, a atuação subsidiária do Estado, as funções de regulação e fomento do Estado e o chamado terceiro setor constituem pressupostos para o estudo do tema desse trabalho, o que justifica as páginas dedicadas ao seu desenvolvimento.

O terceiro capítulo parte das premissas assentadas nos dois capítulos anteriores, tendo como objeto a figura jurídica das Organizações Sociais propriamente dita. Essas entidades são conceituadas nesse capítulo, e suas principais características são detalhadamente apresentadas. Exploram-se, ainda, as espécies de parcerias que tais instituições celebram com o Poder Público e os principais elementos do instrumento que as formaliza: o contrato de gestão. Analisam-se, ainda, os pontos mais relevantes da Lei nº 9.637/1998 e discutem-se aspectos controvertidos relacionados ao modelo, como o regime jurídico híbrido a que se submetem as entidades assim qualificadas na constância da parceria.

O quarto e último capítulo contém uma discussão sobre a conformidade das parcerias que envolvem as Organizações Sociais com a Constituição Federal. Primeiramente, serão apresentados os fundamentos constitucionais da atuação do Estado em parceria, especialmente nas áreas de atuação daquelas entidades. Depois, são apresentadas e discutidas as principais críticas doutrinárias direcionadas ao modelo e são esmiuçadas as discussões sobre o assunto desenvolvidas por conta das ações diretas de inconstitucionalidade ora em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, são referidas algumas experiências práticas da utilização do modelo e são explorados os potenciais riscos relacionados à sua adoção por parte da

Administração Pública federal. Ao final, ao lume de todo o capítulo, elencam-se sugestões com o objetivo de contribuir para a correção de algumas deficiências do modelo.

Por último, extraem-se conclusões a respeito da adequação do modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais com a Constituição Federal.

O método utilizado na pesquisa é de cunho hipotético-dedutivo, numa abordagem de perfil monográfico. As tradicionais técnicas acadêmicas de exploração e investigação bibliográfica e documental foram empregadas, sendo importante destacar o recurso à documentação indireta, especialmente traduzida na análise de documentos (mormente a legislação) e na pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e trabalhos acadêmicos.





## 2 INSERÇÃO HISTÓRICA DO TEMA E SUA AMBIENTAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTENDIMENTOS SOBRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO PÚBLICA

Inicia-se abordando as recentes mudanças registradas nos sentidos de Estado e Administração Pública, com destaque para o período iniciado no Segundo Pós-Guerra, em que apareceram os conceitos de Estado Democrático de Direito e de Administração Pública consensual. Depois, a atenção se volta para as reformas administrativas pelas quais o Brasil e outros países atravessaram nas últimas décadas do século passado, conferindo ênfase ao movimento reformista ocorrido na segunda metade da década de 1990, em que se intentou introduzir técnicas gerenciais de gestão à Administração Pública federal brasileira.

O relato tem como objetivo situar historicamente e evidenciar as circunstâncias que permitiram o surgimento do modelo de parcerias entre o Estado e entidades qualificadas como Organizações Sociais.

### 2.1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITOS EM CONSTANTE MUTAÇÃO

A noção de Administração Pública - expressão aqui utilizada em um sentido amplo<sup>1</sup>, correspondente ao aparelhamento estatal a serviço da função administrativa<sup>2</sup> e à gestão pública - alterou-se sobremaneira nas últimas décadas. Encontra-se em xeque, mais do que tudo, a verticalização da relação entre a Administração Pública e os particulares e, ainda, os métodos por ela utilizados para satisfazer as necessidades da coletividade. O ideário de que incumbe exclusivamente à Administração

---

<sup>1</sup> "No Direito Público, do qual o Direito Administrativo é um dos ramos - a locução *Administração Pública* tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo como à gestão mesma dos interesses da coletividade" (MEIRELLES, 2011, p. 85).

<sup>2</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello refere-se à função administrativa como a "conduta do Estado-poder através de atos jurídicos de manifestação de vontade, portanto, para produção de efeitos na ordem do direito, de efetivação da ação pública legislativa, e mediante atos materiais pressupostos ou complementos diretos daqueles, ou mesmo atos materiais com certa autonomia, de oferecimento de comodidades aos particulares, de prestações de coisas ou de serviços de natureza pública, mas informados pelo direito, ou nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, isto é, efetuando obras públicas ou executando serviços públicos" (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 34).

Pública executar diretamente as atividades voltadas à satisfação dos interesses e necessidades coletivos, conforme previsto na Constituição Federal, já não representa a opinião prevalecente no direito administrativo.

Diante dessa nova realidade, acompanhou esse movimento de mutações o entendimento tradicional sobre o direito público, em especial o direito administrativo. Tanto é que, ao redor do mundo, diversas nações vêm criando novos institutos, instrumentos jurídicos, para adequar o direito à nova realidade político-social que marca o mundo moderno.

A principal diretriz orientadora das mudanças é criar sistemáticas que aproximam o particular, em especial a sociedade civil organizada, do Estado, aumentando o leque de possibilidades de satisfação dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. É nesse contexto que ganha em importância a reflexão de Prosper Weil sobre o assunto, quando ensina que

[a] administração já não está só dentro da administração: a actividade administrativa transbordou, com efeito, do quadro das pessoas públicas propriamente ditas e, mesmo para além dos estabelecimentos públicos mais descentralizados, integra hoje pessoas privadas (WEIL, 1977, p. 46).

Segundo esse entendimento recente, o Estado somente cumpre os desígnios que lhes são constitucionalmente impostos quando efetivamente proporciona condições para que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam satisfeitos. A despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há, no direito contemporâneo, um certo consenso sobre o papel central dos direitos fundamentais como fundamento de legitimidade do Estado Democrático de Direito, o que influencia decisivamente o agir da Administração Pública (BINENBOJM, 2008). Em outras palavras, o Estado age eficientemente quando o resultado da sua atuação é a garantia da satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Retira-se o foco sobre como o Estado deve

---

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli propõe um conceito amplo e positivista de direito fundamental. Para o autor, direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos atribuídos a todos os seres humanos enquanto dotados do status de cidadão por uma norma jurídica. Por direitos subjetivos o autor entende as expectativas positivas ou negativas (prestacionais ou omissivas), vinculadas a um sujeito por uma norma jurídica (FERRAJOLI, 2011).

fazê-lo, desde que o faça em observância aos princípios constitucionais da Administração Pública, direcionando-o ao resultado das suas ações.

Em solo pátrio, o desenrolar das narradas modificações intensificou-se no período pós-promulgação da Constituição Federal de 1988, que efetivamente demarcou a redemocratização do país. Vive-se, desde aquela época, a transição de um modelo de Administração Pública tradicional, caracterizado pela verticalização da relação Estado-cidadão (pautada essencialmente pela perpetração de atos administrativos unilaterais direcionados pelo Estado aos particulares, denominados "administrados", típico de regimes autoritários), para uma noção de Administração Pública consensual, contratual.

Essa moderna ideia de Administração Pública realça a importância da comunhão de esforços com a iniciativa privada no desenvolvimento de projetos de interesse público. Por essa razão, incentiva a participação do cidadão - agora não mais considerado um simples "administrado", pois reconhecido como sujeito de direitos dotado de voz ativa junto à Administração<sup>4</sup> - na gestão da coisa pública. O cenário justifica, portanto, a denominação atribuída por parte da doutrina a esse fenômeno: Administração Pública Democrática (OLIVEIRA, 2010; PEREZ, 2004).

É corrente na doutrina a ideia de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou em solo brasileiro a noção de Estado Democrático de Direito. É inerente a essa noção de Estado "uma concepção mais ampla do princípio da legalidade" (DI PIETRO, 2005, p. 47), que abrange os valores implícita ou explicitamente presentes na Constituição, além da "ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública" (*ibidem*). A ideia de Administração Pública consensual, portanto, está imbricada com a ideia de Estado Democrático de Direito, instaurada no Brasil há pouco mais de 25 anos.

É possível argumentar que o cenário metamorfofóico é também reflexo de uma alteração no ideário corrente sobre a extensão das funções do próprio Estado. O entendimento dominante durante o último século oscilou de acordo com as impressões causadas pelos acontecimentos históricos que marcaram o cenário político e econômico

---

<sup>4</sup> "[...] tende o cidadão (não simples 'administrado', apesar de consagrada a expressão em textos legais) a ser *proativo* e *protagonista*, menos passivo e súdito, nas relações administrativas agora processualizadas, cobrando soluções técnicas e razoáveis." (FREITAS, 2009, p.46)

mundial naquele período<sup>5</sup>. Em outras palavras, as circunstâncias políticas, econômicas e sociais direcionavam as teorias sobre as funções do Estado, cujo posicionamento predominante ora alargava, ora estreitava a seara de atuação estatal. Tanto é assim que, para Emerson Gabardo,

entender o Estado nacional como um fenômeno unívoco seria um erro grosseiro. Em que pese algumas características fundamentais o peculiarizem como um signo (e instituição) eminentemente moderno, ele passa por várias fases. No tocante à sua relação com a sociedade e a distribuição de fins públicos entre os dois, pode-se observar que seu status alterou-se paulatinamente de mero guardião para um interventor esporádico e, por fim, para um interventor especializado. Estas formas de intervenção conduzem ao reconhecimento de diferentes modalidades, correntes de pensamento e sistemas econômicos (GABARDO, 2009, p. 155).

Nesse talante, as duas mais significativas correntes de teóricos que se debruçaram sobre a extensão das atribuições conferidas ao Estado são as teorias do Estado Liberal e do Estado Social<sup>6</sup>. A primeira

---

<sup>5</sup> A influência da discussão sobre o tamanho do Estado sobre a atuação da Administração Pública, mais do que natural, é peremptória, afinal esta última "estrutura o Poder Executivo" (SILVA, 2009, p. 653), "órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração" (SILVA, 2009, p. 542).

<sup>6</sup> Na prática, os modelos de Estado existem não obedecem a uma classificação assim estanque. Hodiernamente, é difícil imaginar um Estado Liberal, na acepção clássica do termo - para merecer essa classificação, o Estado deveria abster-se de qualquer participação nas relações econômicas. Por outro lado, em plena "Era da Informação", que pressupõe um crescente processo de globalização, é igualmente improvável imaginar-se um Estado completamente planejado, inteiramente avesso à participação de quaisquer operações econômicas internacionais - esse Estado seria o oposto do Liberal, já que é titular de toda e qualquer atividade econômica. Assim, é fato que o Estado é um agente econômico, plenamente ativo no mercado. Só que essa intervenção pode ser realizada em graus. Assim, nem todo Estado em que o Estado opta por exercer atividades prestacionais possui todas as características do Estado Social.

predominou até meados dos anos 40, com o fim da Segunda Guerra Mundial. A segunda foi a mais significativamente adotada dali até os anos 70, quando iniciou a crise do Estado Social. Essas ideias serão aprofundadas no tópico seguinte.

### 2.1.1 Estado Liberal, Estado Social e Estado Neoliberal

A origem da teoria do Estado Liberal coincide com a da noção de Estado de Direito<sup>7</sup>, que se contrapõe à ideia do Estado absolutista, autoritário<sup>8</sup>, que concentra todos os poderes nas mãos do chefe de

---

André Ramos Tavares, por exemplo, identifica múltiplos modelos de Estado: liberal, interventor, mínimo, social, socialista, neoliberal e desenvolvimentista, variando de acordo com o grau de intervenção do Estado na economia (TAVARES, 2011). Optou-se por referir unicamente ao Estado Social, em contraposição ao Estado Liberal, primeiro, porque essa foi a corrente de maior destaque no último século, segundo, para facilitar a compreensão do leitor, já que esse não é o assunto principal deste trabalho.

<sup>7</sup> Tanto é assim que muitos autores costumam tratar os conceitos como sinônimos. Nesse sentido, colhe-se ensinamento de Pierre Rosanvallon: "Au coeur de l'argumentation libérale, il y a l'idée que deux États coexisteraient dans l'État moderne: un État de droit, gardien de la démocratie et garant des libertés essentielles, et un État interventionniste, destructeur de ces libertés. il faudrait donc réduire ou supprimer le second pour ne conserver que le premier; détruire le 'mauvais' état pour ne laisser subsister le 'bon'" (ROSANVALLON, 1992, p. 63).

<sup>8</sup> É no contexto da primazia do Estado Liberal que surgiu o Direito Administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que "releva notar o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do *princípio da legalidade*. No autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: *liberdade e autoridade*. A liberdade é garantida por princípios, como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular" (DI PIETRO, 2005, p. 40). Não é de se surpreender, portanto, que a matéria tenha passado por tantas mudanças recentemente. Há autores, porém, registre-se, que contestam essa origem atribuída ao direito administrativo. Gustavo Binenbojm afirma que "a ideia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da

Estado. Sob um viés jurídico-político, o Estado de Direito - que efetivamente possui origens liberais, dado que foi criado com o escopo de limitar os poderes das autoridades, com vistas a garantir as liberdades individuais do cidadão -, dispõe que as autoridades estão submissas a um plexo de normas aprioristicamente definidas por um poder legislativo (pressupõe, pois, a adoção da teoria tripartite de separação dos poderes estatais, consagrada por Montesquieu). Sob esse ângulo, pode-se dizer que a ideia da primazia de um Estado de normas está consagrada no mundo ocidental desde o início do último século, já que as mencionadas oscilações significativas pelas quais atravessou o conceito relacionavam-se ao viés econômico-social, dando azo ao surgimento dos conceitos de Estado Liberal e Estado Social<sup>9</sup>.

A transformação do Estado Liberal para o Estado Social está intimamente relacionada com os fenômenos da evolução e da constitucionalização dos direitos fundamentais. Estes, num primeiro momento, à época do que se convencionou chamar de Estado Liberal,

---

burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito" (BINENBOJM, 2008, p. 1).

<sup>9</sup> Segundo Machete, "Em contraste com o Estado absoluto que o antecedeu, o Estado de Direito considera a liberdade dos indivíduos como realidade que se antepõe à própria sociedade política e que é, em princípio, ilimitada: para os órgãos do Estado, pelo contrário, tudo o que não for expressamente permitido é, igualmente em princípio, proibido" (MACHETE, 1973, p. 14). Gilmar Ferreira Mendes *et al* elencam as principais características do Estado de Direito: "[...] retornando à conceituação básica de Estado de Direito da velha doutrina alemã, observamos, novamente com Böckenförde, que ela contém os seguintes aspectos fundamentais: a) está afastada, desde logo, qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito; b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos; c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 64). Note-se que, conforme mencionado, em sua origem, os conceitos de Estado de Direito e Estado Liberal se confundiam, consistiam em uma só ideia, que se contrapunha à noção de Estado autoritário.

limitavam-se ao dever de omissão do Estado em interferir na esfera individual dos indivíduos. Mais tarde, ao lume dos acontecimentos históricos, passaram a contemplar, ainda, deveres prestacionais por parte do Estado, que configuram o que hoje entendemos como direitos sociais.

Esse fenômeno, combinado com o entendimento que reconhece o caráter normativo das normas constitucionais<sup>10</sup>, conferiu ao cidadão um direito subjetivo ao gozo dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República. Como grande parte da população, notadamente nos países periféricos, não possuía condições de adquirir tais serviços no mercado, o posicionamento abstencionista do Estado deixou de ser suficiente. E o Direito Administrativo, nesse cenário, passou a representar um papel de extrema importância: o de concretizador dos princípios e regras constitucionais. Trata-se do que se convencionou chamar de "função concretizadora" do direito administrativo (PESSOA, 2009, p. 42). Conforme ensina Emerson Gabardo,

[a]o contrário do Estado liberal, que requer uma atuação contra o Poder Público a partir de um predomínio da função negativa de proteção da sua autodeterminação, o Estado social exige um modelo cujos fins partem de um pressuposto de positividade (GABARDO, 2009, p. 174).

Conforme sobredito, a alternância da dominância entre as noções de Estado decorre da variação da aceitação, por parte da sociedade, do tamanho da intervenção do Estado em setores originariamente abertos, ou até mesmo "reservados" à iniciativa privada, como a economia. Passou-se, sob esse aspecto, de uma visão predominantemente liberal, vigente no início do século XX (sob influência do ideário de Smith e Bentham), em que se festejava o Estado mínimo, para uma ideia de

---

<sup>10</sup> Conforme aponta Robertônio Pessoa, os direitos fundamentais de cunho social previstos na Constituição costumavam ser entendidos como simples "normas programáticas, "ou seja, não como direitos, mas como meras intenções políticas ou ideológicas, comprometendo assim sua efetiva concretização" (PESSOA, 2009, p. 34). Esse cenário somente foi revertido com o surgimento das modernas teorias constitucionais pós-positivistas, que costumam ser abrigadas sob a definição de "neoconstitucionalismo" (SARMENTO, 2009). No Brasil, essas teorias aportaram somente após o advento da Constituição Federal de 1988. Mais a frente voltar-se-á a abordar o assunto.

Estado Social (ou Estado previdência, *welfare state*, entre outros termos indicativos), que surgiu após as duas grandes guerras ocorridas na primeira metade do século passado.

Comparando-se as características dos modelos de Estado Liberal e de Estado Social, percebe-se que o rol de atribuições do segundo é muito mais extenso que do primeiro, o que permite afirmar que as incumbências do Estado no modelo Social abrangem as do Estado Liberal. Em outras palavras, o advento do Estado Social não acarretou em um cisma, ou mudança radical do modelo de Estado Liberal. Na verdade, o que houve foi um acréscimo das competências do Estado, já que houve um trespasse da responsabilidade pelo oferecimento de determinados serviços, que antes eram realizados por particulares e que passaram a ser de incumbência do Estado.

Esse aumento no campo de atuação do Estado parece significar que a passagem do modelo de Estado Liberal para o Estado Social foi resultado de uma evolução da Teoria do Estado, funcionando em prol da busca por uma sociedade mais justa. Todavia, a adoção de um modelo social de Estado não garante um avanço nas condições socioeconômicas da sociedade, conforme se verá posteriormente.

A ideia de um Estado Liberal, mínimo, surgiu como resposta ao modelo então vigente à época, hoje denominado de Estado absolutista. Serviu, portanto, para garantir a distância do Estado dos assuntos dos particulares. Surgiu para garantir que o Estado não interviesse nos negócios particulares, que não infringisse os direitos dos cidadãos. Nesse contexto é que surgiu a ideia do "império da lei", em que a vontade deixou de ser do soberano e passou a ser dos homens, por meio da formulação de leis a que todos ficassem submetidos, inclusive o Estado.

Nessa toada, a principal atividade do Estado Liberal era a de abstenção<sup>11</sup>, de modo que a execução das atividades de interesse coletivo ficasse a cargo dos particulares. A presença do Estado nesses setores era considerada "inútil e prejudicial"<sup>12</sup>. Ao Estado Liberal são

---

<sup>11</sup> Segundo Carlos Ari Sundfeld, "O liberalismo, gerador do Estado de Direito, tinha seu modelo econômico calcado no absentéismo estatal: era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, da paz, da segurança. Em suma, queria-se um Estado mínimo, com reduzidas funções, sem interferência na vida econômica." (SUNDFELD, 2014, p. 54)

<sup>12</sup> "Depuis le XVIII siècle, les théoriciens du libéralisme enseignent en effect que le marché fonctionne comme principe d'autorégulation de la sphère



atribuídas somente as funções típicas do exercício da soberania - atividades protetivas (garantia da segurança), além das funções legislativa e judiciária. Desse modo, o Estado deixa de ser "tudo" para ser "mínimo", atuando somente em campos que não fossem lucrativos para a iniciativa privada (SCHIER, 2008).

Por outro lado, o surgimento do Estado Social coincidiu com o final das duas grandes guerras mundiais<sup>13</sup>, momento histórico em que se verifica que os princípios do liberalismo econômico não se mostravam suficientes para debelar as desigualdades sociais que acometiam a sociedade da época (DI PIETRO, 2012b)<sup>14</sup>. O Estado Social caracterizou-se por

introduzir por meio da ordem constitucional um específico modelo de forte intervenção cujo modo-de-produção é pautado pela apropriação mista dos meios de produção e por um esquema de planejamento parcial em um sistema econômico predominantemente capitalista. (GABARDO, 2009, p. 156).

Desse modo, na nova realidade verificada à época, já não bastava que o Estado, para garantir os direitos dos cidadãos, se abstinhasse de interferir na esfera privada. Muito mais do que isso, o Estado deveria

économique. C'est parce qu'il existe un tel 'ordre naturel' que l'intervention de l'État est inutile et nuisible" (ROSANVALLON, 1992, p. 63)

<sup>13</sup> Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "[c]onsolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, conforme se afirmava no período anterior [...]. Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir a essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade." (DI PIETRO, 2012b, p. 9)

<sup>14</sup> De uma forma mais abrangente, as circunstâncias que permitiram o surgimento do Estado Social, segundo Matias-Pereira, estão relacionadas a três elementos essenciais: "a existência de excedentes econômicos passíveis de serem realocados pelo Estado para atender às necessidades sociais; o pensamento keynesiano, que estruturou a sua base teórica; e a experiência de centralização governamental durante a II Guerra Mundial, que fomentou o crescimento da capacidade administrativa do Estado" (MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 63).

assumir papel de protagonista, com o objetivo de corrigir as impropriedades sociais decorrentes do modelo liberal clássico, funcionando, assim, como ente impulsionador do desenvolvimento socioeconômico da sociedade

O advento do modelo Social trouxe desafios extras à Teoria do Estado. Afinal, como conciliar o dever de absentéismo estatal no ambiente particular com os seus deveres prestacionais e de intervenção na economia para correção de desvios sociais? Eis o desafio dos teóricos do direi to à época<sup>15</sup>.

Em solo brasileiro, é possível dizer que houve a instituição do modelo de Estado Social com a promulgação da Constituição da República de 1934. Esse evento demarcou o início da era do "constitucionalismo social" responsável por conferir status constitucional a um crescente rol de direitos sociais, que demandavam atividades prestacionais a serem implementadas pelo Estado (PESSOA, 2009).

Todavia, com o passar do tempo o modelo de Estado Social acabou mostrando-se inviável economicamente. Isso aconteceu em meados da década de 70, sobretudo após a crise do petróleo de 1973, que marcou o fim da era de prosperidade econômica vivenciada pelo mundo após o fim das duas grandes guerras (ABRUCIO, 1997). A alteração do papel atribuído ao Estado junto à sociedade levou a um "crescimento desmesurado do Estado" (DI PIETRO, 2012b, p. 11), o que culminou num agigantamento do Poder Executivo e das suas estruturas de atuação, a Administração Pública.

Nessa toada, Pierre Rosanvallon aponta três elementos como os geradores da crise do Estado Social: "[...] il se trouve dans une impasse financière, son efficacité économique et sociale décroît, son développement est contrarié par certaines mutations culturelles en cours" (ROSANVALLON, 1992, p. 13)<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Marcos Augusto Perez retrata os desafios que vivia a democracia nesse período: "A democracia passa então a tentar conciliar intervencionismo estatal, no plano socioeconômico, com liberalismo, no plano político e jurídico. Melhor dizendo, pretende-se que o Estado passe a realizar políticas sociais e impulsionar a economia, mas se espera que os instrumentos liberais de contenção do Poder do Estado sejam suficientes para continuar a coibir o arbítrio" (PEREZ, 2004, p. 29).

<sup>16</sup> "[...] um impasse financeiro, a diminuição da sua eficácia econômica e social, o prejuízo do seu desenvolvimento por certas mutações culturais em curso" (tradução livre do autor).

Emerson Gabardo tece precisas considerações acerca do assunto, dignas de transcrição:

Do ponto de vista histórico, o modelo econômico estabelecido, bem como as correntes de pensamento intervencionistas, não teriam condições de predominar e alcançar sucesso político e jurídico se não possuíssem uma base mental que lhes fosse favorável. O surgimento do Estado social correspondeu a um período ímpar na história da humanidade, caracterizado por guerras sem precedentes, por uma forte concorrência ideológica entre capitalismo e socialismo e pelo fracasso do liberalismo clássico na preservação do sistema vigente. O avanço da indústria, as políticas habitacionais, o incremento do consumo de base, o pleno emprego e a melhoria geral das condições e vida no ocidente contribuíram para a crença no Estado e na sua capacidade de normalização da realidade. Crença que não se sustentou por muito tempo, de um lado porque efetivamente o capitalismo se reergueu de tal forma (nos países desenvolvidos) que passou a novamente prescindir da intervenção estatal e, de outro lado, porque nos países não desenvolvidos a frustração logo superou a esperança como uma decorrência justificável da inefetividade do modelo. A soma de amplo sucesso e forte frustração fez o amálgama necessário para o paulatino ressurgimento liberal na década de 1980. Bastava apenas aguardar o momento adequado para instaurar de vez uma nova fase. Quem forneceu este "dia D" foi o próprio sistema burocrático socialista, ao reconhecer a inevitabilidade do fracasso econômico e social com a queda do muro de Berlim. (GABARDO, 2009, p. 156-157)

A crise do modelo de Estado Social levou a um movimento global de retorno ao paradigma liberal - justificando a alcunha de Estado Neoliberal (NIEBUHR, 2008) -, que foi acompanhado pelo Brasil. Em solo pátrio, todavia, ao contrário do ocorrido em países da Europa e nos Estados Unidos, a situação é um tanto quanto paradoxal, na medida em que o desenvolvimento econômico e o sucesso das atividades

socializantes - tais como políticas de distribuição de renda e o oferecimento de serviços de interesse público de modo satisfatório, característicos do Estado Social - nunca tiveram o êxito pretendido. Nas precisas palavras de Emerson Gabardo, no Estado Social brasileiro, havia "uma presença formal do Estado (com garantias constitucionais) e uma ausência informal (não há efetividade dos direitos)" (GABARDO, 2009, p. 166). Assim, em território brasileiro, a superação do modelo do Estado Social, que, a rigor, nunca foi verdadeiramente posto em prática, não tinha somente um objetivo de ajuste fiscal, mas também o de buscar alternativas que possibilitassem a efetiva garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais aos cidadãos.

A solução, pois, no caso local, tendo em vista que a experiência de adoção da sistemática do Estado Liberal não indicava que essa traria os resultados necessários para o desenvolvimento da sociedade, envolveu a tentativa de estabelecer um paradigma intermediário, que conciliasse os principais elementos caracterizadores das concepções de Estado Liberal e Social. A alternativa encontrada foi a de procurar conjugar o dever do Estado, de assegurar os direitos fundamentais aos cidadãos, com a participação, tendo em vista esse objetivo, dos particulares, do mercado e da sociedade civil organizada. A ação do Estado passou a possuir uma carga de subsidiariedade em relação à dos particulares. Nesse ideário, a ação do Estado em determinado segmento somente se justifica caso a iniciativa privada não seja capaz de oferecê-lo satisfatoriamente para a população. Denomina-se esse modelo de Estado Democrático de Direito.

A aplicação do princípio da subsidiariedade no agir estatal - que gerou o conceito de "Estado Subsidiário", que será aprofundado no capítulo subsequente - foi criticada por parte da doutrina, por ser considerada incompatível com a noção de Estado Social. Essa ideia, porém, foi rechaçada por Emerson Gabardo, em trecho que merece transcrição:

Por certo que o Estado Social também se pauta pela subsidiariedade. Somente não se fundamentam em tal princípio os Estados totalmente Mínimo e totalmente Planificado. Fora de tais polos opositores não parece ser lógico que o sistema jurídico exija do ente público que atue onde não seja necessário, ou mesmo onde seja imprudente a sua presença. Faz parte da atuação eficiente do Estado Social a ponderação política sobre seu nível de abrangência funcional. Seria

uma afronta ao princípio democrático o desperdício em investimentos despendidos. Portanto, onde o indivíduo, a sociedade e o mercado atuam de forma suficiente e adequada não estará o Estado Social (GABARDO, 2003, p. 169).

Resta verificar como esses conceitos são entendidos na realidade política, econômica e social do Estado brasileiro moderno, inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pautado pela elevação do conceito de Estado Democrático de Direito.

### **2.1.2 A concepção de Estado adotada pela Constituição Federal de 1988: O Estado Democrático de Direito**

Conforme sobredito, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase do Estado brasileiro: a do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um modelo de Estado que contempla características das noções clássicas de Estado Social e Liberal: por um lado, protege as liberdades individuais dos cidadãos, por outro, reconhece o seu papel de protagonista na proteção dos direitos sociais destes. Em acréscimo, há o estímulo à participação dos cidadãos no manejo da coisa pública. Aliás, é essa última característica do Estado Democrático de Direito, referente à participação popular na gestão da coisa pública, que justifica o adjetivo "democrático"<sup>17</sup>.

Nesse sentido, parece correto o entendimento de que o Estado Democrático de Direito seja uma forma qualificada dos modelos de Estado anteriormente estudados, já que, além de propor o diálogo entre os mesmos, ressalta o papel do particular, do cidadão, na consecução dos objetivos da República. Trata-se mais do que tudo, da valorização do conceito de democracia, conforme opinião de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do

---

<sup>17</sup> Essa opinião é compartilhada por Gustavo Justino de Oliveira, quando aduz o que "a junção da noção de democracia à de Estado de Direito, muito mais do que estabelecer um qualificativo do modo de ser do Estado, é responsável pela atribuição aos cidadãos do *direito de participação nas decisões estatais*" (OLIVEIRA, 2010, p. 164).

povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2009, p. 120)

Nesse cenário, em que a sistemática de Estado adotada pela Constituição Federal confere elevada importância à participação popular na gestão da coisa pública<sup>18</sup>, parece carecer de dúvida o fato de que o princípio da subsidiariedade do agir estatal passa a ocupar importante papel na nova definição de Estado (DI PIETRO, 2005). Assim, a ideia

---

<sup>18</sup> Gustavo Justino de Oliveira aponta exemplos de formas de participação popular junto ao Estado previstas na Constituição Federal: "A Constituição Brasileira de 1988 estabelece no parágrafo único do art. 1º que 'todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição'. Exemplificando, cumpre registrar que, sinalizando o caminho da colaboração entre Administração e população, a Lei Maior admite no inciso X do art. 29 "a cooperação das associações representativas no planejamento municipal", concretizando-se, por exemplo, na idealização do *plano diretor* (art. 182 *et seq.*). Por seu turno, o inciso VII do parágrafo único do art. 194 possibilita uma gestão democrática e descentralizada da seguridade social, 'com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados'. Gestões similares estão previstas no inciso III do art. 198 (saúde), inciso II do art. 204, (assistência social) e inciso VI do art. 206 (ensino público). A conservação do patrimônio cultural brasileiro deve ser promovida com a cooperação da comunidade (§ 1º do art. 216), e a tutela do meio ambiente (bem de uso comum do povo) há de ser levada a efeito com a participação da comunidade (*caput* do art. 225), sendo dever do Estado a promoção da educação ambiental e da conscientização pública para o fim aludido (inciso VI do art. 225). (OLIVEIRA, 2010, p. 165)

da subsidiariedade do agir estatal converge com a ideia de Estado Democrático de Direito. São conceitos que se articulam plenamente.

Todavia, ainda assim, há discussões sobre a efetiva possibilidade de aplicação do princípio em âmbito brasileiro. Isso porque a Constituição Federal de 1988 não incluiu expressamente o preceito como um dos norteadores da atividade administrativa brasileira - como o fazia a Constituição de 1967, por exemplo. Emerson Gabardo é defensor da inaplicabilidade do princípio à realidade brasileira:

O artigo 170 da Constituição brasileira de 1967 previa expressamente que às empresas privadas competia, "preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas". Já no parágrafo primeiro deste artigo dispunha que "apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica". Aqui sim, neste dispositivo da redação precedente à atual, estava consagrado o princípio da subsidiariedade. O legislador constituinte, entretanto, resolveu alterar propositalmente a norma, com vista a fazer desaparecer a ideia de subsidiariedade (no que fez bem, pois tal ideia pouco tem a ver com um Estado de modelo social). Equivocadamente, a doutrina brasileira parece não ter atentado para esta decisão do constituinte, em razão do que vem reconhecendo o caráter implícito do princípio (mesmo contrariando-se a regra expressa da atual Constituição, cuja racionalidade é bastante diversa da sua antecessora). (GABARDO, 2009, ps. 225-226)

Na opinião do autor a interpretação correta do texto constitucional deve ser a de que é "o interesse público, e não a subsidiariedade, o fundamento de respaldo da norma constitucional interventiva" (GABARDO, 2009, p. 229). Entretanto, em que pese a robustez do argumento apresentado nesse sentido, discorda-se parcialmente do entendimento do autor. Primeiro, porque o fato de o interesse público ser o critério balizador de toda a atividade administrativa - parte da afirmação de Gabardo com a qual se concorda - não exclui necessariamente a ideia de primazia da subsidiariedade do ordenamento estatal. Muito pelo contrário, são conceitos plenamente

compatíveis. Segundo, porque o fato de o princípio da subsidiariedade não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 não serve como argumento para explicar a sua ausência no direito nacional, eis que é consagrada na ciência do direito constitucional a figura dos "princípios implícitos".

Conforme defendido pela teoria moderna do direito, "o sistema jurídico - ao contrário de ser caótico e desordenado - tem profunda harmonia interna" (ATALIBA, 2007, p. 33). Nessa linha, os princípios jurídicos representam, dentre outros papéis de destaque, função integradora da interpretação conferida às normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico<sup>19</sup>.

Nesse sentido, as normas integrantes de um ordenamento devem ser interpretadas sistematicamente, uma vez que as mesmas caminham para uma única direção. A partir da interpretação sistemática conferida às normas pertencentes a um mesmo sistema jurídico, acabam-se descobrindo princípios que, apesar de não estarem expressamente previstos no ordenamento, contribuem para formar os contornos do que se convencionou chamar de "espírito do sistema"<sup>20</sup> jurídico. Trata-se do que se convencionou denominar de princípios implícitos.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, tendo em vista que a Constituição Federal é o abrigo dos princípios jurídicos, Daniel Sarmento expõe o seguinte: "A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta" (SARMENTO, 2009, p. 129). Na mesma linha, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes considera que os princípios "são os esteios fundamentais de todo o ordenamento. São máximas que sustentam as demais estruturas jurídica e, portanto, assumem posição de supremacia. Estão no patamar superior da hierarquia e, desse modo, orientam a edificação de todo o sistema normativo. Sem princípio, o conjunto de prescrições seria apenas um apanhado de regras desconexas, as quais, ao revés de orientar as condutas humanas para alcançar escopos coletivos, conduziriam a sociedade para um caos frívolo" (MENDES, 2012, p. 352). Considerações mais abrangentes sobre a estrutura e o entendimento sobre os princípios será realizada em espaço próprio, no capítulo seguinte.

<sup>20</sup> Nas palavras de Norberto Bobbio: "Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas



Diz-se que esses princípios são "descobertos" em razão de que, na opinião de Eros Grau, não são "resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior" (GRAU, 2009, p. 47). Na verdade, são "inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional" (*ibidem*).

Nesse sentido, convém lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios da livre iniciativa e da participação popular na gestão da coisa pública. A interpretação conjunta desses direitos fundamentais constitucionais com a regra disposta no artigo 173 da Constituição Federal<sup>21</sup>, que condiciona a exploração de atividade econômica pelo Estado aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, configura o fundamento de recepção do princípio da subsidiariedade ao ordenamento brasileiro<sup>22</sup>. Sobre o

---

generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama o espírito do sistema" (BOBBIO, 1995, p. 159).

<sup>21</sup> CRFB, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...]

<sup>22</sup> José Canotilho, versando sobre a Constituição portuguesa, dita úteis lições também para a realidade brasileira: "O princípio da democracia econômica e social justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social ("realização e concretização de direitos sociais"). Não se exclui o princípio da subsidiariedade como princípio constitucional mas este não pode ser invocado para impor a excepcionalidade das intervenções públicas. O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Era uma ideia do capitalismo liberal. Todavia, como sugestivamente foi salientado, o Estado, ao converter-se em Estado socialmente vinculado, colocou--se em "oposição à ideia de subsidiariedade". Isto não significa que tenha sido eliminado o princípio da auto-responsabilidade ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidos: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno, para si e para a sua família (arquétipo do "Grande-Pai"). Por outro lado, o livre desenvolvimento cultural, social e econômico dos cidadãos é um processo público aberto às mediações de entidades privadas (instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação). O princípio da democracia econômica social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos

assunto, é válida a transcrição da opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Esse princípio foi adotado na Constituição de 1967, com a regra de que o Estado somente deve exercer atividade econômica para subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente. Na Constituição atual, contém-se, em termos um pouco diversos, no artigo 173, *caput*, em que está determinado que a atividade econômica só deve ser exercida pelo Estado por motivo de segurança ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Embora previsto apenas com relação as atividades econômicas, o princípio vem sendo aplicado com relação aos serviços não exclusivos do Estado (DI PIETRO, 2005, p. 53).

Essa parece ser a interpretação mais acertada do referido dispositivo. Afinal, o mesmo estabelece a regra geral de restar reservada à iniciativa privada a exploração direta de atividade econômica, somente sendo possível a sua exploração direta pelo Estado em casos muito específicos, por motivos de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante, devidamente fundamentados. Essas hipóteses são, indubitavelmente, excepcionais. Se não fossem, a norma restritiva contida no dispositivo perderia o sentido.

Assim, ainda que encarada por outro ângulo, é certo que a atuação direta do Estado permanece submissa ao princípio da subsidiariedade. Faz-se necessária uma intensa razão de interesse público para justificar a quebra do princípio da livre iniciativa do particular, consistente em casos em que, por exemplo, particulares não estejam interessados em determinada atividade ou não sejam capazes de executá-la de modo satisfatório para suprir determinados direitos fundamentais prestacionais, gerando prejuízos para a coletividade.

À vista disso, parece indubitável que a Constituição Federal de 1988 tenha adotado o modelo de Estado Democrático de Direito. E, ainda, que o princípio da subsidiariedade faça parte do ordenamento jurídico pátrio, sendo aplicável à atividade administrativa brasileira.

---

e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais" (CANOTILHO, 1993, ps. 470-471).

## 2.2 A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO: O SURGIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Conforme já suprarreferido, a forma de exercício da função administrativa pública, atribuição típica do Poder Executivo do Estado, vem passando por alterações substanciais nos tempos recentes. A relação verticalizada entre o Estado e os particulares, típica no Direito Administrativo tradicional, está cada vez mais horizontal. As prerrogativas com que conta a Administração Pública no exercício da suas funções estão cada vez sendo mais mitigadas. Em suma, a "supremacia e a unilateralidade foram substituídas pelo consenso e pela bilateralidade. Finalmente, o cidadão não é mais colocado em uma posição de subordinação" (CASSESE, 2004, p. 19) perante o Estado.

Costuma-se situar historicamente o início desse fenômeno no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, conforme já explicado na seção anterior no que pertine ao surgimento do Estado Social. Tratou-se de uma época de profunda reflexão e alteração das bases teóricas que sustentam o Estado moderno. Contribuiu para esse fenômeno, além da atenuação da virulência das ideologias totalitárias, o advento da Revolução das Comunicações, o que favoreceu o alcance pela população de uma condição de esclarecimento nunca testemunhada até então. Como consequência direta do incremento informativo, houve também um aumento das exigências do cidadão perante o Estado, culminando na positivação de direitos sociais nos ordenamento jurídicos dos países ocidentais (MOREIRA NETO, 2003).

Assim, essa mudança de paradigma não é um fenômeno isolado, exclusivo do Direito Administrativo. Bem ao contrário, faz parte de um movimento maior, inserido em um contexto de rediscussão das funções do Estado, embora a influência desse movimento na sua esfera administrativa tenha ocorrido de forma um pouco tardia, quando relacionada com as funções legislativa e judiciária<sup>23</sup>. Não é sem razão,

---

<sup>23</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto compara a evolução das funções legislativa e judiciária do Estado com a da função administrativa, e conclui que a desta última ocorreu de forma tardia, quando comparada às outras duas. Dita o referido autor: "Enquanto, a partir do legado inglês, a evolução da função legislativa e da função judicial assinalavam uma crescente harmonização entre a sociedade e o Estado, pavimentando nos últimos duzentos anos o desenvolvimento de uma sólida teoria de direitos fundamentais e do primado da

portanto, a existência de uma gama de autores pregando que os paradigmas tradicionais do Direito Administrativo estão em crise<sup>24</sup>.

Esses autores reconhecem que as já narradas transformações pelas quais passou o Estado Moderno verificadas no último século, notadamente a emergência e a consolidação do Estado Democrático de Direito e dos deveres prestacionais atribuídos ao Estado, provocaram um descompasso entre as tradicionais categorias do Direito Administrativo e as expectativas e necessidades das sociedades contemporâneas junto à Administração Pública (BINENBOJM, 2008)<sup>25</sup>.

Sabino Cassesse, ao identificar as características originais do direito administrativo francês no início do século XIX - local e época de nascedouro da matéria<sup>26</sup> - tais como nacionalidade, oposição entre

cidadania, de modo discrepante, a função administrativa ainda manteria, durante muito tempo a postura imperativa herdada dos tempos do absolutismo, mostrando-se impérvia à absorção de valores liberais e democráticos, só cedendo no curso do século XX, graças à evolução metodológica do Direito e do Direito Administrativo em particular" (MOREIRA NETO, 2006, p. 319).

<sup>24</sup> Marcos Augusto Perez identificou três linhas teóricas que anunciam que o direito administrativo está em crise. A primeira linha justifica a existência de crise por conta do desatendimento do parâmetro eficientista imposto ao Estado, sob o enfoque gerencial. O direito administrativo representaria tão somente um conjunto de amarras jurídicas que impediria o agir eficiente do administrador público. A segunda linha de doutrinadores que anunciam a crise do direito administrativo estariam sob influência da doutrina neoliberal. Criticam a essência do direito administrativo, que confere à Administração Pública uma condição privilegiada perante o particular. A terceira linha propugna que a chamada crise do direito administrativo representa a transição do modelo clássico de Administração Pública, organizado sob os moldes do sistema burocrático weberiano, para um novo modelo organizacional, baseado na consensualidade e na participação popular na gestão pública (PEREZ, 2004).

<sup>25</sup> Na opinião de Gustavo Binjenbojm, há pelo menos quatro pilares que configuravam o direito administrativo tradicional que estão em crise: o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, a legalidade administrativa como vinculação à lei, a intangibilidade do mérito administrativo no que se refere ao Poder Judiciário e a ideia de um Poder Executivo unitário, organizado sob uma fórmula hierárquica burocratizada (BINENBOJM, 2008).

<sup>26</sup> Considera-se válido, todavia, o apontamento realizado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, lembrando que ainda que o Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito seja um fenômeno relativamente recente (fins do século XVIII e início do século XIX, segundo a autora), anteriormente já existiam normas administrativas. Tais normas, todavia, enquadravam-se no *jus civile*. Segundo a autora, "eram normas esparsas, relativas principalmente ao

interesse público e interesse particular, presença de um regime jurídico administrativo<sup>27</sup>, relação estreita com o Poder Executivo e existência de um júízo administrativo (as lides administrativas não ficavam sujeitas ao Poder Judiciário), constatou que todas, em maior ou menor medida, sofreram transformações (CASSESE, 2004)<sup>28</sup>. Jacques Chevallier, por sua vez, ensina que as transformações vividas pela sociedade acabaram por esvaziar parcialmente o conteúdo do direito, desvalorizando o que se entende como a sua concepção tradicional. Isso porque o direito tradicional é pautado pelo autoritarismo, enquanto o que hoje está em voga, bem ao contrário, norteia-se pelo consensualismo (CHEVALLIER, 2005). Retratando esse processo de transição, vale a transcrição de excerto da obra de Maria João Estorninho:

A partir do momento em que o cidadão passa a exigir a intervenção da Administração e que se alarga de forma incomensurável o número de tarefas que esta deve desempenhar, o Direito Administrativo clássico torna-se num peso, num mero "registro de proibições inúteis" (DEBBASCH), não permitindo assegurar uma gestão eficiente da atividade administrativa. Um Direito Administrativo concebido para administrados "défendeurs" revela-se inadequado

---

funcionamento da administração pública, a competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia" (DI PIETRO, 1989, p.44).

<sup>27</sup> Termo definido por Marcelo Harger como o "conjunto de princípios e regras que regem a atividade administrativa delineando os contornos do direito administrativo e tornando-o um sistema coerente e lógico" (HARGER, 2008, p. 4). Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a expressão "significa indicar o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa" (DI PIETRO, 1989, p. 70).

<sup>28</sup> As alterações identificadas pelo autor, são, respectivamente, as seguintes: "fim do monopólio do Estado como fonte do direito administrativo, mitigação da supremacia do direito administrativo, crise na diferenciação entre direito administrativo e direito privado, diminuição da governabilidade do direito administrativo e sujeição da Administração Pública ao Poder Judiciário"(CASSESE, 2004, ps. 18-21).

para proteger administrados "démandeurs" (DEBBASCH).

Por outro lado, se a via autoritária era adaptada a uma sociedade onde o nível cultural era baixo, nos dias de hoje, a Administração não pode, frequentemente, "agir, se não conseguir convencer" (DEBBASCH). Torna-se, de facto, mais fácil administrar com a adesão do administrado, do que contra a sua vontade. A Administração aprendeu que é preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como mero destinatário ou subordinado. Isto vai, aliás, de encontro às preferências do administrado que hoje pretende ser ouvido e participar nas decisões administrativas (ESTORNINHO, 1990, p. 60)<sup>29</sup>.

Essa mudança de paradigma vivida pelo Direito Administrativo, ao menos em solo brasileiro, está estreitamente relacionada com o movimento de redemocratização pelo qual atravessou o País no decorrer da década de oitenta, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>30</sup>. Canotilho, inclusive, denomina esse fenómeno como "democratização da administração" (CANOTILHO, 1993, p. 429). A promulgação da nova Constituição Federal é um marco no Direito Administrativo brasileiro, pois além de dispor longamente sobre a matéria - uma inovação, em seara constitucional -, foi responsável por inserir no ordenamento diversas fórmulas de participação popular na Administração Pública, de modo a efetivamente garantir a observância do princípio democrático, que passou a nortear o agir do Estado brasileiro desde então. A participação popular, nesse ambiente, passa a

---

<sup>29</sup> Em outro trecho, a autora especifica a sua visão: "Este fenómeno insere-se num processo complexo, no qual o Estado tem vindo a adoptar 'modelos organizatórios novos e complicado' (NIGRO), de entre os quais se podem salientar: a fuga para o Direito Privado, a administração através de instrumentos legais ou a difusão de um modelo contratual através do qual a Administração, em vez de impôr "uma orientação ou ditar um acto, 'acorda' com os próprios destinatários da acção a solução para o problema administrativo ou até político' (NIGRO)" (ESTORNINHO, 1990, p. 64).

<sup>30</sup> O mesmo já havia acontecido em países como Espanha e Portugal, que também promulgaram novas Constituições logo após o fim de regimes autoritários (franquismo e salazarismo, respectivamente) (TÁCITO, 1996b).

representar um papel de condição de legitimidade democrática da atividade administrativa, já que

se reconhece que a participação representativa não é mais suficiente para garantir a legitimidade e, por isso, se multiplicam os instrumentos de coordenação de esforços entre sociedade e Estado (parceria), na linha da consensualidade (MOREIRA NETO, 1999b, p.6).

Nesse novo cenário, há autores, inclusive, que defendem a existência de um "princípio constitucional da participação popular junto à Administração Pública", no ordenamento jurídico do país. Ainda que não haja menção expressa desse princípio na Constituição Federal brasileira, a sua presença seria sentida por uma interpretação sistemática do texto constitucional, na forma do que já se explicou com respeito à subsidiariedade (PEREZ, 2004)<sup>31</sup>.

A necessidade de alterações na concepção clássica do Direito Administrativo decorre, ainda, da "crise de governabilidade"<sup>32</sup> que se impôs aos Estados Nacionais, decorrente principalmente da "crise de sobrecarga", por eles atravessada. É que, conforme explicado, as bases do Direito Administrativo tradicional foram construídas sobre um entendimento de Estado Mínimo, em que as atividades sob o pálio de competência estatal eram reduzidas. Com a alteração desse paradigma,

---

<sup>31</sup> Independentemente da discussão sobre a existência ou não do aludido preceito, certo é que existem diversas regras no texto constitucional disciplinando a participação popular na gestão da coisa pública. Cita-se, com amparo em Marcos Augusto Perez, os seguintes dispositivos constitucionais que assim o fazem: art. 10; art. 29, XII; art. 187; art. 194, VII; art. 198, III; art. 204, II; art. 205; art. 216. § 1º; art. 225; e, art. 227, § 1º. Dá-se destaque ao art. 37, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que estatui uma norma geral de participação popular na Administração Pública (PEREZ, 2004).

<sup>32</sup> Entende-se como "governabilidade" a "capacidade de o Governo conduzir a máquina estatal, e, por meio dela, a sociedade, no sentido de objetivos definidos, num quadro histórico, determinado e concreto, é o limite último do aceitável em matéria constitucional" (FERREIRA FILHO, 1994, p. 220) No olhar de Eli Diniz, "existiriam condições ótimas de governabilidade quando se observasse um equilíbrio entre as demandas sobre o governo e sua capacidade de atendê-las. O Excesso de demandas em face da capacidade de resposta do governo manifestar-se-ia por um desequilíbrio que, no limite, produziria ingovernabilidade" (DINIZ, 1997, p. 25).

muitas das diretrizes originárias do Direito Administrativo necessariamente tiveram de ser revistas.

Essa "crise de governabilidade" atingiu, em especial, o Estado brasileiro, estando consubstanciada no fato de que o mesmo assumiu a responsabilidade por muito mais tarefas do que teria condições de executar. Nesse contexto, era essencial restabelecer-se a "equação de governabilidade", ou seja, a seleção das atividades que efetivamente deveriam continuar a ser desempenhadas diretamente pelo Estado, e as que deveriam ser devolvidas à iniciativa privada (FERREIRA FILHO, 1994).

A crise de governabilidade ensejou a inserção no Direito Administrativo de conceitos antes reservados à administração empresarial, tais como o de "governança". A "governança" está relacionada com o incremento da capacidade governativa em um sentido amplo e multidimensional, contemplando aspectos institucionais, técnicos, administrativos e políticos<sup>33</sup>. Nesse sentido,

[...] a noção de governança envolve não apenas a capacidade de o governo tomar decisões com presteza, mas também sua habilidade de sustentar suas políticas, gerando adesões e condições para o desenvolvimento de práticas cooperativas, o que implica romper com a rigidez do padrão de gestão pública dominante (DINIZ, 1998, p. 16).

Nesse talante, a consensualidade administrativa pode, inclusive, ser considerada como um instrumento de elevação da governança. No olhar de Jacques Chevallier, "[a] governança implica, ao mesmo tempo, a ampliação do círculo dos atores associados aos procedimentos decisórios e a procura sistemática de soluções de tipo consensual" (CHEVALLIER, 2005, p. 131).

A Administração Pública representa uma espécie de "interface" entre o Estado e a sociedade, dada a sua função de receber e atender os reflexos recebidos desta última, por meio da promoção de ações destinadas a suprir as necessidades da população (OLIVEIRA, 2010).

---

<sup>33</sup> "A expressão governança surge, no tocante à gestão pública, visando ao aprofundamento das condições que tornam um Estado eficiente e, neste particular, não apenas associado a aspectos econômicos da atuação estatal, sendo a atuação do Estado-Administração avaliada pelos resultados de suas condutas, assim como o modo de exercício do poder" (MIRAGEM, 2013, p. 53).



Na moderna concepção de Administração Pública, há suporte da sociedade para a promoção dessas atividades, que deixam de ser exclusividade da Administração. Assim, a "governabilidade" passa a depender não somente da clarividência dos tecnocratas iluminados, mas também da capacidade de articulação do aparato estatal com as instâncias da política democrática (DINIZ, 1997).

Nesse novo ideário de Administração Pública, o cidadão passa a ocupar posição nodal. Com a instituição de instrumentos jurídicos que possibilitam a sua participação na Administração Pública, o cidadão passa a depender somente da sua proatividade para participar da gestão pública da sua comunidade<sup>34</sup>. O cidadão deixa de representar apenas um dado estatístico nas democracias formais para tornar-se o centro do processo político, como autor, ator espectador e destinatário, participando de todas as etapas de elevação da democracia, para além da tão somente eleitoral (MOREIRA NETO, 1999a).

A solução encontrada para adequação do Direito Administrativo, estabelecido sobre bases oitocentistas, à nova realidade social é o estreitamento das relações entre o Estado e a sociedade civil, que também passa a ocupar posição de destaque no desenvolvimento da nação. Nesse cenário, conforme ensinado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

dá-se a ascensão da sociedade, de objeto do jogo a protagonista político, e se desenvolve um novo diálogo em que se sobressaem as suas demandas de eficiência e de ética em relação ao Estado, que, por isso, vai deixando de ser dela um tutor para ser seu instrumento, e o indivíduo, em consequência, passa de súdito a cidadão (MOREIRA NETO, 1999b, p. 2).

---

<sup>34</sup> Gustavo Justino de Oliveira elenca as características do cidadão que participa da Administração Pública: "É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como o seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participador, que assume posturas proativas perante uma Administração Pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade" (OLIVEIRA, 2010, p. 167).

Nesse contexto, a "solução de problemas coletivos não é mais, portanto, da responsabilidade exclusiva do Estado, mas implica a participação dos atores sociais" (CHEVALLIER, 2005, p. 132). O Estado, enquanto ente indutor do desenvolvimento, não só pode procurar o auxílio do particular para bem executar políticas públicas, como, sobretudo, deve fazê-lo. Roberto Dromi, versando sobre a realidade argentina, afirma que:

El Estado solo todo no lo puede. Llama a los particulares para que colaboren en determinadas materias que hacen al obrar público para dinamizar y agilizar la gestión; es el caso en nuestro país de las privatizaciones y de nuevas figuras jurídicas como las asociaciones público-privadas.

Así, la gestión pública puede ser estatal, no estatal y mixta según las materias. En la fórmula mixta interactúan Estado y particulares (concesionarios, licenciarios, permisionarios e instituciones de la economía solidaria) con un control integral del desenvolvimiento gerencial público (DROMI, 2007, p. 43)<sup>35</sup>.

Pois bem, essa moderna concepção de Administração Pública, que valoriza a participação do particular na atividade administrativa, é denominada "Administração Pública consensual". Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka a definem como aquela que se vale do

emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas. Tais atividades podem envolver unicamente a participação de órgãos e entidades

---

<sup>35</sup> "O Estado não pode tudo sozinho. Convida os particulares para colaborar em determinados assuntos públicos, visando dinamizar e otimizar a gestão; é o caso, em nosso país, das privatizações e de novas figuras jurídicas, como as parcerias público-privadas. Assim, a gestão pública pode ser estatal, não estatal e mista, dependendo da matéria. Na fórmula mista, há a interação entre o Estado e os particulares (concessionários, licenciados, permissionários e instituições sem fins lucrativos) com um controle abrangente do desenvolvimento da gestão pública" (tradução livre do autor).

públicas, como também contemplar a sua interação com organizações de finalidade lucrativa (setor privado) ou desprovidas de finalidade lucrativa (Terceiro Setor). (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 131)

Nessas circunstâncias, conforme já dantes explicado, a unilateralidade do agir estatal é considerada uma prática inadequada, prejudicial e um tanto quanto anacrônica. Ganha força, então, a ideia oposta, que valoriza a bilateralidade e recomenda a prática de "governar por contrato", que "evocaria a necessidade de o Estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações" (OLIVEIRA, 2008b, p. 25)<sup>36</sup>. Esse fenômeno é chamado de "contratualização da atividade administrativa", cuja conceituação é assim apresentada por Paulo Modesto:

Contratualização da atividade administrativa, neste contexto, indica uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Assinala, também, não um ato, mas antes um procedimento administrativo, uma forma especial de realizar a função administrativa através da sucessão ordenada e encadeada de atos de planejamento, acordo de metas e indicadores de desempenho e de atos de fiscalização do pactuado (MODESTO, 2013, ps. 13-14).

Caio Tácito, por seu turno, denomina esse movimento de alteração das bases do Direito Administrativo tradicional como "Direito Administrativo Participativo", que "restaura a presença do empresário na economia e valoriza a participação popular na gestão e mesmo no controle da atividade administrativa", além de tender "ao abandono da

---

<sup>36</sup> "Os instrumentos contratuais surgem por arregimentar dois eixos de inspiração constitucional: a maior participação privada na atividade administrativa e a demanda por novos métodos de atuação da Administração Pública com o fim de atendimento aos fins promocionais do Estado. Não é demais assentar que o consensualismo como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, caro à teoria geral dos contratos e, no âmbito do direito administrativo, consectário da imperatividade de se equilibrar o poder da Administração com a vontade dos administrados" (NERY, 2013, p. 99).

vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade" e caminhar "para modelos de colaboração" (TÁCITO, 1998b, p. 30). O autor, em outra obra, afirma que "[o] Estado deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade" (TÁCITO, 1997, p. 727). Bem ao contrário,

[a] moderna tendência do direito público marca [...] a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público (TÁCITO, 1996b, p. 28).

De mais a mais, a explicada mudança de paradigma reflete a percepção amplamente reconhecida na contemporaneidade de que o Estado contemporâneo, ente incumbido de um grande e crescente número de complexas atribuições, necessita do auxílio do particular para satisfatoriamente promover as atividades que lhe são atribuídas pela Constituição Federal e assegurar a observância dos direitos sociais dos cidadãos<sup>37</sup>. E a Administração Pública, como braço estatal responsável pela promoção das referidas atividades<sup>38</sup>, essas que são resultado das políticas públicas<sup>39</sup> governamentais, teve que estruturar novas

---

<sup>37</sup> Sobre o assunto, colhe-se a opinião de Joel de Menezes Niebuhr: "Já não é de hoje que, em virtude da complexidade das relações de produção e do avanço incontestado de novas tecnologias, geradoras, por consequência, de novas comodidades e soluções, a Administração Pública se vê crescentemente forçada a adquirir bens e a receber serviços e outras utilidades de seu interesse junto a terceiros" (NIEBUHR, 2011, p. 656).

<sup>38</sup> Segundo Marcos Augusto Perez, "a Administração Pública tornou-se fundamental para a vida da coletividade, agigantando-se como órgão interventor na economia, tanto nos países capitalistas, como nos demais. Propulsora ou, ao menos, mediadora do desenvolvimento econômico e curadora dos direitos humanos, individuais e sociais, esses foram os papéis que o século XX reservou para a atuação da Administração Pública" (PEREZ, 2004, p. 38).

<sup>39</sup> Para Maria Paula Dallari Bucci, "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2006, p. 241). No olhar de Cristiane Derani, essas políticas públicas originam-se das relações de força da sociedade

modelagens jurídicas que comportassem a execução satisfatória de tais atividades, pautadas pela consensualidade. E a celebração de parcerias com as Organizações Sociais, por meio da assinatura de contratos de gestão é um desses instrumentos que caracterizam o moderno Direito Administrativo.

Outros conceitos inovadores no âmbito do Direito Administrativo, ainda que indiretamente atinentes ao tema, também ganham relevo nessa nova concepção, tais como as noções de segurança jurídica, boa-fé contratual e proteção à confiança legítima<sup>40</sup>. A importância desses conceitos remonta à valorização da ideia original do Direito Administrativo, segundo a qual o mesmo tem por escopo proteger o interesse dos cidadãos perante o poder de império do Estado. Visam, assim, a tornar mais horizontal a relação verticalizada entre Estado e cidadão. Aliás, a confiança<sup>41</sup> é um conceito chave para que seja

---

(dos interesses antagônicos em debate), e o resultado deste embate formará a política, conjunto de decisões tomado pelo Estado (DERANI, 2002). A Administração Pública representa a estrutura pela qual o Estado vale-se para executar políticas públicas. As políticas públicas, no ambiente em que se insere o Estado moderno, representam as diretrizes gerais para o caminho das ações a serem tomadas por Estado, indivíduos e organizações (BUCCI, 2006).

<sup>40</sup> Em linhas generalíssimas, pode-se dizer que o referido princípio, oriundo do direito alemão, "en un sentido jurídico, significa, [...] en el ámbito público, la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, la adecuada retribución a sus esperanzas de actuación se extiende tanto al campo de la Administración (*Verwaltung*) como de la legislación (*Gesetzgebung*), como, por último, de la jurisprudencia (*Rechtsprechung*) (BLANCO, 1998, p. 110). O preceito possui estreita ligação com os conceitos de eficiência e eficácia, já que "recognition of legitimate expectations is not only about fairness to the individual and control of administration power, it is also a powerful means to administrative efficacy" (SCHONBERG, 2000, p. 24). O autor já escreveu sobre o tema no seu Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (LINS, 2012).

<sup>41</sup> Sobre o assunto, vestem como luvas as lições de Juarez Freitas: "Em nosso contexto só recentemente começou a se emprestar a devida atenção ao sentido altamente positivo da confiabilidade jurídico-administrativa como requisito de estabilidade institucional e de obtenção do chamado 'grau de investimento'. Bem por isso, os controladores, em sinergia, precisam atuar como avalistas dessa confiança legítima na voz do Estado-Administração, vigiando para que a hobbesiana desconfiança generalizada - que redundava na guerra de todos contra todos - arrefaça e ceda à cultura da credibilidade, na qual as promessas são cumpridas, ou seja, a racionalidade dialógica prepondera sobre o risco do colapso sistêmico. (FREITAS, 2009, p. 96) Segundo o autor, "o controle deve

possibilitada a cooperação entre Estado e iniciativa privada, e, portanto, para a noção de consensualidade aqui defendida.

Enfim, é a noção de consensualidade que pauta o ideário moderno sobre a atividade da Administração Pública. Tanto assim que distintos autores propugnam a existência de um princípio da consensualidade, que poderia ser definido como o "primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado"(MOREIRA NETO, 2003, p. 38)<sup>42</sup>.

Dessa maneira, cabe concluir neste tópico que se está em período no qual se valoriza sobremaneira a atuação concertada entre Administração Pública e particulares, com vistas a promover da melhor maneira possível os direitos fundamentais encartados na Constituição da República. Mais do que uma prerrogativa, é um dever da Administração Pública dialogar e estimular a participação da iniciativa privada na consecução de atividades de interesse público. A introdução da consensualidade "nas atividades da Administração está destinada a acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades de criatividade e de ação da sociedade" (MOREIRA NETO, 2006, p. 349). Afinal, finalmente chegou-se a conclusão de que "o barco do Estado pode navegar mais eficazmente se forem outros a remar, e não só o governo" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 32). Além disso, parece claro que "os governos preocupados com a prestação direta de serviços muitas vezes chegam a abdicar da sua função de indicar o rumo para a sociedade" (idem, p. 34).

Todavia, essa moderna concepção de Administração Pública exige adaptações práticas, não somente teóricas, nos instrumentos de gestão pública utilizados pela máquina governamental. Isso implica em uma modernização na fórmula organizacional da Administração Pública, já que as suas atribuições, verdadeira razão de sua existência, alteraram-se substancialmente. Essa questão é o objeto das reformas

---

ser confiável e, nessa medida, gerador de confiança legítima, para além das descontinuidades governativas e das políticas episódicas, de sorte a induzir e estimular investimentos parceiros e longo prazo, reduzindo onerosos conflitos intertemporais" (FREITAS, 2009, p. 477).

<sup>42</sup> Nesse mesmo sentido o entendimento de Ana Rita de Figueiredo Nery, que considera "o consensualismo como um princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, caro à teoria geral dos contratos, e, no âmbito do direito administrativo, consectário da imperatividade de se equilibrar o poder da Administração com a vontade dos administrados" (NERY, 2013, p. 99).

administrativas pelas quais passou o Estado brasileiro no último século, assunto será abordado na próxima seção.

### 2.3 GESTÃO PÚBLICA E REFORMA ADMINISTRATIVA

A explicada alteração conceitual, teórica e filosófica no modo de atuação da Administração Pública seria inócua se não fosse acompanhada da positivação dos meios necessários para que fosse colocada em prática. Assim, o cenário ora descrito levou à necessidade de adaptações na formas de gestão pública, o que, por consequência, culminou na promoção de alterações na própria estrutura da organização administrativa<sup>43</sup>. Não poderia ser diferente, pois "existe uma inevitável relação entre a forma como se apresenta o Estado e a estruturação e a atuação da Administração Pública na concretização das suas finalidades" (FINGER, 2004, p. 69). Sendo assim, em paralelo à mudança de cultura sobre o papel do Estado e da Administração Pública junto à sociedade, houve movimentos de perpetração de reformas na Administração Pública<sup>44</sup>.

A locução "gestão pública" refere-se às técnicas utilizadas pelo administrador público para responder às demandas da sociedade. O conceito está inserido, conforme já ressaltado, no conceito maior de Administração Pública. As estratégias de gestão pública possuem caráter instrumental, dizendo respeito, em última análise, aos meios empregados pelo Poder Público para atingir seus objetivos e satisfazer ao interesse público. Nesse sentido, Daniel Hachem assinala que o objetivo principal da gestão pública é

---

<sup>43</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz menção a uma "crise administrativa", que decorreria de um fenômeno maior, a já mencionada "crise do Estado", em todas as suas matizes: política, econômica e social (MOREIRA NETO, 1999a). Era necessário, pois, à Administração Pública, adaptar-se a essa nova conjuntura política, econômica e social, sob pena de sucumbir ao anacronismo.

<sup>44</sup> Em suma, faziam-se necessárias também e principalmente mudanças que refletissem sobre o campo prático. É o que ensina Figueiredo: "a reforma exige muito mais que a simples edição de normas. Para o estabelecimento de uma nova administração, deve-se reformular e descentralizar as estruturas, tornando-as capazes de produzir resultados. Mais importante ainda é a *criação de mecanismos que viabilizem a integração dos cidadãos no processo de definição, implementação e avaliação da administração*" (FIGUEIREDO, 2002, p. 89).

[...] compreender como as instituições públicas podem atender às atribuições que lhe são inerentes, de forma eficaz, eficiente, transparente e responsável, através de conhecimentos, ferramentas e técnicas específicas para uma gestão executiva efetiva (HACHEM, 2011, p. 77).

O termo, portanto, está intimamente relacionado com conceitos de eficácia e a eficiência, que são verdadeiros desafios à atuação da Administração Pública. Segundo o autor, trata-se de um novo fator de legitimidade da atuação do Estado (HACHEM, 2011, p. 80). A temática é complexa porque, mesmo sendo indubitável que o aprimoramento das técnicas de gestão pública deve levar em consideração o ajuste fiscal e a racionalidade na aplicação de recursos, não pode desprender-se da sua função principal, qual seja, garantir o atendimento às demandas da população de forma eficiente, satisfazendo ao interesse público<sup>45</sup>.

Conforme se demonstrará com mais detalhes posteriormente, foi justamente o reconhecimento da ineficiência das práticas de gestão pública que fortaleceu o discurso pela necessidade de reformas na estrutura da Administração Pública federal brasileira. O tema acabou ocupando o centro das atenções da opinião pública, já que houve a expectativa de que a reforma administrativa traria ganhos de eficiência na atuação da Administração Pública

Note-se que, por reforma administrativa, que configura uma das vertentes da chamada Reforma do Estado (que envolve outras campos, como Reforma Política, Reforma Tributária, etc.), entende-se

[...] um conjunto de medidas direcionadas a modificar as estruturas, organização, funcionamento, tarefas e instrumentos da Administração Pública, com a finalidade de melhor capacitá-la para servir aos fins do Estado e aos interesses da sociedade (OLIVEIRA, 2010, ps. 37-38).

---

<sup>45</sup> "É evidente [...] que a Administração Pública deve preocupar-se com os meios utilizados, prezando pela racionalidade dos recursos públicos. No entanto, a complexidade da gestão pública consiste justamente nesse dever de, simultaneamente, ser instrumental (atentar-se à redução de gastos, à racionalização na alocação de recursos, à escolha dos meios mais eficientes) e orientar-se a partir dos valores sociais, conciliando posições individuais muitas vezes divergentes" (HACHEM, 2011, p. 85).



Trata-se, em última análise de verdadeiras políticas públicas, cujo objetivo é elevar a performance de um dado sistema burocrático. Elevar a performance significa introduzir e/ou elevar ganhos de eficiência, efetividade e eficácia nas atividades da Administração Pública. As políticas públicas aplicadas em reformas administrativas costumam ser executadas conforme duas orientações básicas: de um lado, pela introdução de ganhos de racionalidade na gestão financeiro-fiscal do Estado; por outro, pela promoção de mudanças institucionais visando ao aprimoramento das estruturas de controle, gestão e delegação do sistema burocrático (REZENDE, 2002).

É por esse motivo que as novas práticas de gestão pública devem ser consonantes com os conceitos de Administração Pública consensual e de Democracia participativa antes mencionados. Afinal, tais conceitos representam as tendências para o Direito Administrativo do novo milênio, e têm como escopo aprimorar a qualidade dos serviços prestados à população. Nessa toada, as técnicas de gestão pública contemporâneas devem estar voltadas à criação de meios que viabilizem a cooperação, a negociação e a busca por consensos em torno da política governamental (DINIZ, 1997). Roberto Dromi corrobora esse entendimento, afirmando que "[...] las ideas de la gestión pública para el desarrollo serán producto del consenso, serán ideas fuerza direccionadas al bien común, temas colectivos que convocarán a toda la sociedad" (DROMI, 2007, p. 19)<sup>46</sup>.

A tão falada ineficiência da Administração Pública decorre, em grande medida, de dois fatores: primeiro, da persistência na Administração Pública brasileira de resquícios do patrimonialismo, fenômeno que consiste em herança portuguesa da época colonial; segundo, do fato de a gestão da coisa pública brasileira estar instalada sob uma burocracia administrativa excessiva, "que, fiel a seus processos, impedia ou retardava a ação administrativa em favor do seu objetivo precípua, qual seja, a adequada prestação de serviços públicos" (MIRAGEM, 2013, p. 24).

O termo patrimonialismo não designa propriamente um modelo de gestão pública. Refere-se à situação em que o aparato estatal é dominado por elites sociais, políticas e/ou econômicas, as quais, "ao dirigir a atuação administrativa em favor dos seus próprios interesses,

---

<sup>46</sup> " [...] as ideias da gestão pública para o desenvolvimento serão produto do consenso, serão ideias direcionadas ao bem comum, temas coletivos que convocarão toda a sociedade" (tradução livre do autor).

promoveram a reprodução de um modelos exclusivista e ineficiente no tocante à prestação de serviços públicos à população" (MIRAGEM, 2013, p. 24). Em uma Administração Pública eivada pelo patrimonialismo, não há certeza sobre o que é público e o que é privado, já que "a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício do seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal" (WEBER, 1999, p. 253). Assim, "[a] posição global do funcionário patrimonial é [...] em oposição à burocracia, produto de sua relação puramente pessoal de submissão ao senhor" (WEBER, 1999, p. 255).

O curioso é que a segunda das razões que, hodiernamente, reconhecidamente levam a ineficiência da Administração Pública - a instauração do modelo burocrático de organização - teve como objetivo justamente combater a primeira. De forma mais direta, como tratado com mais detalhes posteriormente, a instauração de uma organização burocrática na Administração Pública brasileira mirou exatamente combater e extirpar o patrimonialismo, propugnando o desfazimento das relações de poder que pautavam a gestão pública da época.

Todavia, na prática, a organização burocrática, apesar de ter contribuído para atenuar o patrimonialismo, não se mostrou tão eficiente quanto se imaginava, o que levou diversos autores a desenvolver novos modelos para a organização da gestão administrativa. É nesse contexto que emergiram os modelos de organização pós-burocráticos, dentre os quais consta o que se convencionou chamar em solo brasileiro de "gerencialismo".

Adiante esses modelos de organização da gestão pública serão objeto de uma análise mais detida. Antes, porém, é importante expor a evolução do movimento reformista administrativo no Brasil, culminando na reforma administrativa realizada em meados dos anos 90, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Far-se-á, ainda, menção às reformas administrativas realizadas no estrangeiro, que influenciaram sobremaneira a última reforma administrativa ocorrida no Brasil.

### **2.3.1 Breve histórico do movimento de reformas administrativas no Brasil**

Apesar de o tema ter retornado à pauta com maior intensidade após a promulgação da Constituição Federal de 1988, debates sobre a necessidade de uma reforma na Administração Pública federal não são novidade no Brasil. Na verdade, há muito se discute sobre o assunto

nesse País.<sup>47</sup> É conveniente, portanto, traçar um breve histórico dos processos de transformação registrados na Administração Pública brasileira, de forma a contextualizar o último grande movimento de reforma administrativa observado, que aconteceu na metade final da década de 90.

A primeira iniciativa de reforma administrativa em território brasileiro ocorreu nos anos 1930<sup>48</sup>. Àquela época, a reforma administrativa buscava a superação do paradigma patrimonialista<sup>49</sup>, estreitamente vinculado à tradição, que caracterizava o agir da Administração Pública brasileira desde 1889, ano da proclamação da República<sup>50</sup>. Em verdade, pode-se dizer que esse era o modelo vigente no Brasil desde a época colonial<sup>51</sup>. Desde 1808, ano em que a família

---

<sup>47</sup> Já em 1862 Paulino José Soares, Visconde de Uruguai, defendia, em seu Ensaio sobre o Direito Administrativo, a necessidade de descentralizar a Administração Pública brasileira (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969)

<sup>48</sup> "Entre as medidas tomadas nessa fase, destacam-se: - Institucionalização da 'Comissão de Padronização', em 1930, que se transformou, em 1931, em 'Comissão Central de Compras'. - Lei n.º 284, de 28-10-1936, a primeira Lei geral para o Serviço Público, estabelecendo normas básicas de Administração de Pessoal, um Sistema de Classificação de Cargos e um órgão central de Pessoal - o Conselho Federal de Serviço Público Civil. - Decreto-lei n.º 579, de 30-7-1938 - cria o DASP (já previsto na Constituição de 10 de novembro de 1937). - Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-1939 - estabelece o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. - Em 1940, padronizaram-se as normas orçamentárias e contábeis dos Estados e Municípios. (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969, ps. IX-X)

<sup>49</sup> "O patrimonialismo é visto por Weber como um sistema no qual os funcionários não são admitidos em bases contratuais, mas são escravos ou clientes de quem detém o poder, sendo recompensados com benefícios em dinheiro ou em espécie (natureza). As funções administrativas são distribuídas com base na tradição ou no arbítrio do soberano, sendo 'todos os meios de administração considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder'" (NOHARA, 2012, 16).

<sup>50</sup> "Na República Velha (1889-1930), o esquema de relações entre o poder público e a esfera privada caracterizou-se como, conforme análise de Victor Nunes Leal, essencialmente coronelista" (NOHARA, 2012, p. 14).

<sup>51</sup> Raymundo Faoro, em obra que já se tornou clássica, promove anotações sobre o patrimonialismo à época do Brasil Colônia: "O PATRIMONIALISMO, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo — o cargo carregado de

real portuguesa aportou no Brasil em fuga das investidas do exército napoleônico no território português, período que marca o surgimento de um aparato administrativo próprio do Brasil, observam-se práticas patrimonialistas na Administração Pública brasileira<sup>52</sup>.

---

poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência. O Estado ainda não é uma pirâmide autoritária, mas um feixe de cargos, reunidos por coordenação, com respeito à aristocracia dos subordinados. A comercialização da economia, proporcionando ingressos em dinheiro e assegurando o pagamento periódico das despesas, permitiu a abertura do recrutamento, sem que ao funcionário incumbissem os gastos da burocracia, financiando os seus dependentes. Todos, cargos elevados — que ciavam nobreza ou qualificavam origem aristocrática —, como os cargos modestos, hauriam a vida e o calor do tesouro, diretamente vinculado à vigilância do soberano. O comércio, controlado ou explorado pelo príncipe, é, por sua vez, a fonte que alimenta a caixa da Coroa. O modelo de governo, que daí se projeta, não postula o herói feudal, nem o chefe impessoal, atado à lei. O rei é o bom príncipe, preocupado com o bem-estar dos súditos, que sobre eles vela, premiando serviços e assegurando-lhes participação nas rendas. Um passo mais, num reino onde todos são dependentes, evocará o pai do povo, orientado no socorro aos pobres. Ao longe, pendente sobre a cabeça do soberano, a auréola carismática encanta e seduz a nação. O sistema de educação obedece à estrutura, coerentemente: a escola produzirá os funcionários, letrados, militares e navegadores. Mas os funcionários ocupam o lugar da velha nobreza, contraindo sua ética e seu estilo de vida. O luxo, o gosto suntuário, a casa ostentatória são necessários à aristocracia. O consumo improdutivo lhes transmite prestígio, prestígio como instrumento de poder entre os pares e o príncipe, sobre as massas, sugerindo-lhes grandeza, importância, força" (FAORO, 2001, ps. 99-100).

<sup>52</sup> Sérgio Buarque de Hollanda considera que o País - então Colônia - passou a ser dotado de aparato administrativo próprio a partir de 1750, antes, portanto, da família real portuguesa aportar no Brasil. Aduz o autor que "[...] a partir de 1750, inicia-se um período governamental e administrativo completamente distinto das práticas do velho absolutismo paternalista lusitano. Completando-se o que poderíamos considerar sua fase inicial e preparatória em 1763, exatamente com a transferência da sede do vice-reinado para o Rio de Janeiro, começaria a operar um novo sistema, atingindo tanto os princípios inspiradores, quanto os processos executivos, a que não poderiam escapar, mesmo na falta de mais profunda formalização legal, a estrutura governativa e as usanças administrativas. Não trazendo o reinado de D. Maria, como já assinalamos, verdadeira interrupção dessa experiência de planejamento e racionalização instalada pelo pombalismo, pôde ela continuar a desenvolver-se, com o que a colônia se afastaria dos padrões duma grande feitoria para aproximar-se, ao menos em parte, duma estrutura quase-estatal. A definição jurídica do território

O fato de a Administração Pública nacional ser pautada, àquela época, por práticas patrimonialistas não quer dizer que a legislação do período não previa normas de organização do aparato administrativo pátrio. Na verdade, a Constituição de 1824 reconhecia, por exemplo, o direito de todos a serem admitidos no serviço público, proibindo quaisquer critérios de escolha externos aos seus "talentos ou virtudes"<sup>53</sup>. Ocorre que, "na prática, somente eram nomeados os que possuíam compadrios e boas amizades" (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 326). A existência de normas constitucionais atinentes à matéria, portanto, não representava garantia de sua aplicação na prática, reflexo da recência da instauração de um Estado de Direito no Brasil.

É essa a razão do argumento corrente de que àquela época vigorava no Brasil uma "burocracia patrimonial" (FAORO, 2001, p. 59). Em outras palavras, independentemente da existência de um aparato burocrático formal, instituído por lei, a Administração Pública era completamente dominada pelas aristocracias locais, situação que se estendeu do final do período colonial até a Primeira República (BRESSER-PEREIRA, 2008).

No patrimonialismo, conforme já ressaltado, há "o domínio do funcionário, sombra do rei, infiel aos fins ideais do soberano, mas

---

e a efetiva ocupação das fronteiras, a centralização do poder, sua utilização num sentido corretivo da imperfeita rotina do passado e numa função propulsora das atividades produtivas e distribuidoras, o estabelecimento ao menos experimental de mais corretos quadros burocráticos, militares e judiciários, conjugaram-se num arcabouço, provavelmente apenas esboçado, porém já oferecendo possibilidade desconhecidas no período anterior a Pombal. Sobre ele, efetivamente, viria a assentar-se o poder real quando para cá se transladasse" (BUARQUE DE HOLANDA, 1993, p. 379). Todavia, "se o poder monárquico recém instalado exigiu que os órgãos e estruturas administrativas fossem transplantados de Portugal ou recriados aqui, promovendo avanços institucionais em terras brasileiras, não houve modificação substancial de seu *modus operandi*" (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 323). Isso justifica a aposição retro de que o patrimonialismo consiste em herança do período colonial.

<sup>53</sup> Constituição brasileira de 1824: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Cívicos, Políticos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

coerente com o patrimonialismo que este encarna e dirige" (FAORO, 2001, p. 201). Nesse modelo, a burocracia estatal, que deveria agir em prol de interesses coletivos, é "capturada"<sup>54</sup> por interesses privados. "O burocrata, já desenvolvido do embrião estamental do cortesão, furta e drena do suor do povo porque a seu cargo estão presos os interesses da colônia e do reino" (*Ibidem*). Assim, a Administração Pública pautada pelo patrimonialismo caminha em sentido diametralmente oposto à propugnada por um Estado Democrático de Direito: a busca pela satisfação do interesse público.

Esse cenário desalentador reforça o argumento de que, desde a Idade Média, a ideia de modernização e reforma do Estado remonta à tentativa de instauração de um modelo racional na Administração Pública (modelo burocrático weberiano), buscando-se paulatinamente superar as relações patrimonialistas, ordinariamente prevalescentes neste meio (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010).

É esse o contexto que o movimento reformista dos anos 1930, protagonizado pelo governo de Getúlio Vargas<sup>55</sup>, buscou enfrentar. A

---

<sup>54</sup> "O estreitamento dos vínculos entre elites estatais e empresariais, em certos momentos no tempo e em certas agências burocráticas, sob os efeitos de um contexto fracamente competitivo, gerou situações de intrincado entrelaçamento de interesses e mesmo de subordinação do público ao privado. Sob diferentes designações, como captura do Estado (Stigler, 1975; Tollison, 1982), caráter bifronte do corporativismo (O'Donnell, 1976), ou privatização do Estado (Diniz e Boschi, 1991; Diniz, 1992), diferentes autores chamariam a atenção para as distorções e perda de eficiência da gestão estatal, em consequência do prevalecimento da ótica dos interesses privados. Forte no sentido do poder decisório nele concentrado, o Estado brasileiro revelou-se extremamente débil quanto à sua eficácia na obtenção de conformidade e de aquiescência às suas decisões" (DINIZ, 1998, p. 13).

<sup>55</sup> "DE DOM JOÃO I A GETÚLIO VARGAS, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado — o capitalismo político, ou o pré-capitalismo —, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo — liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de

metodologia aplicada na reforma foi pautada pela tentativa de moralização do serviço público brasileiro por meio da instituição da meritocracia, seguindo a pioneira experiência britânica, ocorrida entre os anos de 1850 e 1870 (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010). É possível afirmar, portanto, que foi nessa época que foi efetivamente estruturado o "direito administrativo brasileiro" (PESSOA, 2009, p. 25), instaurando-se o modelo de gestão burocrático na Administração Pública brasileira.

Essa dita reforma administrativa, entretanto, não logrou êxito em eliminar completamente o patrimonialismo da Administração Pública no país<sup>57</sup>. Bem ao contrário, resquícios desse sistema estão até hoje presentes no interior da estrutura administrativa nacional, sendo que a burocracia e o patrimonialismo convivem em uma mesma estrutura organizacional (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010). A consistente permanência de práticas patrimonialistas é resultado das relações de poder, da estrutura social e dos valores políticos e ideológicos reinantes na sociedade brasileira (MATIAS-PEREIRA, 2013), paradigmas que não se alteram somente com modificações legislativas em curto espaço de tempo. Tanto é que, segundo Matias-Pereira,

---

poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi" (FAORO, 2001, p. 864).

<sup>56</sup> "Desde que chega ao poder, Getúlio Vargas entendeu que as deficiências administrativas eram centrais na explicação do atraso econômico do país. Para explicar a revolução, afirma Getúlio Vargas em discurso de 1931: 'agravados esses males com a anarquia administrativa, a desorganização financeira [do Estado], e a depressão econômica... a reação impunha-se'" (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 49).

<sup>57</sup> "Observa-se, em que pese os esforços para superar o modelos burocrático e implantar o modelo gerencial, que o modelo patrimonialista de gestão bem sendo intensamente retroalimentado, na última década, com o crescente aumento da máquina governamental sem critérios técnicos e dos gastos públicos (criação de Ministérios, Secretaria, empresas estatais, aumentos salariais, etc.), negociação de apoio político e entrega de Ministérios e órgãos estratégicos para partidos, sem critérios técnicos, distribuição de cargos de elevado nível hierárquico para afiliados políticos sem levar em consideração a competência técnica, utilização de recursos públicos para financiar interesses políticos escusos, entre outros" (MATIAS-PEREIRA, 2013, p. 24).

[n]a gestão pública, o país nunca chegou a ter um modelo de burocracia pública consolidada. Constata-se a existência de um padrão híbrido de burocracia patrimonial. [...] É perceptível que o Estado patrimonialista está fortemente presente na cultura política brasileira e se manifesta no clientelismo, no corporativismo, no fisiologismo e na corrupção (MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 76).

Após, nos anos 50 e 60, foram retomadas as discussões sobre reforma administrativa no País. Nesse período, já eram perceptíveis sobre a Administração Pública os efeitos do que popularmente se conhece por burocracia, ou seja "papelada, número excessivo de tramitações, apego excessivo aos regulamentos, ineficiência" (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 21).

Visando justamente a eliminar os problemas decorrentes dessa "burocracia", foram editados o Decreto n.º 39.510/1956, que determinava o funcionamento da Comissão de Simplificação Burocrática - COSB, o Decreto n.º 39.855/1956, que criou a Comissão de Estudo e Projetos Administrativos - CEPA, e o Decreto n.º 54.401/1964, que criou a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa - COMESTRA. O trabalho dessas comissões - essa última integrou o movimento chamado de Reforma Castello Branco - acabou culminando na edição do Decreto-lei n.º 200/1967, até hoje vigente, que dispõe sobre a organização da Administração Pública federal (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969). A edição do decreto objetivou simplificar as rotinas administrativas, conferindo maior agilidade ao agir da Administração Pública, e também promover descentralização administrativa<sup>58</sup>.

O Decreto-lei n.º 200/67 introduziu importantes conceitos no Direito Administrativo brasileiro, tais como o da separação da Administração Pública em direta e indireta e os princípios estruturantes do setor público, como os princípios do planejamento, da coordenação,

---

<sup>58</sup> Segundo Irene Nohara, "[o] Decreto-Lei n.º 200/67 foi responsável pela descentralização situada essencialmente no âmbito da Administração Indireta, chamada pela doutrina de descentralização administrativa por serviços, mas não pela descentralização política propriamente dita - que dependeria de uma Constituição que distribuisse de forma equânime as competências materiais e financeiras entre os entes federativos e que fosse, na prática, obedecida" (NOHARA, 2012, p. 43).



da descentralização, da delegação de competências e do controle (PESSOA, 2009).

A partir da edição do referido Decreto, procedeu-se, em maio de 1967, à chamada operação desemperramento, que tentou colocar em prática várias das novidades propostas por aquele instrumento normativo. Segundo os reformistas, a operação serviria para atacar as causas profundas da burocracia "por intermédio de medidas simplificadoras e dinamizadoras da máquina governamental, conducentes à renovação da mentalidade administrativa" (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969, XXXI). Apesar de não ter sido objeto de expressa discussão naquele momento, é de se notar que, já naquela época, observavam-se iniciativas relacionadas à implantação de soluções gerenciais na Administração Pública brasileira<sup>59</sup>.

A reforma administrativa de 1967 foi conduzida pelo então Ministro Hélio Beltrão, responsável por içar a bandeira da descentralização à condição de diretriz geral da reforma. De acordo com o Ministro, "a centralização administrativa foi a maior responsável pelo baixo rendimento e descrédito da Administração Pública no país, sendo a causa responsável inclusive pelo nosso subdesenvolvimento econômico e social" (SCHIER, 2008, p. 37).

O incentivo à descentralização, combinado com a inserção da noção de administração pública indireta em solo pátrio, culminou na intensa criação de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais desempenhariam funções antes a cargo da administração central. Nessa época, surgiu a distinção entre as funções de direção e execução, sendo que a primeira continuaria como responsabilidade da administração direta, e a segunda caberia à administração indireta (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA

---

<sup>59</sup> À título exemplificativo, veja-se o que o relatório daquela reforma administrativa dispõe sobre a assinatura de convênios e contratos por parte da Administração Pública, já naquela época: "Onde houver entidade capaz contratável, o contrato deve ser feito. [...] Adotado o princípio, a estrutura da Administração poderá aos poucos ser substancialmente alterada e simplificada, substituindo-se uma estrutura pesada, de execução, por uma estrutura muito mais leve, de supervisão, contratação e fiscalização" (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969, p. XLV). Há, também, menção, a necessidade de instituição de um tipo de controle que não impeça o funcionamento da Administração Pública e o dinamismo necessário à sua eficiência (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969)

APLICADA, 2010). Caio Tácito apresenta dados que demonstram o crescimento da administração indireta nesse período: até 1930, os órgãos que denominou de paraestatais (utilizou o termo como sinônimo de administração indireta) "não iam além de 17, elevando-se a 70 nos anos 50, para atingir a cifra de 582 no início da década de 80" (TÁCITO, 1998b, p. 31). Essa estatística é um indicativo do crescimento da estrutura burocrática brasileira naquele período.

O norte a ser seguido era o estabelecimento de condições para a simplificação da gestão dos recursos humanos e materiais empregados na execução de atividades de interesse público, que sofriam com os entraves do regime jurídico de direito público. Já se verificava, portanto, ainda que incipiente, um movimento de "fuga para o direito privado", nos moldes já explicados. Tanto que as empresas estatais contavam com relativa autonomia e *modus operandi* de pessoas jurídicas de direito privado (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010).

Naquela época, o agir estatal já era influenciado pelo princípio da subsidiariedade, explicitamente previsto na Constituição Federal de 1967<sup>60</sup>. A vigência do princípio embasava o entendimento de que

tôda vez que exista órgão estadual ou municipal aparelhado para executar determinada atividade ou serviço, o Governo Federal, em vez de intrometer-se na execução, deve celebrar convênios com os Governos locais (ou contrato com a órbita privada, se fôr o caso) (BRASIL, Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1969, p. XX).

Nas décadas seguintes, surgiram iniciativas específicas sobre o assunto reforma administrativa no País. São ilustrações, o Programa Nacional de Desburocratização, engendrado no Governo Figueiredo, na década de 80 (NOHARA, 2012), regulamentado pelos Decretos nº 83.740/1979 e nº 95.886, esse último de março 1988 (poucos meses antes da promulgação da nova Constituição, portanto), que propugnava a transferência das atividades econômicas exploradas pelo Estado para a iniciativa privada (TÁCITO, 1998a). Contudo, não houve um novo

---

<sup>60</sup> Previsto constitucionalmente, como já visto no curso deste ensaio. Já dispunha o § 1º do artigo 163 da Constituição Federal de 1967: "somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica".

movimento com a relevância dos já descritos. As discussões, porém, voltaram à tona com a promulgação da Constituição de 1988. Isso porque, segundo os reformistas, a promulgação da nova Constituição levou

a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.

[...]

Afinal, geraram-se dois resultados: de um lado, o abandono do caminho rumo a uma administração pública gerencial e a reafirmação dos ideais da administração pública burocrática clássica; de outro lado, dada a ingerência patrimonialista no processo, a instituição de uma série de privilégios, que não se coadunam com a própria administração pública burocrática. Como exemplos temos a estabilidade rígida para todos os servidores civis, diretamente relacionada à generalização do regime estatutário na administração direta e nas fundações e autarquias, a aposentadoria com proventos integrais sem correlação com o tempo de serviço ou com a contribuição do servidor. (BRASIL, Presidência da República, 1995, p. 21)

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo inteiro à Administração Pública, o que significou a materialização do fenômeno chamado de constitucionalização do Direito Administrativo. Desta feita, enrijeceram-se as normas relativas à organização administrativa do país, já que, por terem recebido status constitucional, passou a ser necessária

a proposição de Emendas Constitucionais para a realização de modificações nessa seara do direito.

Essa postura do constituinte não deixa de ser um contrassenso. Afinal, conforme já exposto nos itens anteriores, a Constituição Federal de 1988 absorveu vários dos modernos conceitos teóricos que apontam para uma visão moderna de Administração Pública, pautada pelo estreitamento da relação desta com os particulares. Porém, não ofereceu à Administração todos mecanismos necessários para colocar em prática essas inovações. Assim, contraditoriamente, "enquanto o país se descentralizava no plano da federação, através da Constituição de 1988, voltava a centralizar-se no plano administrativo, limitando drasticamente a autonomia das agências e empresas do Estado que o Decreto-lei 200 assegurara, e retornando aos ideais da Reforma Burocrática de 1936". (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 80).

Nesse período, conforme já explica, punha-se em cheque a própria capacidade do Estado de executar diretamente o extenso rol de atividades que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal. O entendimento era de que seria mais proveitoso - tanto em termos fiscais quanto de satisfação ao interesse público - repassar à iniciativa privada a responsabilidade pela execução de parte das atividades de interesse público, assumindo o Estado o papel de fiscalizador, planejador e regulador de tais atividades.

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter praticamente igualado o regime jurídico a que se submetem as administrações direta e indireta incentivou a iniciativa de desestatizar parte desses serviços. Mais do que ideológica, tratava-se de uma questão de governabilidade, já que "para construir a institucionalidade democrática em meio a constrangimentos fiscais e financeiros, dever-se-ia limitar o número de atividades a cargo do Estado. Para atender a certas demandas, haveria que suprimir outras" (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 370).

A mudança de cenário ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, combinada com a crise fiscal por que atravessava o País e a evolução da noção de Direito Administrativo acarretou na necessidade de realização de nova reforma na Administração Pública federal brasileira.

É nesse último movimento de reforma administrativa que se insere a problemática discutida neste trabalho. Adiante, estudar-se-á com maior profundidade esse movimento reformista. Antes, porém, considera-se importante traçar breves linhas sobre dois assuntos: primeiro sobre as reformas administrativas que ocorreram em outros

países nesse mesmo período, o que é importante para evidenciar que o ideário segundo o qual o modelo tradicional de organização administrativa e gestão pública deveria ser aprimorado disseminou-se globalmente<sup>61</sup>; segundo sobre as duas sistemáticas de gestão pública que mais influenciaram a Administração Pública nacional: os modelos burocrático e o gerencial.

### 2.3.2 Reformas administrativas no estrangeiro

A reforma administrativa que propugnou a inserção de soluções gerenciais à Administração Pública federal brasileira na segunda metade da década de 1990 não foi um fenômeno local, isolado. Em verdade, tratou-se de um processo inserido em tendência mundial de modernização das estruturas administrativas dos países.

Várias outras nações passaram por experiências semelhantes mais ou menos no mesmo período<sup>62</sup>, com início já na década de 1980

---

<sup>61</sup> "No plano internacional, desde fins dos anos 1970 as experiências dos governos Reagan e Thatcher e a mudança geral de mentalidade sobre o que o mundo não desenvolvido deveria fazer para a retomada do crescimento econômico sinalizavam o conteúdo da reforma mais ampla do Estado: liberalização do comércio, privatizações, equilíbrio orçamentário e controle da taxa cambial, o que ficou conhecido como o *Consenso de Washington*" INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 370).

<sup>62</sup> Não se pode perder de vista, para essa análise, que o Direito Administrativo é um tema que possui diferentes conotações e abrangência em diferentes localidades do mundo, incluindo países cujos processos de reforma administrativa serão aqui mencionados. Assim, ainda que as experiências estrangeiras possam, e até devam, influenciar o direito nacional, não podem simplesmente serem importadas, sem reflexão suficiente e adequação ao nosso direito, influenciando as dinâmicas das reformas administrativas em cada uma das localidades. Essa diferença de entendimento sobre o conteúdo do Direito Administrativo foi notada por Jean Rivero. O autor identificou, por exemplo, que na França e nos demais países da Europa continental, o conteúdo do Direito Administrativo inclui a solução dos problemas relacionados à existência de uma Administração Pública e às tarefas que ela assume. Todavia, em outros sistemas normativos, a abrangência dessa seara do direito é menor. Nos Estados Unidos, por exemplo, os problemas de organização administrativa são tidos como de competência da ciência da Administração, e não do Direito. Aliás, uma característica dos países que adotam a sistemática da *common law* é a inexistência de um regime jurídico administrativo extravagante. Bem ao contrário, as relações travadas pela Administração Pública são regidas pelo direito comum (RIVERO, 2004). Essas diferenças de entendimentos sobre a

(BRESSER-PEREIRA, 2008), muitas das quais influenciaram sobremaneira a reforma brasileira. Segundo Kettl, desde o início dos anos 80, praticamente todos os países do mundo passaram por algum tipo de reforma administrativa, com o objetivo de modernizar e agilizar a sua administração pública (KETTTL, 1998). Por esse motivo, é importante para os objetivos deste trabalho expor, ainda que de forma muito breve, as iniciativas que mais se relacionam com a realidade brasileira.

Não chega a ser surpresa o fato de muitos países terem aplicado reformas em sua Administração Pública de forma mais ou menos concomitante. Afinal, o já narrado fenômeno da globalização vem "aproximando" o que há muito era "distante", e isso, somado ao fato de se estar agora em plena "Era da Informação", proporciona aos cidadãos e estudiosos das mais diversas localidades o conhecimento sobre os méritos e as dificuldades enfrentadas pelos demais países, ainda que geograficamente distantes entre si. Além disso,

[...] existe uma tendência de que os problemas que muitos países possuem são comuns aos demais, para os quais também se poderão encontrar soluções semelhantes. Assim, despesa pública elevada na economia, baixo nível de eficiência, eficácia e efetividade na administração pública, o crescente nível de insatisfação dos cidadãos com a qualidade dos serviços prestados pela administração pública, são problemas inerentes a quase todos os países (MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 65).

As linhas mestras norteadoras da grande maioria das reformas administrativas ocorridas no período são semelhantes: depois de se diagnosticar a necessidade de dinamização da atividade administrativa, apresentaram como alternativa, essencialmente, a diminuição do tamanho da máquina estatal, a promoção de um controle fiscal mais apurado e de um incremento na eficiência da Administração Pública. Essas características foram condensadas no novo modelo de gestão pública adotado por esses países, batizado de gerencialismo (em inglês, *managerialism*). Chegou-se, enfim, à conclusão de que governos alicerçados sobre uma estrutura burocrática rígida não mais atendiam as

---

matéria devem ser levadas em consideração ao se avaliar os processos de reforma administrativa que foram realizados nesses Países.

necessidades da população, passando a ser taxados de antiquados e inúteis (KETTLE, 1998), o que demandava urgente mudança. Examinar-se-ão brevemente algumas dessas experiências.

### 2.3.2.1 Reforma administrativa no Reino Unido

O berço do movimento reformista gerencial da Administração Pública é o Reino Unido (BRESSER-PEREIRA, 2008). Foi naquele País que surgiu a doutrina do *New Public Management*, que orientou boa parte das reformas administrativas perpetradas ao redor do mundo<sup>63</sup>, inclusive a realizada no Brasil, conforme se verá oportunamente.

A reforma administrativa do Reino Unido iniciou a tomar corpo em 1979, no governo de Margaret Thatcher. A administração de Thatcher adotou a máxima do "efficiency strategy", elegendo como premissa de gestão o cuidado com a qualidade do serviço público (ALCANTARA, 2009). As diretrizes que pautaram a chamada nova Administração Pública britânica foram

a adoção de um perfil técnico para os funcionários, a redução dos gastos públicos, o estabelecimento de metas de qualidade nos serviços e um reordenamento institucional da organização estatal que torne possível uma maior agilidade no cumprimento das funções públicas. Em última instância, visava-se instituir definitivamente os princípios do *managerialism* no setor público (MACEDO; ALVES, 1997, p. 63).

O modelo de gestão inicialmente aplicado pelo governo britânico corresponde ao que hoje é denominado de "gerencialismo puro". O gerencialismo puro adotava como técnicas de gestão, visando ao alcance da eficiência, primordialmente aspectos econômicos, como o corte de

---

<sup>63</sup> É o que denota Aragão: "A experiência inglesa, ao abrir os caminhos para a discussão sobre as mudanças nas formas de gestão pública e ao introduzir o gerencialismo (o padrão gerencial de administração pública) na agenda de reformas, foi elemento basilar em reformas administrativas realizadas em diversos países, os quais, a partir de suas peculiaridades locais, têm utilizado alguns dos pressupostos gerencialistas para modificar suas estruturas administrativas" (ARAGÃO, 1997, p. 118).

gastos e o ajuste fiscal (ABRUCIO, 1997)<sup>64</sup>. Mais adiante, com os avanços dos trabalhos sobre a matéria, os teóricos concluíram que para uma maior eficiência da atividade administrativa pública não bastava somente colocar as contas do Estado em dia. Faz-se necessário, ainda, para tanto, que os serviços do Estado sejam oferecidos da forma que melhor satisfaça as necessidades do cidadão, que passa, nesse paradigma, a ser considerado um cliente. Os britânicos denominaram essa segunda fase do seu gerencialismo de *consumerism* (ABRUCIO, 1997). Em seguida, surgiu em solo britânico o modelo denominado de *Public Service Orientation* (PSO), que intentou introduzir os conceitos de *accountability*<sup>65</sup> e equidade na Administração gerencialista. Assim, os administrados passaram a ser tratados mais do que como clientes: era de cidadãos que se tratava, na acepção mais ampla do termo (ABRUCIO, 1997)<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> A ideia vigente era a de que o Estado, por ser monopolista, seria inerentemente ineficiente, motivo pelo qual tendia a "inchar". Assim, o problema não estava no fato de as atividades públicas serem realizadas pelo Estado, e sim por serem oferecidas em regime de "monopólio", inibindo a concorrência. Tratava-se, portanto, de uma visão economicista do fenômeno (KETTL, 1998).

<sup>65</sup> O termo não costuma ser referido no Brasil traduzido para o vernáculo. Crê-se, no entanto, que abrangência do seu sentido justificaria que fosse traduzido como "responsabilização", tal qual defendido por Alcantara (2009, p. 41). A noção de *accountability* detém importância ímpar na Administração Pública consensual e no paradigma gerencialista. Seguro Irene Nohara, o termo costuma designar "o dever de os agentes públicos prestarem contas dos resultados obtidos, em função da posição e do poder detidos" (NOHARA, 2012, p. 80), seja para organismos de controle, o parlamento, ou para a sociedade (ALCANTARA, 2009, p. 41), e a sua responsabilização pelos equívocos cometidos. Segundo Mark Bevir: "when people are meant to pursue the will and/or interests of others, they give an account of their actions to those others who are then able to decide whether to reward or censure them for the actions. Accountability thus conveys the idea that an agent (such as an elected politician or a civil servant) is responsible for acting on behalf of a principal (such as a citizen or government minister, respectively) to whom they should respond and report. The principal is thereby able to hold the agent accountable for his or her actions" (BEVIR, 2009, p. 33).

<sup>66</sup> É importante deixar claro quem, assim como realizado no concernente às espécies de Estado, que a rígida divisão entre os estágios do gerencialismo é assim descrita para facilitar a compreensão sobre a evolução doutrinária sobre o assunto. Na prática, houve e ainda há um razoável intercâmbio da utilização de valores dessas diferentes teorias (ABRUCIO, 1998).



Algumas das principais medidas adotadas no novo modelo de Administração Pública britânico são a criação de agências, que passam a desempenhar a operacionalização das políticas públicas definidas pelos ministérios, e de organizações públicas não estatais (denominadas QUANGOs, sigla para *Quasi-autonomous non-governmental organisation*), responsáveis pela execução direta de atividades de interesse coletivo, assim como a avaliação e a privatização de setores públicos (ALCANTARA, 2009). Nessa conjuntura, a responsabilidade pela gestão operacional de universidades e hospitais públicos, por exemplo, passou a ser das QUANGOs (BRESSER-PEREIRA, 2000).

No Reino Unido, passaram a existir agências dotadas de atribuições regulatórias e outras que possuem função executiva. A doutrina considera difícil a sistematização das espécies de agências, já que muitas delas exercem tanto funções regulatórias quanto executivas (ALCANTARA, 2009). Já as QUANGOs, também chamadas de NDPBs (*Non-departmental public body*),

apresentam como características: hibridez, semi-autonomia [...], busca por maior eficácia e eficiência, direito de escolha e satisfação do consumidor, estatuto, indicação de membros da diretoria pelo governo, plano de negócios e contratos com objetivos, metas e formas de avaliação (ALCANTARA, 2009, ps. 34-35).

São, portanto, entidades híbridas, possuidoras de características de entidades públicas e de entidades privadas. As QUANGOs serviram como inspiração para o modelo brasileiro de Organizações Sociais, conforme ver-se-á adiante.

Registre-se que, no Reino Unido, o desempenho das agências e das QUANGOs é constantemente avaliado pela Administração Pública central. A preocupação com a avaliação de desempenho é tamanha que parte da doutrina menciona a existência de uma "obsession with measurement" naquele país. Segundo alguns autores, o excesso de fiscalização também seria nocivo, na medida em que causaria a criação de estruturas necessárias a realização da avaliação, voltando a reforçar a estrutura burocrática do País (ALCANTARA, 2009).

Na Europa continental, também verificou-se a influência do modelo gerencial na reorganização da administração pública de muitos países. Na Espanha, por exemplo, apesar de não ter havido um movimento organizado de reforma administrativa com vistas a

implantação de um modelo gerencial na sua Administração Pública, houve a aplicação do modelo em casos pontuais, iniciativas que foram denominadas pela doutrina como *la huida del derecho administrativo* (ALCANTARA, 2009). Situação semelhante foi verificada na França, em que reformas semelhantes foram perpetradas a partir de 1989, no governo do socialdemocrata Michel Rocard (BRESSER-PEREIRA, 1998a).

### 2.3.2.2 Reformas administrativas nos Estados Unidos e em países da *Commonwealth*

A influência do movimento reformista britânico atingiu primeiro, até pela proximidade política e cultural, os Estados Unidos e determinados países que compõem a *commonwealth*, tais como a Nova Zelândia e a Austrália.

Os Estados Unidos, seguindo o exemplo britânico, também intentaram em realizar uma reforma administrativa sob as premissas do chamado gerencialismo puro. Todavia, em solo americano, essa iniciativa, tomada no governo Reagan, não obteve o êxito esperado (ABRUCIO, 1997). Por outro lado, o fracasso da aplicação do modelo gerencial puro não significou a ausência de incorporação de traços do gerencialismo na Administração Pública americana.

As ditas alterações foram em muito influenciadas pela obra "Reinventando o Governo", de Osborne e Gaebler (OSBORNE; GAEBLER, 1994), verdadeiro marco na ciência da administração pública americana. Os autores propunham a adoção de um modelo híbrido, uma mescla do gerencialismo puro com outras técnicas de gestão pública (ABRUCIO, 1997). A obra destaca várias iniciativas de governos locais (Estados e Condados), utilizando as técnicas de gestão pública propostas para a modernização da administração pública.

Em âmbito federal, as reformas na Administração Pública baseadas no espírito da referida obra, com o propósito, portanto, "de reinventar o governo", foram inicialmente postas em prática a partir do ano de 1992, no governo de Bill Clinton, em que foi lançado o programa "National Performance Review" (BRESSER-PEREIRA, 1998a). As iniciativas reformistas propostas pelo programa foram consolidadas por lei no ano de 1993, a partir da "Government Performance and Results Act", que continha diretrizes similares às adotadas no Reino Unido, aproximando a Administração Pública norte americana do modelo gerencial.

Já a reforma administrativa ocorrida na Nova Zelândia iniciou no ano de 1984, no começo do governo do Partido Trabalhista naquele País (CARVALHO, 1997). As razões que levaram o Poder Executivo a efetuar a reforma são semelhantes às verificadas nos demais países: setor público "inchado" e ineficiente, responsável por atividades que poderiam estar sendo executadas por particulares, além da necessidade de um maior controle financeiro (*ibidem*). O movimento reformista neste país objetivava, ainda, incrementar a *accountability* do setor público em todos os aspectos (RICHARDSON, 1998).

Até a reforma, a Administração Pública neozelandesa era organizada sob a forma de uma burocracia tradicional, nos moldes *weberianos*, conforme será abordado adiante. Todavia, a adoção dessa forma de gestão pública culminou em um inchaço da Administração Pública local, o que levou ao setor público a apresentar seguidos déficits financeiros. Esse cenário motivou a realização da reforma administrativa naquele país (CARVALHO, 1997).

O movimento reformista neozelandês tinha como escopo melhorar a performance da ação pública, promover a descentralização, garantir o controle social sobre os administradores públicos e incrementar a *accountability* (CARVALHO, 1997). A partir dessas diretrizes, foram realizadas as seguintes ações: transferência para o setor privado de atividades comerciais que vinham sendo executadas pela Administração Pública; remodelação total da estrutura da administração central, com vistas a criação de um núcleo do serviço público; criação de agências para implementar as ações do governo; introdução de métodos gerenciais de administração pública, como a assinatura de contratos de gestão com os departamentos responsáveis pela execução de atividades de interesse público, com o objetivo de definir as responsabilidades e o controle no que se refere ao relacionamento entre o chefe do executivo e o departamento responsável pela atividade (CARVALHO, 1997).

Um movimento reformista bastante semelhante ao neozelandês já havia sido iniciado na vizinha Austrália na década de 70. A reforma administrativa australiana tinha objetivos semelhantes aos da neozelandesa: aumento da eficiência, diminuição dos custos do aparato administrativo, autonomia gerencial aos gestores públicos e incremento da *accountability*. Uma peculiaridade do modelo australiano, porém, foi a intensa valorização da participação da população no controle dos serviços públicos, a partir da introdução da figura do *ombudsmen*, com a criação das *Agências de Ombudsmen* (MESQUITA; FERREIRA, 1997).

### 2.3.2.3 Reformas administrativas na América Latina: o caso do México

O México passou por um importante processo de reforma administrativa no período entre os anos de 1988 e 1994<sup>67</sup>. Na década de 1910, o Estado mexicano havia testemunhado transformações que levaram a criação de numerosas instituições pública, à época consideradas essenciais para o desenvolvimento do País. No México, tais instituições formam o que lá é chamados de "Sector Paraestatal"<sup>68</sup>, pessoas jurídicas que, embora vinculadas ao Estado, não integram a administração direta.

A evolução do Estado mexicano deu-se, portanto, por meio da ampliação da estrutura burocrática da Administração Pública local. Com o passar do tempo, porém, essa forma de gestão pública perdeu consideravelmente a capacidade de resposta às necessidades da população. Levou, ainda, a uma ampliação desmesurada do tamanho da burocracia estatal, que alcançou níveis de ineficiência social, além de ter prejudicado as finanças públicas (MÉXICO, 1994).

A solução engendrada pelo governo mexicano foi a desestatização gradual dessas "entidades paraestatais", por meio de processos de desincorporação, extinção, liquidação, fusão ou transferência da sua titularidade para os governos locais (MÉXICO, 1994). O objetivo era "consolidar o modelo de um pequeno e ágil Estado, mas capaz de atender às demandas sociais, e apoiado por grandes níveis de capital privado nacional e internacional" (GAULT, 1997, p. 154), sob clara influência do ideário de subsidiariedade estatal e da noção de Administração Pública consensual<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> As origens da ideia remontam à chegada de um novo grupo político do presidente Miguel de Madrid ao poder, entre os anos de 1982 e 1988 (GAULT, 1997).

<sup>68</sup> No Brasil, a expressão "paraestatal" costuma designar o "setor público não estatal", também denominado de terceiro setor. Há autores, porém, que empregam o termo para referir-se à administração pública indireta, assim como o "Sector Paraestatal" mexicano.

<sup>69</sup> Conforme depreende-se da análise do seguinte excerto de documento produzido pelo governo mexicano: "En México, advertir la necesidad de encauzar el papel de cada miembro de la sociedad, de las colectividades y los gremios, es producto de nuestra experiencia y no adopción de esquemas ajenos. Por ello, en su devenir, la percepción sobre estos fenómenos y el intercambio de fuerzas sociales han llevado a ciertas conclusiones compartidas: la impostergable necesidad de elevar los índices de eficiencia del conjunto económico nacional; reducir costos de inoperantes participaciones del gobierno

Em sequência, foi instituído no país o "Programa de Modernização da Administração Pública 1995-2000", que intentou inserir o modelo gerencial de gestão na Administração Pública mexicana, que contava com quatro subprogramas diferentes, a saber: "participação e atendimento ao cidadão, descentralização administrativa, avaliação e impacto da gestão pública, e profissionalização e ética para os funcionários públicos (GAULT, 1997, p. 160). A iniciativa reinseriu no sistema administrativo daquele país institutos há muito ausentes, como os da participação popular e *accountability*, e tinha como objetivo gerar eficiência na prestação dos serviços públicos.

Além do México, outros países latino americanos passaram por reformas de cunho semelhante, como a Argentina e o Chile.

### **2.3.3 Modelos de Gestão Pública**

Para se entender a premente necessidade de realização de uma reforma na Administração Pública brasileira, faz-se necessário ter clareza sobre as razões que levaram à necessidade de mudança, o que demanda análise dos modelos de gestão utilizados em solo brasileiro.

A organização da Administração Pública brasileira foi e ainda é influenciada por três modelos de gestão: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial. O patrimonialismo não constitui um modelo teórico de organização administrativa, tal como explicado. É, inclusive, mais apropriado defini-lo como a organização administrativa que não segue nenhum modelo, servindo somente aos detentores de poder.

Os modelos burocrático e gerencial, portanto, são as escolas de administração pública que norteiam a organização administrativa da administração pública brasileira. É interessante, pois, tecer considerações acerca desses modelos de gestão.

#### **2.3.3.1 Modelo Burocrático**

O modelo burocrático de organização administrativa foi descrito pelo sociólogo alemão Max Weber. A base de funcionamento do modelo, também denominado de racional-legal, "é a hierarquia do

---

en detrimento de la solución de necesidades más apremiantes de los grupos marginados del bienestar o insuficientemente atendidos; y observar el justo reclamo de dar transparencia al ejercicio de los recursos nacionales mediante el rendimiento de cuentas a la manera de correlato de la función pública" (MÉXICO, 1994, p. 8).

serviço, que deve ser realizado de forma impessoal, segundo regras racionais, afastando-se de sua seara o arbítrio ou capricho" (NOHARA, 2012, p. 28).

A discussão weberiana sobre o paradigma burocrático desenvolvida no início do século XX, insere-se em um já narrado momento de transformações econômicas, políticas e sociais no mundo, consolidadas no século XIX (ARAGÃO, 1997). A organização burocrática da Administração Pública consolidou-se de forma concomitante ao Estado de Direito, conceito que, à época, correspondia ao de Estado liberal. A adoção do sistema visava ao afastamento das influências patrimonialistas que marcavam a administração públicas em Estados autoritários.

A burocracia possui, portanto, para Weber, caráter eminentemente racional. O seu surgimento e alastramento por todo tipo de organização estariam relacionados com o avanço do racionalismo. Na opinião do autor, "[n]este processo, a estrutura burocrática aniquilou formas estruturais de dominação que não tinham caráter racional, neste sentido especial" (WEBER, 1999, p. 233), dentre as quais figuraria o patrimonialismo, conforme já informado. Todavia, bem ao contrário do argumentado por Weber<sup>70</sup>, a burocratização da Administração Pública não foi suficiente para afastar completamente os vícios do antigo regime da organização administrativa. Mesmo depois de instaurado o modelo burocrático, fragmentos do patrimonialismo persistem assolando a Administração Pública brasileira, formando os chamados estamentos burocráticos, descritos por Raymundo Faoro:

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 (FAORO, 2001, p. 870).

---

<sup>70</sup> A bem da verdade, se levar-se em conta que o autor estruturou toda a sua análise sobre a matéria com base em "tipos ideais", ou puros, é possível considerar que a sua assertiva é correta. Afinal, o tipo ideal de burocracia por si descrito efetivamente exclui qualquer resquício de patrimonialismo nas organizações administrativas. O que ocorre é que, conforme o próprio autor reconhece, esse tipo ideal de burocracia ainda não foi verificado em nenhum organismo administrativo.

Weber entendia a organização burocrática como um instrumento de dominação<sup>71</sup>. Para ele "[t]oda administração precisa, de alguma forma, da dominação, pois, para dirigi-la, é mister que certos poderes de mando se encontrem na mão de alguém" (WEBER, 1999, p. 193), o que não seria diferente na Administração Pública.

O autor considera que existem três espécies de dominação, sendo que o critério para a formulação dessa divisão está na maneira pela qual o "dominador" legitima-se perante o grupo dominado. Desse modo, a distinção entre os tipos de dominação encontra-se no campo da legitimidade do dominador (WEBER, 2012, p. 139).

As três espécies de dominação legítima identificadas por Weber são as seguintes: (i) dominação legal, possuidora de caráter racional, já que a legitimidade do dominador está descrita normativamente, sendo que os dominados aceitam e depositam sua crença nos regramentos impostos; (ii) dominação tradicional, em que a legitimidade do dominador sobre os dominados decorre do tradicionalismo ("desde sempre foi assim"); e, (iii) dominação carismática, baseada na veneração de uma figura, considerada heroica, extraordinária, divina, pelos dominados (WEBER, 2012).

Nessa classificação, a organização burocrática está inserida como uma forma de dominação legal, dado que a sua característica principal é a hierarquização baseada em critérios racionais, descrita em regulamentos previamente editados. Inclusive, Weber aponta o quadro administrativo burocrático como o "tipo mais puro de dominação legal" (WEBER, 2012, p. 144).

A dominação decorrente da organização burocrática dá-se, resumidamente, do seguinte modo: os burocratas situados em cargos inferiores na organização administrativa devem obediência aos que ocupam os cargos superiores, por conta do dever de hierarquia, previsto

---

<sup>71</sup> O termo "dominação", para Weber, relaciona-se com "a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, ente determinadas pessoas indicáveis" (WEBER, 2012, p. 33). "Não significa, portanto, toda espécie de possibilidade de exercer 'poder' ou 'influência' sobre outras pessoas" (WEBER, 2012, p. 139). No olhar do autor, "[a] situação de dominação está ligada à presença efetiva de *alguém* mandando eficazmente em *outros*, mas não necessariamente à existência de um quadro administrativo nem à de uma associação; porém certamente - pelo menos em todos os casos normais - à existência de *um* dos dois. Temos uma associação de dominação na medida em que seus membros, como tais, estejam submetidos a relações de dominação, em virtude da ordem vigente" (WEBER, 2012, p. 33).

nos regulamentos do referido órgão. Os referidos regulamentos são aceitos por aquela comunidade de pessoas, inclusive pelos dominados, como o meio legítimo de conferir autoridade à alguém. Assim, em última análise, seguindo essa linha de pensamento, o burocrata, quando obedece à uma ordem superior, está, mais do que tudo, obedecendo ao direito.

A dominação proporcionada pela burocracia, é, portanto, impessoal, na medida em que não se dá de indivíduo sobre indivíduo, mas sim daqueles investidos em cargos superiores sobre os ocupantes de cargos inferiores dentro da organização. Assim, a autoridade está vinculada ao cargo, não à pessoa que o ocupa (WEBER, 1978).

Pois bem, para além dessa visão da burocracia como mecanismo de dominação, o fenômeno é entendido como um modelo de sistema social (MERTON, 1968). Isso porque estabelece as diretrizes de funcionamento de grupos de pessoas, que passam a ser chamados de organizações. Essa estrutura social burocrática é dotada das seguintes características:

[...] bureaucracy involves a clear-cut division of integrated activities which are regarded as duties inherent in the office, a system of differentiated controls and sanctions is stated in the regulation. The assignment of roles occurs on the basis of technical qualifications which are ascertained through formalized, impersonal procedures (e.g. examinations). Within the structure of hierarchically arranged authority, the activities of "trained and salaried experts" are governed by general, abstract, and clearly defined rules which preclude the necessity for the issuance of specific instructions for each specific case. The generality of the rules requires the constant use of categorization, whereby individual problems and cases are classified on the basis of designated criteria and are treated accordingly (MERTON, 1968, p. 250)<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> "[...] burocracia envolve uma clara divisão de atividades integradas que são consideradas como funções inerentes a determinado cargo e um sistema de variados controles e sanções previstos em regulamento. A atribuição de papéis ocorre com base em qualificações técnicas que são formalizadas por procedimentos impessoais (por exemplo, exames). Dentro da estrutura hierarquicamente organizada, as atividades são realizadas por "especialistas



Motta e Bresser-Pereira, também referindo ao fenômeno como um sistema social, igualmente pretenderam sistematizar as principais características das burocracias. As características fundamentais desse modelo, informadas pelos autores, são as seguintes:

Procurando reduzir às organizações à sua expressão mais simples, diríamos que são três as características básicas que traduzem seu caráter racional: são sistemas sociais (1) formais, (2) impessoais, (3) dirigidos por administradores profissionais, (4) que tendem a controlá-los cada vez mais completamente. (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 29)

Nesse mesmo sentido, Eisenstadt informa que as características mais importantes das burocracias seriam "a especialização de papéis e tarefas, a predominância de normas autônomas, racionais e impessoais e a orientação geral para a realização racional e eficiente de objetivos específicos" (EISENSTADT, 1978, p. 84). Irene Nohara também tece suas considerações sobre o assunto, esmiuçando as características das burocracias modernas:

(a) caráter legal das normas e regulamentos; (b) caráter formal das comunicações, baseadas em documentos ou atas, cujo original ou rascunho é guardado por um quadro de funcionários subalternos ou escrivães de todas as espécies; (c) racionalidade e divisão do trabalho; (d) impessoalidade das relações; (e) hierarquia entre as autoridades; (f) rotinas e procedimentos padronizados; (g) competência técnica e meritocrática; (h) especialização e profissionalização; e, (i) previsibilidade do funcionamento. (NOHARA, 2012, ps. 28-29)

---

treinados e assalariados", são regidas por regras gerais, abstratas e claramente definidas, incompatíveis com a emissão de instruções específicas para casos específicos. A generalidade das regras requer o uso constante de categorização, em que os problemas e os casos individuais são classificados com base em critérios predefinidos, sendo tratados em conformidade com esses casos" (tradução livre do autor).

É o que também explica Daniel Hachem:

A organização burocrática da Administração Pública surge então como forma de assegurar a previsibilidade e a calculabilidade da atividade estatal, por meio de uma estrutura impessoal e estreitamente afivelada aos procedimentos legais, fundada na especialização das funções administrativas e no estabelecimento de atribuições extremamente objetivas (HACHEM, 2011, p. 73).

Uma das mais marcantes características das burocracias modernas, portanto, é a profissionalização do pessoal, que demanda a necessidade de especialização dos funcionários que a compõem, os burocratas. Tanto é que Weber aduz que a "administração burocrática significa, fundamentalmente, o exercício da dominação baseado no saber. Esse é o traço que a torna especificamente racional" (WEBER, 1978, p. 27). Afinal, Max Weber considerava que a razão primordial da ampla difusão do modelo de organização burocrática é a sua superioridade técnica sobre os demais (WEBER, 1999). Outra característica central do modelo *weberiano* de organização administrativa é o controle dos procedimentos realizados pelos burocratas que ocupam posições hierarquicamente inferiores pelos que estão nos níveis superiores. Essas características justificam o termo utilizado por Gouldner para referir-se à organização burocrática. Tratar-se-ia de uma estrutura "bifacial": "Por um lado, seria uma organização baseada na especialização; por outro, uma organização baseada na disciplina" (GOULDNER, 1978, p. 62)<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Esse ideário é a base da crítica formulada pelo autor, sobre um paradoxo relacionado à efetiva racionalidade do modelo previsto por Weber. O fato de os burocratas de menor escalão deverem (e quase que se limitarem a) cegamente obedecer ordens superiores esvaziaria a racionalidade dos seus atos, dado que foram realizados levando em consideração somente a posição ocupada pelo ordenador. Assim, o funcionário que executa a ação - que, supostamente, é especializado nas funções executadas pelo seu cargo - fica sujeito a executar atividades muitas vezes contrárias ao seu melhor julgamento, unicamente por conta do seu dever de seguir ordens superiores (vindas de profissionais que, ainda que hierarquicamente ocupando cargos superiores, muitas vezes são menos especializados em determinadas questões específicas) (GOULDNER, 1978).

Nesse cenário, é importante destacar que apesar de a principal razão justificadora da busca por alternativas ao modelo de gestão burocrático ser a perseguição de um meio de conferir maior eficiência à atividade administrativa, o modelo burocrático descrito por Weber possuía como mote justamente o agir eficiente<sup>74</sup>. É que Weber estudou a burocracia no seu tipo "tipo ideal" (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980), ou seja, em sua forma pura, essencialmente teórica, que não considera os problemas decorrentes da sua aplicação prática. Na verdade, "nenhuma organização corresponde exatamente ao modelo puro de burocracia" (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 23). Os autores costumam denominar esses problemas verificados na aplicação prática do modelo como "disfunções"<sup>75</sup> da burocracia<sup>76</sup>.

No olhar de Weber,

---

<sup>74</sup> "Quais as causas da relevância que as organizações ou burocracias ganharam entre os sistemas sociais do mundo moderno? São várias, mas todas estão intimamente relacionadas ao problema da eficiência. [...] ao definirmos as organizações, dissemos que existe um estreito paralelismo entre eficiência e racionalidade. Eficiência é uma forma específica de racionalidade, na qual a coerência dos meios em relação com os fins visados se traduz no emprego de um mínimo de esforços (meios) para a obtenção de um máximo de resultados (fins). Dessa forma, tanto poderíamos dizer que burocracia é um sistema social em que a divisão do trabalho é racionalmente realizada, como afirmar que é o sistema social que se administra segundo critérios de eficiência. O fato de ser eficiente é, portanto, condição para que um sistema social seja considerado uma burocracia" (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 48).

<sup>75</sup> Para Michel Crozier, essas disfunções do modelo burocrático decorrem essencialmente de quatro das suas características fundamentais: "a extensão do desenvolvimento das regras impessoais, a centralização das decisões, o isolamento de cada estrato ou categoria hierárquica e concomitante acréscimo da pressão do grupo sobre o indivíduo e, finalmente, o desenvolvimento de relações de poder paralelas, em redor das áreas de incerteza subsistentes" (CROZIER, 1981, p. 274). O autor explica que as dificuldades, os maus resultados e as frustrações que decorrem desses quatro fatores fundamentais tendem a "desenvolver novas pressões, que reforça, o clima de impersonalidade e centralização que as originou" (CROZIER, 1981, p. 281), configurando, portanto, um ciclo vicioso.

<sup>76</sup> "[...] o termo burocracia tem um sentido científico, dentro da Administração e da Sociologia, e um sentido popular bem diverso do primeiro. No sentido popular, burocracia significa papelada, número excessivo de tramitações, apego excessivo aos regulamentos, ineficiência. Na verdade, o povo deu nome de burocracia aos defeitos dos sistema, ao que Robert. K. Merton chamaria de suas 'disfunções'." (MOTTA, BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 21)

[a] administração puramente burocrática, portanto, a administração burocrático-monocrática mediante documentação, considerada do ponto de vista formal, é, segundo toda a experiência, a forma mais radical de dominação, porque nela se alcança *tecnicamente* o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade - isto é, calculabilidade tanto para o senhor quanto para os demais interessados -, intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas. (WEBER, 2012, p. 145)

Assim, levando em consideração a supremacia técnica da organização burocrática, em que o corpo de funcionários é profissional e especializado, e que a sua atuação é constantemente fiscalizada pelos superiores, o resultado óbvio seria um ganho em eficiência. Não foi esse o cenário que se verificou na prática.

Uma das referidas disfunções do modelo burocrático, conforme mencionado, é a presença no seio da organização burocrática formal de uma organização informal, caracterizada pela presença de uma gama de práticas arraigadas não previstas nos regulamentos burocráticos. A presença dessa organização informal decorre da impossibilidade de perfeitamente aplicarem-se na prática todos os rigorismos formais previstos nos regulamentos burocráticos, sem que haja qualquer tentativa de fuga por parte dos seus membros. Afinal, "em todas as organizações se encontra a mesma forte tentação a escapar da realidade" (CROZIER, 1981, p. 272).

A presença dessa organização informal nas organizações burocráticas modernas, conforme crítica formulada pela Escola das Relações Humanas sobre o modelo puro *weberiano* (ARAGÃO; 1997, p. 110), "é consequência da impossibilidade de se bitolar completamente o comportamento humano, de fazer com que os homens se portem estrita e exclusivamente de acordo com regulamentos" (MOTTA, BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 67).

Assim, tendo em vista que a eficiência e a eficácia de qualquer estrutura social depende do comportamento dos seres humanos que a compõem (MERTON, 1968), e que o comportamento humano tende a desprender-se das diretrizes desenhadas pelo tipo ideal de organização burocrática, não há surpresa em que, na prática, verifiquem-se déficits de eficiência na utilização deste método.

Além disso, no olhar de Osborne e Gaebler, a eficiência ou deficiência de um dado modelo burocrático dependem do ambiente em que ele é aplicado. Na opinião dos autores, a organização burocrática funciona em ambientes estáveis, em que são realizadas tarefas simples e repetitivas e que a qualidade do serviço prestado não seja fator relevante. Em situações mais complexas, porém, que são maioria no mundo globalizado e na chamada sociedade da informação, a adoção desse modelo não é adequada, a ponto de os autores afirmarem que a burocracia retira toda a agilidade do governo, assemelhando-o a uma "lesma" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, ps. 16, 119).

Enfim, apesar de a implementação do modelo burocrático nas Administrações Públicas dos Estados modernos ter contribuído para a minimização de antigos problemas, como a prevalência de interesses privados sobre os públicos na atividade administrativa, também serviu para criar outros, consubstanciado no déficit de eficiência. O modelo vigente de gestão pública, ao tentar "dificultar o desvio do dinheiro público, tornou virtualmente impossível administrá-lo bem" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 14).

A ineficiência do modelo burocrático ganha relevo modernamente em um cenário de Estado Democrático de Direito, época em que a Administração Pública passou a ser responsável por inúmeras atividades que, à época do Estado Liberal, eram de responsabilidade da iniciativa privada<sup>77</sup>. A partir do momento em que houve a superação do paradigma do Estado liberal e a propagação do modelo do Estado Social, os países organizados sob o paradigma burocrático *weberiano* começaram a sofrer do mal do excesso da burocratização. É que com o Estado assumindo a responsabilidade pela garantia da efetivação de

---

<sup>77</sup> "Este fato não era grave enquanto prevalecia um Estado pequeno, cuja única função era garantir a propriedade e os contratos. No Estado liberal só eram necessários quatro ministérios - o da Justiça, responsável pela polícia, o da Defesa, incluindo o exército e a marinha, o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura, - nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial" (BRESSER-PEREIRA, 1996b, p. 6)

novos e crescentes direitos, houve a proporcional necessidade de se ampliar o aparato burocrático necessário. Disso decorreu o surgimento de um verdadeiro "Estado administrativo", "formado por uma complexa rede de organizações administrativas e uma crescente burocracia de funcionários" (PESSOA, 2009, p. 22). Assim, além da ineficiência do modelo, surgiu o problema de excesso de custos

A ineficiência resultante da burocratização das atividades da Administração Pública moderna implicou na efervescência de questionamentos ao paradigma burocrático, o que levou à elaboração de novas sistemáticas de gestão, propondo justamente o incremento da eficiência. Esses modelos de gestão pública costumam ser identificados como "pós-burocráticos", dentre os quais insere-se o gerencialismo.

Esses modelos identificados como pós-burocráticos pautam-se pela construção de consensos e compromissos com a sociedade, contando com a participação da sociedade civil para o alcance das metas de desempenho previstas pelo Estado. A organização do aparato administrativo passa a ser encarada como um valor, que é compartilhado com os clientes-usuários de serviços públicos. Para o estabelecimento desses consensos, é essencial a abertura de canais de participação e negociação entre a Administração Pública e a sociedade civil (KEINERT, 2008).

Em seguida, serão elencados alguns breves apontamentos acerca do modelo de gestão gerencial, introduzido na realidade nacional pela reforma administrativa dos anos 90.

### 2.3.3.2 Modelo Gerencial

Conforme sobredito, as chamadas disfunções do modelo teórico burocrático weberiano são a origem do significado popularmente atribuído ao termo burocracia, relacionando-o à morosidade e ineficiência. O que ocorre na realidade brasileira - e, também, na dos países que promoveram reformas nas suas respectivas administrações públicas -, segundo diagnosticado pelos responsáveis pela reforma administrativa, é que, em determinadas searas de atuação da Administração Pública, as disfunções do sistema burocrático suplantam as suas qualidades, o que torna injustificada a utilização do modelo nesses casos.

Nesse cenário, um incremento na eficiência dessas áreas de atuação demandaria uma (ao menos parcial) superação do modelo burocrático. Alvin Toffler já previa no seu *best-seller* "A Terceira Onda" que as organizações do futuro deveriam necessariamente superar

o modelo clássico da burocracia industrial, pois este já nos anos 80 estaria anacrônico (TOFFLER, 1980). Essa demanda por reformas na Administração Pública abriu espaço para a criação de formas inovadoras de gestão pública, inspiradas em princípios da gestão privada: ênfase na conquista de resultados, contratualização das relações com particulares e conferência de relativa autonomia gerencial aos administradores públicos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010).

Uma dessas novas correntes de pensamento, reunidas sob a alcunha de "pós-burocráticas"<sup>78</sup> é a do gerencialismo. Conforme apregoado por Alice Gonzalez Borges, a Administração Pública gerencial reflete

as grandes e marcantes transformações econômicas, políticas e sociais do Estado contemporâneo, no sentido da globalização da

---

<sup>78</sup> Abrucio lista uma série de diretrizes que são adotadas pelos modelos de gestão pós-burocráticos: "a) Incentivo à adoção de parcerias com o setor privado e com as organizações não governamentais (ONGs); b) Ampla introdução de mecanismos de avaliação de desempenho individual e de resultados organizacionais, atrelados uns aos outros, e baseados em indicadores de qualidade e produtividade; c) Maior autonomia às agências governamentais e, dentro delas, aos vários setores, horizontalizando a estrutura hierárquica; d) Descentralização política, apoiada no princípio de que quanto mais perto estiver do cidadão o poder de decisão com relação às políticas públicas, melhor será a qualidade da prestação do serviço e, de fundamental importância, maior será o grau de *accountability*. Os governos também têm atuado no sentido de implantar políticas de coordenação entre as várias esferas administrativas; e) Estabelecimento do conceito de planejamento estratégico, adequado às mudanças no mundo contemporâneo e capaz de pensar, também, as políticas de médio e longo prazo; f) Flexibilização das regras que regem a burocracia pública, principalmente o Direito Administrativo, com efeitos inclusive em países com modelos extremamente burocratizados, como a Espanha, a França e a Itália [...]; g) Mesmo com a flexibilização da política de pessoal, a profissionalização do servidor público continua sendo prioridade, [...]. Além disso, as políticas de motivação têm recebido grande atenção, uma vez que pouca atenção foi dada a esta área no início da implantação do modelo gerencial [...]; h) Desenvolvimento das habilidades gerenciais dos funcionários, em particular os de nível médio e os do alto escalão burocrático" (ABRUCIO, 1997, ps. 36-38).

economia, da crescente diminuição do intervencionismo estatal que marcou este século, e do amplo desenvolvimento de parcerias com o setor privado; bem como de uma democracia participativa (BORGES, 1998, p. 20)<sup>79</sup>.

A gestão pública gerencial guarda estreita relação com a ideia de consensualidade na Administração Pública, já que tem como pressuposto a participação da sociedade na gestão da coisa pública, o que somente é possível após a revisitação dos conceitos de Estado e Administração Pública ocorrida nos últimos tempos. Trata-se de uma evolução semelhante à ocorrida quando da transição da gestão patrimonialista para a burocrática, conforme opina Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A transição da administração burocrática clássica, herdada da tradição continental europeia, densamente impregnada da visão estatista, com seu corte hierárquico e autoritário de inspiração franco-prussiana, para a administração gerencial moderna, fortemente influenciada pela postura pragmática das megaempresas, assim como pela exigência de transparência praticada no mundo anglo-saxônico, desloca o foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão, do mesmo modo que, antes, a transição da administração regaliana e patrimonialista, que caracterizava o absolutismo, para a administração burocrática, já havia deslocado o foco de interesse do Monarca para o Estado (MOREIRA NETO, 1998, p. 37).

A aproximação da Administração Pública com a sociedade é essencial para o incremento da qualidade da gestão pública, o que somente é possível com a abertura de canais de comunicação eficientes entre as duas esferas. Até porque, por mais que seja óbvio que a atuação

---

<sup>79</sup> O modelo de gestão pública gerencial, por conseguinte, insere-se no contexto de uma Administração Pública consensual, em que esta "não mais se apresenta como um conjunto de métodos e técnicas de governo e de ações do Estado, mas, fundamentalmente, como instrumento de gestão dos interesses públicos e, portanto, muito mais a serviço da Sociedade e da Democracia" (LEAL, 2006, p. 79).



da burocracia estatal não pode ser pautada por interesses privados, ela também não pode estar surda aos interesses coletivos (ARAGÃO, 1997).

O modelo de gestão pública gerencialista surgiu no Reino Unido, no contexto da reforma administrativa perpetrada naquele País pelo governo do Partido Conservador no final da década 70, conforme já explicado. A implementação do gerencialismo britânico deu-se em várias etapas. O que posteriormente foi chamado de gerencialismo puro, modelo adotado inicialmente, tinha como objetivo primordial a busca por conferir eficiência no agir da Administração Pública, por meio do ajuste fiscal, do corte de gastos, implicando na redução do número de funcionários públicos (ARAGÃO, 1997)<sup>80</sup>. Essa sistemática foi, aos poucos, fragilizando-se, principalmente porque "ficou cego às diferenças profundas existentes entre a administração privada e a pública, onde reina uma intrincada teia de relações com a esfera política" (ARAGÃO, 1997, p. 121). A partir dessa conclusão, surgiu a segunda etapa do gerencialismo inglês, denominado de *Consumerism* ou *New Public Management* (ARAGÃO, 1997)<sup>81</sup>, que inspirou sobremaneira o gerencialismo brasileiro<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> De forma mais detalhada, as características mais importantes do gerencialismo puro, importado diretamente do setor privado, eram as seguintes: "a) uma lógica de completa separação entre a esfera da política e a esfera da administração; b) uma concepção estritamente econômica, baseada na avaliação técnica de custo/benefício; c) um princípio central: a eficiência, compreendida como eficiência operacional, que implica o aumento da consciência dos custos e requer uma rígida especificação de objetivos e controles; d) objetivo de produtividade e dinâmica da competição à maneira da concorrência no mercado; e e) público-alvo concebido como o conjunto dos consumidores, na sua condição de contribuintes" (RUA, 1997, p. 142).

<sup>81</sup> "A moldura conceitual do NPM abrange conceitos da Micro-Economia, de Direito e da Teoria das Organizações, além de aspectos mais específicos e operacionais, como os desenvolvidos pela abordagem da Total Quality Management (TQM) no setor público, com forte aplicação de princípios estatísticos e de controle dos fatores críticos de sucesso. Trata-se de conceito, fundado na perspectiva do planejamento estratégico, da re-engenharia dos métodos e processos de trabalho, da cultura corporativa pública voltada para mudança e inovação, e da qualidade na prestação dos serviços públicos. O NPM busca aprimorar "the dialectical relationship between the State and the citizens" (Rouillard & Charih, 1997, p.39). Visa à melhoria dos índices de efetividade das ações do setor público, na atuação do Estado via terceirização, privatização, parcerias, a fim atender ao interesse público em toda a sua plenitude, objetivo

Assim, a construção do gerencialismo brasileiro deu-se sob a inspiração de sistemáticas já utilizadas em países estrangeiros, partindo dos fundamentos da *New Public Management*, que são as seguintes:

- a) O foco é o cidadão, e as atividades se orientam para a busca de resultados.
- b) O princípio da eficiência econômica cede espaço ao princípio da flexibilidade.
- c) Ênfase na criatividade e busca da qualidade;
- d) Descentralização, horizontalização das estruturas e organização em redes.

---

de qualquer sociedade que se pretenda democrática." (DI GIACOMO, 2009, p.11)

<sup>82</sup> O gerencialismo inglês já está atravessando por uma nova fase, denominada de PSO (*Public Service Orientation*), conforme aponta Aragão: "As críticas ao *consumerism* motivaram a concepção da *Public Service Orientation*, baseada na defesa da descentralização por suas virtudes políticas e na idéia de reconstrução da esfera pública. Cumpre, entretanto, destacar que a idéia de eficiência já não é mais tão radical nesta fase do modelo inglês, embora continue sendo central, assim como a ênfase na visão gerencial. Para a fuga da armadilha do conceito de consumidor, a PSO trabalha com o conceito de cidadão, vez que cidadania implica não só liberdade de escolha de serviços públicos (como é o caso do conceito de consumidor), como também exercício de direitos e deveres, relacionando-se ao conceito de *accountability*" (ARAGÃO, 1997, p. 125). É essencial, portanto, que os estudiosos do tema continuem atentos às inovações relacionadas à matéria, de modo a, se for pertinente, importar institutos úteis ao aprimoramento do modelo implantado no Brasil. Esse novo ideário sobre o gerencialismo, portanto, vem incentivando o surgimento de outras novíssimas formas de gestão pública. Tratam-se de desdobramentos, ou especificações de elementos já presentes no modelo gerencial de gestão, inseridos no mesmo cenário de Administração Pública consensual. Exemplos desses novos sistemas de gestão são a denominada gestão pública societal, que "se manifesta em experiências alternativas de gestão pública, como os conselhos gestores e o orçamento participativo" (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 502) e o neogerencialismo, movimento que enfatiza "a promoção do desenvolvimento na perspectiva da governança social, além de buscar fortalecer o Estado, o mercado e o terceiro setor para a geração de resultados" (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 511). Segundo os adeptos do neogerencialismo, o espírito reformista por si proposto faria parte de uma segunda geração de reformas administrativas, que seriam uma consequência das reformas gerenciais de primeira geração, que tinham como escopo o controle econômico e fiscal, como uma resposta à crise do Estado (*Ibidem*).

- e) Valorização do servidor, multiespecialidade e competição administrada.
- f) Participação dos agentes sociais e controle dos resultados (RUA, 1997, p. 143).

O chamado modelo de gestão gerencial é pautado essencialmente pela fixação de metas de desempenho ao administrador público e pelo rígido controle de resultados. As organizações deixam de agir com foco principal na observância dos regulamentos burocráticos e a sua atividade passa a ser orientada por missões, combinado com o controle do seu atingimento. Possui como premissa o fato de ser necessária a redução das atividades que o Estado desempenha diretamente, o que, por via de consequência, implica na diminuição do tamanho da estrutura do Estado. Em substituição à prática de realização direta dessas atividades, ganha corpo a iniciativa de estabelecimento de parcerias com a sociedade civil, de forma a aproveitar as experiências e potencialidades dos particulares em proveito da coletividade. Assim, o modelo entende a Administração Pública como ente fomentador da realização das atividades de interesse coletivo pelos particulares, muito mais do que como responsável pela execução direta das mesmas. É por esse motivo - por implicar em uma inevitável diminuição do tamanho da estrutura do Estado - que o modelo é muitas vezes vinculado ao termo neoliberalismo<sup>83</sup> - na maioria das vezes de forma pejorativa, pelos seus críticos (MOREIRA NETO, 1998). Segundo Bresser-Pereira, todavia, essas

mudanças estruturais [...] devem, nos termos da reforma, ser acompanhadas de mudanças no plano da gestão estrito senso. Enquanto a administração pública burocrática enfatizava a supervisão cerrada, o uso de regulamentos rígidos e detalhados, e a auditoria de procedimentos, a Reforma Gerencial enfatizará o controle por resultados, a competição administrada por excelência, e a participação da sociedade no

---

<sup>83</sup> Segundo Bresser-Pereira, a doutrina gerencialista, embora inegavelmente seja influenciada por ideias neoliberais, não deve ser confundida com o conservadorismo. Bem ao contrario, muitos países europeus socialdemocratas foram pioneiro no desenvolvimento do processo de reforma e de implantação dessas novas práticas administrativas (BRESSER-PEREIRA, 2008).

controle das organizações e políticas do Estado (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 101).

Fato é que o modelo não propugna a extinção do Estado ou mesmo que este deve se esquivar das funções que lhe foram atribuídas pela legislação desde o advento do Estado Social. A intenção é, como já exposto, que se altere a maneira pelo qual o Estado promove tais ações, que passa a ser realizada de forma indireta, por intermédio de atividades de planejamento, fomento e fiscalização. Essas funções, que já eram desempenhadas pelo Estado, ressurgem renovadas e valorizadas, ocupando papel central na agenda política nacional. Gustavo Binjenbojm fornece competente panorama sobre o assunto:

A emergência do gerencialismo procura aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A ideia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrado e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por parceiras com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas ao monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador. Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado). Essa hibridização de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo (BINENBOJIM, 2008, p.4).

Uma questão fundamental é a de que a adoção do modelo gerencial não significa a completa abolição da burocracia *weberiana* da Administração Pública. O modelo gerencial de gestão não nega o modelo burocrático, e isso por duas razões: (i) primeiro, porque há setores da Administração Pública em que se reconhece que a melhor

opção é a manutenção do modelo de organização burocrático<sup>84</sup>; (ii) segundo, porque o modelo gerencial utiliza muitas das características do modelo burocrático. A base conceitual é a mesma, pautada por uma metodologia de organização e de controle racional-legal<sup>85</sup>. A diferença fundamental está na abordagem que os modelos propõem para o emprego do meio racional-legal.

Nessa toada, enquanto a gestão pública baseada no modelo burocrático é pautada pela desconfiança no administrador público, motivo pelo qual é conferida tamanha importância à observância e ao controle dos procedimentos, que muitas vezes acabam virando um fim em si mesmo, a gestão gerencial concede uma confiança limitada naquele administrador, conferindo um certo espectro de liberdade para

---

<sup>84</sup> Essa orientação foi seguida pelos teóricos da última reforma administrativa vivida pelo Estado brasileiro, que optaram por manter o burocratismo clássico no núcleo estratégico do Estado, conforme ver-se-á adiante. Sobre o assunto, ainda, colhe-se o entendimento de André Borges, que analisa a questão sob um viés econômico, levando em consideração orientações produzidas pelo Banco Mundial sobre o matéria: "Levando ao extremo a ideia de um *trade-off* entre mercado e hierarquia, conclui-se que a organização burocrática tradicional do setor público deveria limitar-se a funções estratégicas (*core functions*), não contestáveis, cujos *outputs* são difíceis de medir (administração da Justiça, segurança externa, arrecadação de impostos etc.). Conforme esta perspectiva, para os serviços altamente contestáveis (a maioria dos bens privados, telecomunicações, geração de energia elétrica), os mecanismos de mercado com provisão privada (privatização) ou provisão pública e privada (quase-mercados) são os mais adequados. Em uma categoria intermediária, as agências públicas em setores não contestáveis, mas passíveis de medição de performance, devem ser submetidas a controles de resultados, com o fortalecimento de mecanismos de "voz" (pesquisas de satisfação de clientes, comitês de usuários etc.). Na ausência de altos custos de transação, as atividades nesses setores podem também ser terceirizadas para empresas privadas e ONGs" (BORGES, 2000, p. 5).

<sup>85</sup> É o que preleciona Cláudio de Figueiredo: "A ideia do modelo gerencial de administração [...] apresenta-se, como não poderia deixar de ser, fundada num sistema de dominação racional-legal, ou seja, de conformidade com Estado de Direito e utilizando-se da administração burocrática, muito embora esta apareça em diferentes graus nos vários países onde tem sido aplicada. A grande diferença, contudo, ocorre na procura de redução do grande ônus atribuído atualmente à administração e repassado aos contribuintes, buscando maior eficiência ao reproduzir aspectos da administração privada (daí o nome 'gerencial') assumindo, assim, ares de novidade" (FIGUEIREDO, 2002, p. 65).

que esse tome as melhores decisões com vistas ao alcance dos resultados planejados. É o que explica Figueiredo:

Dentre os principais pontos diferenciais da administração gerencial apresentados pelos escritores como avanço em relação à burocrática, estão a confiança limitada que é depositada no gestor público, gozando de relativa autonomia para alcançar as metas, pré-fixadas e controladas a *posteriori* através dos resultados, em oposição à administração burocrática, que controla todos os procedimentos de compras e contratações, como consequência da confiança absoluta no administrador; e a orientação centrada no atendimento ao cidadão, que passa a ser visto como cliente, numa noção nitidamente mercadológica, em oposição à administração burocrática, que, como se viu, frequentemente é acusada de ser autorreferente. (FIGUEIREDO, 2002, p. 68)

Essa alteração do modo pelo qual os administradores públicos atuam possui justificativa histórica. Afinal, conforme já narrado, a adoção do modelo burocrático tinha como objetivo superar as práticas patrimonialistas no seio da Administração Pública. Era natural, portanto, naquele momento de uma democracia incipiente, que o novo modelo de gestão proposto fosse baseado em um forte controle sobre todos os procedimentos realizados pela Administração, já que era natural a desconfiança dos políticos, dos burocratas e dos cidadãos em um Estado autocrático.

O sistema de gestão pública gerencial, por outro lado, parte do pressuposto de que o nível cultural da sociedade moderna já elevou-se a um patamar que, embora seja cedo que práticas patrimonialista ainda ocorram com frequência na Administração Pública, esse tipo de situação é condenada pela opinião pública. A partir desse amadurecimento democrático da sociedade, passa a ser possível o desenvolvimento de estratégias administrativas organizadas pela ampla delegação de autoridade e pela cobrança de resultados (BRESSER-PEREIRA, 1996a).

A mencionada confiança limitada no gestor público é essencial para o gerencialismo, dado que o modelo pressupõe a delegação de competências, por parte da administração central, para a administração indireta e particulares. O administrador transfere a responsabilidade por

executar determinado serviço para um terceiro (integrante, ou não, da estrutura administrativa, conforme a modelagem jurídica aplicada), preocupando-se essencialmente com fiscalizar o alcance dos resultados, conforme metas pré-estabelecidas. Por óbvio, aos delegatários não é facultado executar as tarefas que lhes foram atribuídas de qualquer jeito, desregradadamente. Persistem as diretrizes normativas que balizam o agir do gestor público, as quais, no caso da Administração Pública brasileira, são as regras e princípios que compõem o regime jurídico administrativo pátrio. Assim, no gerencialismo, o campo de atuação do delegatário é delimitado pelo espectro de normas que traçam o regime jurídico administrativo brasileiro, só que o controle desses procedimentos deixa de ser o principal foco da fiscalização do poder central, que se volta para a verificação do alcance dos resultados. "O controle por resultados é, pois, em última análise, um tipo de delegação de autoridade e, portanto, descentralização" (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 1980, p. 142).

Nesse cenário, um dos desafios do modelo é, portanto, restabelecer a equação autonomia/controle do administrador público, procurando um equilíbrio entre a flexibilidade e a regulamentação da sua atuação. Afinal, é reconhecido que "[a] rigidez dos procedimentos administrativos e o limitado espaço de decisão dos gestores representam um dos obstáculos principais ao melhoramento da gestão na administração pública" (TOHÁ; SOLARI, 1997, p. 88). Reitera-se: o gerencialismo brasileiro não propugna uma total supressão dos controles, o que representaria a emissão de um "cheque em branco" ao administrador público. Essa medida não encontraria guarida no ordenamento jurídico brasileiro, eis que iria de encontro ao regime jurídico administrativo estabelecido na Constituição Federal. Conforme suprarressaltado, a confiança conferida aos gestores públicos é limitada e não completa.

À primeira vista, poder-se-ia imaginar que a modificação do foco do controle realizado pela Administração Pública sobre os gestores públicos, deixando de estar direcionado aos procedimentos de execução das atividades, passando a mirar o alcance dos resultados, fragilizaria o poderio fiscalizador do Estado. Esse é, por sinal, uma das principais preocupações levantadas pelos críticos do modelo. Todavia, na visão dos reformistas, o resultado da aplicação do gerencialismo é justamente o inverso<sup>86</sup>, já que, "[p]ara o 'paradigma gerencialista', a administração

---

<sup>86</sup> Paulo Modesto, por exemplo, na esteira do pensamento clássico *weberiano*, considera a criação de empecilhos burocráticos como um instrumento de poder, inclusive, na opinião do autor, para facilitação da corrupção. Segundo o autor,

pública burocrática é falha porque permite grandes desvios e capturas do aparelho estatal pelos interesses privados e corporativos" (VERONESE, 2011, p. 34).

Na opinião dos autores gerencialistas, quanto maior for a seara de atuação do Estado, maior será também o aparato necessário para a realização das atividades de sua competência. O aumento do tamanho da estrutura do Estado, além de ampliar custos, incrementa a sujeição da Administração às nefastas práticas de apropriação privada do interesse público, a chamada "captura" do interesse público pelo interesse privado. Tratam-se do conjunto de práticas denominado no estrangeiro de *rent-seeking*, que configuram "novas formas de apropriação da *res publica* praticadas por particulares em proveito próprio" (FIGUEIREDO, 2002, p. 59).

É nesse sentido que Bresser-Pereira, um dos idealizadores do gerencialismo brasileiro, encara que a adoção desse modelo de gestão pública, além de incrementar a eficiência do Estado, representa "um instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta" (BRESSER-PEREIRA, 1998a, p. 28). É nessa linha que se diz que a superação do burocratismo busca combater

a atuação auto-referida da burocracia impedindo a apropriação privada dos recursos públicos, seja pela ineficiência, mau uso, corrupção ou por grupos de interesses. Uma atuação voltada para os clientes-cidadãos aumentará sensivelmente a responsabilidade pública (*accountability*) dos funcionários do Estado, essencial para uma maior *publicização* do Estado (KEINERT, 2008, p. 93).

Além de tudo, a aplicação do modelo gerencial de gestão pública está inserido em uma política de desburocratização e de democratização da máquina pública. À vista disso, em última análise, desburocratizar não só proporciona condições para um aumento na eficiência da

---

"um dos modos clássicos de limitar a eficácia de leis aprovadas pelo parlamento, contrárias ao interesse do governo ocasional, é criar dificuldades burocráticas e lentidão na aplicação efetiva das normas - a inércia administrativa revela aqui a sua dimensão política. O tempo é frequentemente utilizado em negociações políticas e funciona outras vezes como estímulo à corrupção - cria-se a dificuldade e a lentidão para negociar-se a celeridade da ação pública" (MODESTO, 2011, p. 22).



Administração Pública como também combate a corrupção: a colocação dos cidadãos em uma situação menos desigual com a Administração Pública, em um país em que a desigualdade começa pelo acesso ao Estado, incrementa o controle social, reduzindo o campo de práticas corruptas (ABRUCIO, 2007).

De outro norte, a possibilidade e a pertinência da adoção do modelo gerencialista pela Administração Pública brasileira nem de longe é uníssona na doutrina. Bem ao contrário, há diversos autores que não consideram adequada a inauguração do modelo de gestão gerencial no seio da Administração Pública nacional. Daniel Hachem, por exemplo, não considera possível a utilização do modelo, que seria típico das empresas privadas, em países subdesenvolvidos, como são os da América Latina. Na opinião do autor,

nesses países, a reforma da Administração Pública e a elaboração de métodos e técnicas de gestão pública devem dirigir-se com absoluta prioridade à satisfação das necessidades básicas da população e de seus direitos fundamentais de todas as gerações, ainda que isso implique em singrar por caminhos mais custosos ou menos econômicos (HACHEM, 2011, p. 87)

Acredita-se que esse autor comete um duplo equívoco. Primeiro, porque considerou que o modelo gerencial a ser aplicado na Administração Pública será idêntico ao utilizado nas empresas, onde serve para a busca incessante pelo lucro e redução de despesas. É evidente que a transposição integral dos métodos de gestão privada para a pública não é possível. Tratam-se de estruturas diferentes com objetivos também diversos - o da Administração Pública, ao contrário do das empresas, é, primordialmente, a satisfação do dito interesse público. Os objetivos, as normas, os produtos e a relação com os usuários, assim como a origem dos recursos, são diferentes. Mais que tudo, as motivações e a vocação do gerente público são diferentes das do privado, como também o são os conhecimentos requeridos e exigências impostas (TOHÁ; SOLARI, 1997)<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Além do mais, ainda que claramente existam inegáveis diferenças entre os objetivos e em termos de organização estrutural, Estado e empresas privadas não são assim tão diferentes, ao menos no que diz respeito à gestão. Tanto é assim que o próprio Max Weber, pai do modelo burocrático

Porém, diferentemente do opinado pelo autor, esta constatação está longe de significar a impossibilidade da instauração de uma Administração Pública gerencial, contendo elementos da gestão empresarial, só que adaptados para a realidade pública. Crê-se que conceitos como a busca pela eficiência e pela eficácia nas ações do Estado, controle de resultados e alcance de metas, típicos do gerencialismo, não colidem com a função administrativa, nem mesmo em países em desenvolvimento, em que a preocupação com questões sociais deve ser mais elevada do que em países desenvolvidos.

Segundo, aquele autor se equivoca porque a expectativa com a adoção do modelo gerencial - e esse é o objetivo das reformas administrativas realizadas nos países da América do Sul - é a de que a gestão pública gerencial representará um melhor canal para o aprimoramento dos serviços sociais oferecidos aos cidadãos, comparativamente à burocrática. Assim, a ideia é justamente que a adoção do gerencialismo contribua para a perspectiva de gestão pública que o autor acredita como adequada para os países periféricos, "voltada à satisfação do interesse público, e atenta às peculiaridades desses países, que demandem a prestação de serviços básicos à população e mecanismos de participação popular na Administração Pública" (HACHEM, 2011, p. 88).

Outra crítica frequentemente direcionada ao modelo gerencial é a de que este considera o público alvo das atividades prestacionais do Estado como "clientes", sendo que os destinatários dessas práticas são mais do que isso, são "cidadãos". Todavia, essa oposição não parece fazer sentido, já que os reformistas consideram que os cidadãos também são consumidores, e que o paradigma gerencialista considera o indivíduo como um consumidor, em termos econômicos, e como cidadão, em termos políticos, na esteira dos mais recentes entendimentos sobre a matéria no Reino Unido (BRESSER-PEREIRA, 1998a).

Uma terceira espécie de críticas a adoção do modelo vem dos que não creditam o déficit prestacional empiricamente verificado na Administração Pública brasileira à utilização do modelo burocrático.

---

moderno, desenhou o seu modelo burocrático voltado essencialmente para a Indústria, ainda que a sua aplicação também tenha voltado-se para a Administração. Afinal, para Weber, "[...] os dois [Estado e empresa] são, em sua essência fundamental, completamente iguais. O Estado moderno, do ponto de vista sociológico, é uma "empresa", do mesmo modo que uma fábrica: precisamente está é sua qualidade historicamente específica" (WEBER, 1999, p. 530) .

Para Irene Nohara, por exemplo, o problema reside no fato de que o Brasil ainda não superou completamente o método patrimonialista de gestão da coisa pública. Assim, de nada adiantará a adoção do modelo gerencial, com a superação do modelo burocrático, se a problemática relacionada ao patrimonialismo seguir assolando a sociedade desse país. Apresentam opinião semelhante Emerson Gabardo e Luciano Elias Reis, para quem o déficit de eficiência na Administração Pública brasileira seria "uma questão muito mais cultural do que econômica ou simplesmente administrativa" (GABARDO; REIS, 2011, p. 126).

Concorda-se com os autores no que concerne ao fato de que a permanência de práticas patrimonialistas na Administração Pública brasileira constitui problema central, que deve ser superado. Todavia, ousa-se discordar da sua conclusão. Ainda que a premissa relacionada ao patrimonialismo seja verdadeira, crê-se que a instauração de um modelo administrativo público inovador, voltado ao alcance de resultados positivos no que se refere prestação de serviços públicos à população, é medida de imperiosa importância na realidade brasileira.

Primeiro porque, conforme já dito, as disfunções do modelo burocrático, geradoras de ineficiência, não estão relacionadas somente com a difusão de práticas patrimonialistas na Administração Pública. Isso leva a conclusão de que, mesmo na utópica possibilidade de se alcançar uma realidade livre de práticas patrimonialistas, a Administração Pública organizada sob o modelo burocrático ainda apresentará um déficit de eficiência.

Tanto é que, conforme já se discutiu neste trabalho, o movimento da reforma administrativa tendo como mote a superação do paradigma burocrático e a adoção do gerencial não é um movimento exclusivo do Brasil. Bem ao contrário, muitos outros países - ainda que alguns deles pertencentes a um sistema jurídico diferente, notadamente no que se refere ao Direito Administrativo (países que adotam a *Common Law*) - também passaram por reformas semelhantes. E, certamente, nem todos aqueles países possuem a herança patrimonialista tão acentuada como o Brasil, ao menos não na mesma proporção. Ainda assim, esses países reconheceram que a manutenção do modelo burocrático não vinha proporcionando o necessário para satisfatoriamente atender às demandas da população.

Segundo, porque se a superação do paradigma burocrático, com a consequente adoção do modelo gerencial, não vai resolver o problema da contaminação da Administração Pública brasileira pelo patrimonialismo, tampouco o fará a manutenção do sistema burocrático. Assim, encarando o problema de uma forma pragmática, pensa-se que a

adoção do modelo gerencial é uma tentativa válida de trazer maior eficiência na atividade público-administrativa brasileira, mesmo que não haja a garantia de que efetivamente essa medida vai assegurar uma substancial melhora na eficiência na prestação dos serviços públicos.

A parcial adoção do modelo de gestão gerencial para certos setores da Administração Pública brasileira foi uma das propostas da última reforma administrativa realizada pelo Brasil, na segunda metade dos anos 90<sup>88</sup>, que será objeto de análise na seção seguinte.

### **2.3.4 A reforma da Administração Pública federal da segunda metade dos anos 1990**

Conforme já explicado, a concepção de Administração Pública consensual transformou as funções do Estado e as relações travadas com a sociedade. Sendo assim, sob influência dessas novas diretrizes teóricas, diagnosticou-se a necessidade de execução de uma reforma também na gestão pública brasileira. Em outras palavras, concluiu-se que, para o Estado brasileiro adaptar-se a essas novas realidades, seria

---

<sup>88</sup> O Plano Diretor da Reforma Administrativa, documento que será apreciado com mais vagar adiante, explica o que os reformistas entendiam por Administração Pública gerencial: "A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental. Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a *posteriori* dos resultados" (BRASIL, Presidência da República, 1995, p. 16). Veja-se que o entendimento que vigorava à época caminhava no mesmo sentido dos evocados pelos estudiosos que se debruçaram sobre a matéria.

necessário submeter a Administração Pública federal a uma reforma administrativa<sup>89</sup>.

A reforma administrativa está inserida em um contexto maior de reforma do Estado. O Estado brasileiro, ante o contexto atual - intensa globalização e em plena "Era da Informação" - ficou obrigado a modernizar-se, a repensar suas funções junto a sociedade. É que muito por conta desses fenômenos, o Estado contemporâneo não só passou a ser encarado como um Estado com menos recursos, mas também como um Estado com menos poder, o que tornava imperioso ao aparato estatal tornar-se mais ágil e flexível, de modo a melhor adaptar-se ao cenário externo (ABRUCIO, 1997).

Segundo os seus maiores expoentes, o movimento reformista brasileiro tinha por ideologia condutora a socialdemocracia, e não o neoliberalismo, conforme acusavam os seus críticos. Bresser-Pereira, talvez o maior defensor da implantação da reforma administrativa no Brasil, rechaçava o rótulo de neoliberal, defendendo que a reforma detinha caráter "Social-Liberal" (BRESSER-PEREIRA, 1996a, p. 270), ou "social democrática". O estabelecimento dessas balizas teóricas parecia importante para os reformistas, já que, à época, a menção em solo brasileiro do termo "neoliberal" causava efeito semelhante à de palavras como "diabo" e "inferno". Costumava-se, com o dedo em riste, classificar toda sorte de iniciativas inovadoras relacionadas ao Estado como neoliberais, em tom acusatório. Segundo Bresser-Pereira,

[a] diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia (BRESSER-PEREIRA, 1996b, ps. 1-2).

Segundo o autor, enquanto os neoliberais sugerem que o Estado deixe de intervir na área social, o que ele chama de proposta de Estado

---

<sup>89</sup> Irene Nohara aponta como motivo para a realização da reforma administrativa, ainda, a necessidade de "preparar o Estado para enfrentar a crise que ameaçava as economias em escala mundial, e, em tese, proporcionar maior competitividade ao País num cenário de intensificação da integração regional e, principalmente, global" (NOHARA, 2012, p. 1).

Social-Liberal, apregoa que o mesmo deve continuar responsável pela proteção desses direitos. A peculiaridade é que deve privilegiar o seu fornecimento de forma indireta, atuando em conjunto com o chamado setor público não-estatal (BRESSER-PEREIRA, 1998b).

A reforma gerencial efetuada no Brasil a partir do ano de 1995 pretendia atingir seus objetivos por meio de uma atuação conjunta em duas frentes: por um lado, pela realização de medidas de controle fiscal e redução dos gastos públicos com o aparelhamento burocrático; por outro, pela promoção de uma mudança institucional, criando uma estrutura voltada à gestão por resultados (REZENDE, 2002).

Era notório que, ao menos em um primeiro momento, no curto prazo, o objetivo principal era facilitar o ajuste fiscal, notadamente dos estados e municípios, para, num segundo momento, com a economia controlada, trabalhar para tornar mais eficiente e moderna a Administração Pública (BRESSER-PEREIRA, 1996a). A reforma administrativa buscou, assim, controlar os gastos do governo, sendo que a constitucionalização do princípio da eficiência coadunou-se com esse objetivo: o de maximizar as ações dos poderes públicos constituídos com uma redução nos custos dessas operações. Segundo Bresser-Pereira,

[a] Reforma Gerencial de 1995 baseia-se em um modelo que implica mudanças estruturais e de gestão. A reforma não estava interessada em discutir o grau de intervenção do Estado na economia, uma vez que hoje já se chegou a um razoável consenso sobre a inviabilidade do Estado mínimo e da necessidade da ação reguladora, corretora, e estimuladora do Estado. Ao invés de insistir nessa questão, a reforma partiu de uma série de perguntas de caráter estrutural que tinham como pressuposto gerencial o fato de que a descentralização, a conseqüente autonomia dos gestores, e a sua responsabilização por resultados torna os gestores e executores mais motivados e as agências mais eficientes (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 99).

O mote da reforma era, portanto, impor alterações na gestão administrativa brasileira, com o objetivo final, mediato, de proporcionar maior eficiência nas atividades realizadas pelo Estado. Segundo

Fernando Luiz Abrucio, reconhecia-se como necessário corrigir os erros administrativos herdados da época da ditadura militar. Segundo o autor,

o regime autoritário foi pródigo em potencializar problemas históricos da administração pública brasileira, como o descontrole financeiro, a falta de responsabilização dos governantes e burocratas perante a sociedade, a politização indevida da burocracia nos estados e municípios, além da fragmentação excessiva das empresas públicas, com a perda de foco de atuação governamental (ABRUCIO, 2007, p. 68).

Ademais, passou a ser assente o entendimento de que a Constituição Federal de 1988, apesar de suas inúmeras qualidades e avanços que proporcionou, não serviu para solucionar os problemas da gestão pública brasileira. Bem ao contrário, retroagiu em diversos pontos, conforme demonstrar-se-á mais a frente. Somando-se a isso o fracasso das medidas tomadas no governo Collor, pautadas pelo lema da "caça aos marajás" e do "Estado Mínimo", medidas essas classificadas por Abrucio como um "desastre"<sup>90</sup> (ABRUCIO, 2007), o ambiente era propício à realização de reformas.

Essa conjuntura serviu para que a administração de Fernando Henrique Cardoso tivesse como um dos principais objetivos promover uma reforma administrativa no Estado brasileiro. E a reforma administrativa passava por introduzir o modelo gerencial na Administração Pública federal brasileira. Conforme já explicado, não se tratava, porém, de abandonar completamente o modelo burocrático. Muito pelo contrário,

---

<sup>90</sup> Segundo Abrucio, houve, nesse período, "o desmantelamento de diversos setores e políticas públicas, além da redução de atividades estatais essenciais. Como o funcionário público foi transformado no bode expiatório dos problemas nacionais, disseminou-se uma sensação de desconfiança por toda a máquina federal, algo que produziu uma lógica do 'salve-se quem puder'. Foi neste contexto que, paradoxalmente, se constituiu um regime jurídico único extremamente corporativista. O irônico desta história burlesca de Collor é que, em nome do combate aos marajás e ao "Estado-elefante", seu governo foi marcado pela maior corrupção de todos os tempos no país e pela tentativa de usar o poder estatal para ampliar os tentáculos privados de seu grupo político" (ABRUCIO, 2007, p. 70).

a administração pública gerencial deve ser construída sobre a administração pública burocrática. Não se trata de fazer tábula rasa desta, mas aproveitar suas conquistas, os aspectos positivos que ela contém, ao mesmo tempo que se vai eliminando o que já não serve. (BRESSER-PEREIRA, 1996b, p. 24)

A intenção era executar a reforma em três dimensões: (i) uma dimensão institucional-legal, posto que era necessária a realização de modificações constitucionais, além da promulgação de leis e regulamentos; (ii) uma dimensão cultural, que buscava a mudança dos valores burocráticos para os gerenciais; e (iii) uma dimensão gestão, consubstanciada na colocação em práticas dos valores gerenciais apreendidos, passando a oferecer serviços públicos de qualidade para a sociedade brasileira (BRESSER-PEREIRA, 1996b).

A nova sistemática desenhada para a Administração Pública brasileira foi inspirada, em grande medida, na nova administração pública britânica (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010), conforme reconhecido pelo próprio Bresser-Pereira (BRESSER-PEREIRA, 2000). O Reino Unido é considerado o berço da Administração Pública Gerencial, conforme já explicado. Prova disso é a semelhança entre alguns institutos inovadores presentes na estrutura administrativa do Reino Unido, que foram importados para o Brasil com a reforma: a própria figura das Organizações Sociais são um exemplo disso. O modelo utilizado no estrangeiro foi em grande parte importado pelo Brasil, já que,

[e]fetivamente, algumas das propostas do NPM encontraram eco no diagnóstico sobre o cotidiano da administração pública brasileira: burocratização excessiva, na forma de um cipoal de normas e regras, muitas vezes em desacordo entre si; inclinação comportamental de cumprir a lei em sua forma, mas burlar o seu espírito; controle maior dos meios do que dos fins, e, por isso, a não preocupação com os resultados; e hierarquização excessiva das estruturas, implicando em enrijecimentos e custos mais elevados (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 371).



A reforma administrativa experimentada pelo Brasil na metade final da década de 1990 foi conduzida pelo hoje extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, à época encabeçado pelo Ministro Bresser-Pereira. O Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso incumbiu o Ministério da elaboração de um "Plano Diretor", contendo as diretrizes que orientariam o processo de modernização da Administração Pública brasileira (BRASIL, Presidência da República, 1995). No olhar de Bresser-Pereira,

a modernização ou o aumento da eficiência da administração pública será o resultado a médio prazo de um complexo projeto de reforma, através do qual se buscará a um só tempo fortalecer a administração pública direta ou o “núcleo estratégico do Estado”, e descentralizar a administração pública através da implantação de “agências autônomas” e de “organizações sociais” controladas por contratos de gestão (BRESSER-PEREIRA, 1996b, p. 18).

A principal mudança proposta projeto de reforma seria o de implementar na Administração Pública federal um modelo de gestão pautado no alcance de resultados. O mote, portanto, seria o de incrementar a efetividade das ações perpetradas pela Administração Pública, por meio da adoção de um modelo de gestão pública gerencial, a partir de uma estrutura administrativa reformada, já que novas instituições seriam criadas (BRESSER-PEREIRA, 2000).

Apesar de que o mote principal era a superação do burocratismo, o movimento reformista não ignorou os elementos patrimonialistas ainda existentes no Estado brasileiro. Bem ao contrário. Segundo Bresser-Pereira e Pacheco,

a melhor forma de lutar contra o clientelismo e outras formas de captura do Estado é dar um passo adiante e tornar o Estado mais eficiente e mais moderno. É preciso lutar contra a corrupção e o desperdício, mas essa luta não alcança êxito se nos limitamos a enrijecer a administração pública com controles e mais controles. Em vez disso, é preciso combinar confiança com controle, dando mais autonomia ao gestor público, e fazê-lo mais responsabilizado pelos seus atos (BRESSER-PEREIRA, PACHECO, 2005, p. 10).

Hoje, passados quase 20 anos do início das reformas, não é possível dizer, porém, que, de um modo geral, aquele movimento reformista tenha alcançado completo êxito, apesar de ser inegável que tenha proporcionado inovações importantes para a Administração Pública brasileira. Para Abrucio, além de conjunturas políticas e econômicas desfavoráveis, um dos erros cometidos pelos reformistas, com o comprometimento do sucesso do projeto, foi o discurso de estabelecer uma oposição completa entre a administração burocrática e as novas formas de gestão. Essa perspectiva dicotômica levou à crença de que um modelo de gestão substituiria completamente ao outro, sendo que, ao contrário, ambas as sistemáticas deveriam ser usadas simultaneamente, de forma complementar (ABRUCIO, 2007). Além disso, o autor aponta as seguintes razões para o relativo fracasso das reformas propostas naquele momento:

Em suma, a reforma Bresser não teve força suficiente para sustentar uma reforma da administração pública ampla e, principalmente, contínua. O legado negativo do período Collor, a pouca importância dada ao tema por parte do núcleo central do poder e as resistências da área econômica criaram obstáculos ao projeto do plano diretor. Não se pode esquecer, ainda, da oposição petista à reforma, movida pelo peso do corporativismo dentro do partido e por uma estratégia de tachar qualquer reforma da era FHC como “neoliberal”. Além disso, a sociedade estava fortemente mobilizada pelas questões da estabilidade monetária e da responsabilidade fiscal, e os principais atores políticos e sociais não deram o mesmo status ao tema da gestão pública. A reforma da gestão pública, ademais, enfrentou um problema estrutural: boa parte do sistema político tem um cálculo de carreira que bate de frente com a modernização administrativa. Profissionalizar a burocracia e avaliá-la constantemente por meio de metas e indicadores são ações que reduziriam a interferência política sobre a distribuição de cargos e verbas públicas. Esta situação só pode ser mudada com a conscientização da sociedade e de uma elite da classe política sobre os efeitos negativos do nosso

“patrimonialismo profundo” (ABRUCIO, 2007, p. 74).

Na opinião de Rezende, um dos motivos que levaram ao êxito reduzido do último movimento reformista realizado no Brasil foi o chamado "Dilema do Controle", que pode ser compreendido da seguinte forma:

O ajuste fiscal demanda mais controle sobre a burocracia e suas organizações, no sentido de promover o uso devido de recursos, bem como a prestação de contas e o controle orçamentário. Por outro lado, a mudança institucional, especialmente aquela que pretende ampliar o escopo da descentralização, autonomia e responsabilidade, passa por uma necessidade de “descontrolar” a burocracia, dotando-a de maior autonomia gerencial e maior responsabilidade. Neste sentido, as reformas sinalizam incentivos contraditórios para os principais atores estratégicos na sua arena de política pública, dificultando a cooperação simultânea destes para com os objetivos da reforma, e, conseqüentemente, reduzindo suas chances de implementação e a sustentabilidade (REZENDE, 2002, p. 62).

Na verdade, não foi só esse último movimento reformista que não alcançou o êxito planejado. O movimento de reformas na Administração Pública brasileira como um todo, iniciado à época do Estado novo, tem um histórico de falhas sequenciais<sup>91</sup>. Por mais variadas que tenham sido as iniciativas para buscar resolver os problemas da Administração Pública brasileira e incrementar a performance da gestão pública, os seus vícios crônicos persistem: patrimonialismo, corrupção, reduzidos

---

<sup>91</sup> Rezende apresenta diagnóstico do porque as reformas administrativas perpetradas pelos governos falham seguidamente. Em sua opinião, isso acontece por que, dentre outros fatores, (i) as reformas administrativas costumam apresentar soluções predefinidas, genéricas, a situações específicas, o que não funciona, (ii) os setores burocráticos alvo da reforma costumam resistir às mudanças, (iii) contradição entre medidas tomadas por diferentes movimentos reformistas, (iv) o elevado grau de incerteza que paira sobre esses movimentos (REZENDE, 2002).

profissionalismo e eficiência, elevados gastos e déficits do setor público, entre outros (REZENDE, 2002).

O ímpeto reformista já diminuiu desde o início do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso. Depois daquele período, os dois governos Lula e o primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff tomaram medidas muito tímidas sobre o assunto. É possível dizer, assim, que não há um movimento organizado de modernização da gestão pública brasileira desde o final da década de 90.

Conforme sobredito, o Ministério da Administração e Reforma do Estado produziu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento que propôs modificações na Administração Pública brasileira e orientaria a reforma administrativa a ser aplicada no país. Esse documento e a reforma proposta serão melhor examinados a seguir.

#### 2.3.4.1 Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

O documento norteador da reforma administrativa aplicada ao Estado brasileiro na segunda metade da década de 90 foi o "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado", produzido pelo já extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, à época liderado pelo Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. Foi a partir da edição desse documento que foram realizadas as propostas de Emendas Constitucionais e de modificações legislativas que a reforma demandava. Nas palavras do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o plano diretor tinha como escopo "criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais" (BRASIL, Presidência da República, 1995, p.6).

O documento promoveu um diagnóstico das deficiências vivenciadas pela Administração Pública brasileira naquele momento histórico. Identificou como problemas a serem corrigidos, notadamente, a lentidão e a falta de alcance de resultados, apontando como solução a inserção de soluções gerenciais na gestão pública nacional. O plano situou o Brasil no cenário mundial de crise do modelo de Estado social, o que demandava alterações, como tentativa de contornar o cenário crítico. O documento considerava inadiável a tomada das seguintes medidas:

- (1) o ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e

criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas (BRASIL, Presidência da República, 1995, p. 11).

O Plano informava que a necessária reforma da Administração Pública insere-se em uma política de redefinição do papel do Estado, em que este deixa de ser o único responsável pelo desenvolvimento econômico e social por meio da produção de bens e serviços, passando a exercer, de forma mais sofisticada, as funções de promotor e regulador deste desenvolvimento (BRASIL, Presidência da República, 1995).

Nesta perspectiva, o Plano Diretor dividiu em quatro os setores de atuação do Estado, enquanto titular do Poder Executivo: (i) núcleo estratégico, que corresponde ao governo, em sentido lato; (ii) atividades exclusivas, que são aquelas que são reservadas por lei ao Estado; (iii) serviços não exclusivos, que podem ser realizadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada; e, (iv) produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico é o setor onde são formuladas as leis e as políticas públicas, formado, em "nível federal, pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado e a cúpula dos ministérios [...] pelos tribunais federais encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Ministério Público" (BRESSER-PEREIRA, 1996b, ps. 18-19).

As atividades exclusivas são aquelas reservadas ao Estado, em que este atua necessariamente como ente dotado da soberania que lhe caracteriza, em uma relação verticalizada perante o particular. Esse setor seria formado pela polícia, forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação, e os órgãos responsáveis pela transferência de recursos, tais como o Sistema Único de Saúde (BRESSER-PEREIRA, 1996b).

Já os serviços não-exclusivos do Estado compreendem aqueles que, embora não demandem o chamado "poder de Estado", este os subsidia, em razão da sua alta relevância para dar vazão a direitos fundamentais, ou, ainda, por considerar que são atividades que não seriam adequadamente fornecidas à população exclusivamente em um regime de mercado, pois são deficitárias (BRESSER-PEREIRA, 1996b).

Por último, o setor de produção de bens e serviços para o mercado é aquele executado por meio de empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos, como o petróleo (BRESSER-PEREIRA, 1996b).

Segundo consta no Plano,

[n]o núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas. A efetividade é mais importante que a eficiência. O que importa saber é, primeiro, se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não. Segundo, se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas.

Já no campo das atividades exclusivas de Estado, dos serviços não-exclusivos e da produção de bens e serviços o critério eficiência torna-se fundamental. O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo. (BRASIL, Presidência da República, 1995, p. 42)

Trata-se, assim, nos campos fora do núcleo estratégico do Estado, da busca por uma separação das suas políticas regulatórias, que continuariam a ser realizadas de forma centralizada e burocratizada pela Administração Pública, daquelas de execução e prestação de serviços públicos, que passariam a ser descentralizadas e administradas pelo Estado sob o paradigma gerencial (AZEVEDO; ANDRADE, 1997).

Segundo o ideário reformista, a responsabilidade pela gestão das atividades dos setores não-exclusivos e de produção de bens e serviços para o mercado deveriam ser transferidos para o setor não estatal. No primeiro caso, para entidades componentes do terceiro setor, que não possuem fins lucrativos, sendo utilizado, para garantir a satisfatória execução dessas atividades a celebração de contratos de gestão. Nessas atividades, o Estado passaria a exercer a função de "financiador" (BRESSER-PEREIRA, 2000, p. 22), prática contemplada pela função de fomento da nova Administração Pública. No caso da produção de bens e serviços para o mercado, estes, em regra, deveriam ficar a cargo da iniciativa privada. Tratou-se, assim, de uma redistribuição das atividades que cabiam ao Estado, ao mercado, e ao Terceiro Setor,

adotando como critério a capacidade de cada uma dessas esferas de desempenhá-las da forma mais eficiente<sup>92</sup>.

O Plano previa a inclusão de duas novas figuras na gestão pública brasileira, que configurariam a base da nova administração pública brasileira. As organizações sociais, que são o tema desse trabalho, entidades que atuariam na seara das atividades não-exclusivas do Estado, e as agências executivas, que operariam na área das atividades exclusivas.

Por fim, os objetivos globais da aplicação da sistemática de gestão prevista no plano seriam os seguintes:

(i) Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

(ii) Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.

---

<sup>92</sup> Na opinião de Osborne e Gaebler, "[h]á certas coisas que as empresas fazem melhor do que o governo, mas o governo faz melhor outras tantas. Assim, por exemplo, o setor público tende a ser melhor no gerenciamento das políticas governamentais, na regulamentação das atividades públicas, na manutenção da equidade, na prevenção da discriminação ou da exploração de grupos e pessoas, na garantia da continuidade e estabilidade dos serviços, na defesa da coesão social (como ilustra a convivência de raças e classes sociais nas escolas públicas). As empresas tendem a ser melhores nas tarefas econômicas, na inovação, na repetição de experimentos bem-sucedidos, na adaptação às mudanças rápidas, no abandono de atividades obsoletas ou inúteis, na execução de tarefas complexas ou técnicas. O terceiro setor tende a ser melhor na execução de tarefas que produzem pouco ou nenhum lucro, exigem compaixão e solidariedade com os indivíduos, implicam ampla confiança da parte dos clientes, necessitam atenção direta e pessoal (tais como o atendimento de crianças em creches, de pessoas doentes ou incapacitadas), o aconselhamento individual e que envolvem a aplicação de regras de conduta moral e de responsabilidade pessoal" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 48). Os autores consideram, assim, que os chamados serviços não exclusivos do Estado, os serviços públicos sociais, seriam melhor desempenhados pelo terceiro setor, em coadunância com as mudanças perpetradas pela reforma administrativa.

- (iii) Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.
- (iv) Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.

A colocação em prática das diretrizes previstas no plano diretor trouxe algumas inovações na Administração Pública brasileira. Essas modificações demandaram, inclusive, a realização de alterações no texto constitucional e a promulgação de legislação infraconstitucional específica. Um resumo dessas inovações será apresentado no item seguinte.

#### 2.3.4.2 Principais inovações decorrentes da Reforma Administrativa da segunda metade da década de 90

O movimento de reforma administrativa ocorrido no Brasil na segunda metade dos anos 90 promoveu diversas modificações no regime jurídico administrativo pátrio. Essas alterações ocorreram tanto na seara constitucional, por meio da edição de Medidas Provisórias, quanto na infraconstitucional, pela edição de novos instrumentos normativos.

As modificações tiveram como escopo as duas grandes diretrizes que orientaram a reforma: controle fiscal e incremento na eficiência no manejo da coisa pública.

Na seara constitucional, as alterações foram realizadas principalmente por intermédio da aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998, responsável por promover 77 alterações no corpo da Constituição Federal, criando, ainda, 11 normas de caráter transitório para implementá-las (PEREIRA JUNIOR, 1999).

No que concerne ao controle fiscal, as principais alterações no corpo constitucional disseram respeito à política do Estado com relação aos servidores públicos e agentes políticos. Algumas das principais mudanças foram as seguintes: fixação de teto para a remuneração de todos os servidores públicos, modificação do tempo de estabilização do servidor público, alteração na política de cumulação de cargos e proventos e na aposentadoria. Afora essas questões, talvez a mais importante consequência da reforma administrativa nesse quesito tenha sido o fim do regime único dos servidores. Todavia, essa alteração constitucional foi revertida no ano de 2007, em decisão prolatada na



Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, pela qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional essa alteração, restaurando o regime único estatutário, por efeito repristinatório<sup>93</sup>.

Como corolário, ainda no que se refere a aspectos relacionados ao controle fiscal, em 04 de maio de 2000 entrou em vigência a Lei Complementar nº 101/2000, a conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal, responsável por atrelar ao desempenho fiscal os gastos com salários e pensões, em todas as esferas federativas (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010).

No que diz respeito a eficiência, a reforma administrativa também promoveu alterações no corpo constitucional e a edição de nova legislação infraconstitucional. Talvez a consequência mais abrangente da reforma administrativa tenha sido a constitucionalização do princípio da eficiência, incluindo-o entre os norteadores da atividade administrativa.

Ademais, conforme já explicado, uma das propostas da reforma administrativa para o incremento da eficiência era a aplicação do modelo de gestão gerencial na Administração Pública brasileira. Para Alice Gonzalez Borges, a essência desse método de gestão restou constitucionalizado pela inserção do § 8º ao artigo 37 da Constituição Federal, estabelecendo a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades pertencentes a Administração direta e indireta por meio de contrato (BORGES, 1998). A norma constitucional faz referência ao chamado contrato de gestão.

Além de tudo, conforme já mencionado, três novas espécies de instituições organizacionais emergiram da reforma: as “agências reguladoras”, as “agências executivas”, e as “organizações sociais”.

As duas primeiras atuam no campo das atividades exclusivas de Estado. As agências reguladoras<sup>94</sup>, que devem ser instituídas por lei

---

<sup>93</sup> O mais interessante, é que o motivo para o reconhecimento da inconstitucionalidade da referida alteração foi de ordem formal, "pois a matéria não obteve a aprovação da maioria de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados, quando da apreciação em primeiro turno, violando o disposto no art. 60, § 2º, da Constituição" (NOHARA, 2012, p. 138).

<sup>94</sup> Não há menção expressa na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional sobre a criação de agências reguladoras, exceto dispositivos versando especificamente sobre a criação de órgãos reguladores das atividades de telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal) e petróleo (art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal). "Mas não há obstáculo constitucional a que a lei (federal ou estadual, de acordo com a esfera de atuação) crie e institua

própria, são entidades cuja principal função é regulamentar os setores empresariais que operem em mercados não suficientemente competitivos, enquanto as agências executivas - que, na verdade, constituem autarquias dotadas de um título jurídico -, previstas na Lei nº 9.649/1998, ocupam-se principalmente da execução das leis, no que pertine à execução de atividades exclusivas do Estado (BRESSER-PEREIRA, 2000).

A terceira espécie de instituição, objeto desse trabalho, foi regulamentada em âmbito federal pela Lei nº 9.637/1998. Tratam-se de entidades pertencentes ao terceiro setor, que atuam na seara dos serviços não exclusivos do Estado, sendo financiadas por este (recebem dotação orçamentária), conforme será detalhado mais adiante.

Além disso, as atividades realizadas pelas Organizações Sociais e pelas Agências Executivas em suas respectivas áreas de atuação são controladas pelo núcleo estratégico por meio da assinatura de contratos de gestão, instrumento jurídico também consagrado no direito administrativo brasileiro pela reforma administrativa (BRESSER-PEREIRA, 2000), por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal.

Porém, na linha do exposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 1999a), para se alterar substancialmente o agir da Administração Pública brasileira, não bastam alterações constitucionais, legislativas, estruturais e de funcionamento da gestão pública. Faz-se necessário, ainda, uma alteração na mentalidade dos administradores públicos - para que deixem de considerar a si mesmos como senhores da coisa pública e passem a encarar o múnus público como um dever perante a sociedade -, e dos usuários, para que passem a exigir que os serviços públicos sejam prestados com o mesmo padrão dos privados. Segundo Figueiredo, uma importante medida para se avançar nessa seara seria a "criação de mecanismos que viabilizem a integração dos cidadãos no processo de definição, implementação e avaliação da administração (FIGUEIREDO, 2002, p. 89).

Sobre o assunto, é também importante apresentar a opinião de Bruno Miragem, quando aduz que

a experiência vem demonstrando ser a reforma do Estado não apenas um conjunto de providências jurídico-administrativas necessárias ao redesenho

das instituições, mas um fenômeno multifacetado, que envolve a mudança de uma cultura administrativa, a adoção de novas técnicas de gestão, bem como a redefinição das relações entre o Estado e a Sociedade, mediante desbravamento de novas áreas e regimes de colaboração públicos-privados, assim como de novos canais de comunicação entre a estrutura estatal, o cidadão individualmente considerado e a sociedade civil organizada (MIRAGEM, 2013, p. 54).

Um maior êxito na reforma carece, ainda, de vontade política, na medida em que boa parte da legislação necessária à implementação de algumas das modificações constitucionais realizadas por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 ainda não foram providenciados, mesmo depois de terem transcorrido quase 16 anos desde a implementação da reforma.

Diante de todo o exposto nesse capítulo, parece conveniente definir os resultados obtidos pela reforma administrativa tal qual o fez Kate Jenkins, para quem, nesse tipo de movimento, não existe sucesso absoluto, e sim um "processo de melhora" (JENKINS, 1998, p. 212). É nesse estágio em que se encontra a Administração Pública brasileira: em um processo de melhora.



### 3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO MODELO DE PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

No primeiro capítulo, promoveu-se breve contextualização do cenário histórico em que emergiu a figura jurídica das Organizações Sociais. Tratou-se da evolução do entendimento acerca dos conceitos de Estado e Administração Pública, assinalando que se vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito, pautado por uma Administração Pública consensual. As alterações que os conceitos de Estado e Administração Pública sofreram no decorrer do último século demandaram uma alteração nas formas tradicionais de gestão pública, organizadas sob o modelo burocrático *weberiano*, que se mostrou incapaz de gerar os resultados esperados pela sociedade. Assim, eclodiram ao redor do mundo movimentos de reformas administrativas, buscando a aplicação de novas técnicas de gestão nas ações do poder público, de modo a incrementar a sua eficiência. Um desses conjuntos de novas técnicas de gestão é chamado de gerencialismo, que se tentou empregar à Administração Pública federal brasileira na segunda metade dos anos 1990. Um dos aspectos dessa reforma administrativa foi a criação da figura jurídica das Organizações Sociais, entidades privadas que auxiliariam o Estado no oferecimento de serviços públicos não exclusivos à população.

Avançando nesse caminho, neste segundo capítulo discutir-se-ão os fundamentos jurídicos que embasaram a positivação do modelo das Organizações Sociais. Em outras palavras, serão apresentados os pressupostos jurídicos necessários ao entendimento da figura jurídica dessas entidades e do papel que desempenham junto ao Estado.

#### 3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS

As Organizações Sociais são entidades privadas sem fins lucrativos que auxiliam o Estado no oferecimento de serviços públicos sociais à população. É provável que a temática dos serviços públicos represente um dos temas de mais fecunda discussão na seara do Direito Administrativo. Existem desde definições amplíssimas, que consideram qualquer atividade realizada pelo Estado como serviço público, até outras bem mais restritas, que impõem variados requisitos para determinada atividade ser assim considerada.

Já de início, porém, convém deixar claro que se considera o serviço público como uma das formas de intervenção do Estado na economia<sup>95</sup>. Afinal, tratam-se de atividades que, por razões variadas, o Estado considerou que não deveriam ficar a cargo somente da livre iniciativa. Inclusive, mais do que isso, a execução de algumas dessas atividades é vedada aos particulares. Além disso, trata-se de modalidade de intervenção do Estado na economia por outros dois motivos: primeiro, porque a prestação dessas atividades pressupõe a utilização de recursos econômicos; segundo, porque a elevação de dada atividade à condição de serviço público significa a exclusão da aplicação do direito privado sobre ela, diminuindo a órbita de atuação da livre iniciativa (JUSTEN FILHO, 2011b).

Muitos autores já debruçaram-se sobre o tema, cada um apresentando uma classificação diferente para o assunto. A escola de Direito Administrativo que primeiro produziu obras a respeito dessa questão foi a francesa. E foram justamente os autores franceses que mais influenciaram o Direito Administrativo brasileiro, motivo pelo qual é importante apresentar o entendimento das principais linhas de pensamento formuladas pelos autores daquele país, ainda que em brevíssimas linhas.

A primeira corrente doutrinária de destaque sobre a temática dos serviços públicos foi desenvolvida por Léon Duguit, fundador da "Escola do Serviço Público" (ARAGÃO, 2013). Duguit utilizava dois elementos para identificar determinada atividade como serviço público: a influência da atividade na interdependência social e a deficiência da iniciativa privada em gerar essa interdependência em prol do interesse público. Na opinião do autor, esses serviços deveriam ser organizados pelo Estado e deveriam funcionar sob sua intervenção, mediante

---

<sup>95</sup> Ao revés, Eros Grau não considera o serviço público como forma de intervenção do Estado na economia. Na opinião do autor, o vocábulo intervenção serve para designar os casos em que o Estado está atuando em área de titularidade do setor privado, no campo da atividade econômica em sentido estrito. E os serviços públicos são, a rigor, para o autor, área atuação de titularidade do Estado (GRAU, 2012). Assim, serviços públicos, para o autor, consistiriam em atividades econômicas em sentido amplo, campo em que é facultado ao Estado atuar. Não configuraria, portanto, intervenção, mas atuação do Estado na economia. Considera-se, porém, que, para os objetivos desse trabalho, a discussão sobre se os serviços públicos configurariam intervenção, atuação, ou, ainda, participação do Estado na economia não possui relevância. O termo, seja qual for o escolhido, nos parece apropriado para a construção da definição de serviço público.

execução direta ou de forma descentralizada, transferindo a responsabilidade pela execução para a administração indireta ou para particulares, nesse caso por meio do instituto da concessão (ARAGÃO, 2013).<sup>96</sup>

Levando esses critérios em consideração, o autor considerava como serviços públicos um amplíssimo rol de atividades, que incluíam as atividades legislativas, jurisdicionais e administrativas. Tanto é assim que, na opinião do autor, o Estado nada mais seria do que um conjunto de serviços públicos. Esses serviços públicos, para Duguit, não seriam criados pelo Estado, mas sim pela sociedade. É a sociedade que deve definir quais seriam as atividades consideradas indispensáveis, que, por esse motivo, deveriam integrar o conceito de serviço público (ARAGÃO, 2013).

Por fim, uma última característica digna de nota atribuída por Duguit aos serviços públicos é que essas atividades, na visão do autor, não necessariamente seriam executadas mediante um regime de direito público, exorbitante do direito comum (ARAGÃO, 2013).

Em resumo, Duguit acreditava que configurariam serviços públicos aquelas atividades que, em determinado espaço de tempo e local, fossem consideradas indispensáveis pelos cidadãos, não importando se é executada direta ou indiretamente pelo Estado, ou sob um regime de direito público, ou não. Trata-se, portanto, de um conceito sociológico de serviços públicos.

O segundo grande teórico francês estudioso da matéria, Gastón Jèze, também componente da chamada "Escola do Serviço Público", contrapôs-se ao conceito sociológico desses serviços formulado por Duguit. O conceito elaborado por Jèze é positivista, possuindo contornos jurídicos mais claros. Na opinião do autor, a expressão serviços públicos compreenderia todas aquelas atividades prestadas pelo Estado, direta ou indiretamente, sob um regime de direito público. O conceito de Duguit não leva em consideração a essencialidade do atividade, mas sim o fato de ela ser prestado sob a égide de um regime jurídico exorbitante ao direito comum. Como consequência desse ideário, a conclusão é a de que o Estado deteria o monopólio dos serviços públicos, contando com a prerrogativa de delegar para a iniciativa privada a sua execução (ARAGÃO, 2013, p. 85).

---

<sup>96</sup> Nesse sentido, colhe-se excerto do magistério de Chevallier: "Le service public, c'est donc une activité d'intérêt général gérée par l'Administration ou par une personne privée, à condition que celle-ci soit investie de cette mission par les pouvoirs publics et soumise à leur contrôle." (CHEVALLIER, 1971, p. 20)

Assim, para Jèze, a inclusão de determinada atividade no conceito de serviço público dependeria de ela ser executada sob um regime de direito público, não importando o seu grau de essencialidade ou o fato de ela ser executada diretamente pelo Estado, ou não.

O terceiro dos principais autores franceses estudiosos dos serviços públicos é Maurice Hauriou, que fez parte da chamada "Escola Institucionalista", crítica à "Escola de Serviço Público". Para Hauriou, ao contrário do apregoado pelo outros dois autores citados, a principal característica do Direito Administrativo e das atividades realizadas pelo Estado seria o seu poder de império, que visava a garantia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e não propriamente os serviços públicos. Estes seriam praticados diretamente pelo Estado sob esse regime de império (ARAGÃO, 2013).

Para Hauriou, o rol de atividades que configuram serviços públicos é bem mais limitado. Para o autor, somente justifica-se a elevação de determinada atividade à condição de serviço público para a garantia da igualdade e regularidade aos cidadãos, já que nem sempre a iniciativa privada consegue prover esses direitos aos cidadãos. Assim, o autor promove intensa demarcação das esferas pública e privada, considerando excepcional que alguma atividade prestacional fosse desenvolvida pelo Estado. A regra, é que elas o fossem pela iniciativa privada (ARAGÃO, 2013).

Essas foram as brevíssimas considerações acerca dos principais entendimentos clássicos sobre os serviços públicos. O que se percebe, a partir dessa análise, é que por mais que os juristas das Escolas do Serviço Público e Institucionalista tenham seguido caminhos teóricos diferentes, acabaram chegando à conclusões semelhantes. É o que demonstra Alexandre Santos de Aragão:

Assim, se a Escola do serviço público sustenta que o centro do Direito Administrativo é o serviço público, que é a atividade que não pode satisfazer as necessidades coletivas a que se propõe senão através da intervenção da "força governante", ou seja, do poder de império, da heteroimposição, ou seja, da capacidade de criar obrigações unilateralmente, com base na lei, independentemente da anuência dos administrados; para a Escola Institucionalista a pedra angular do Direito Administrativo é o poder de império, que é, contudo, limitado pela finalidade institucional da prestação dos serviços



públicos. Em suma, para Hauriou a força é funcionalizada e institucionalizada pelo serviço público, e para DUGUIT o serviço público tem a força como suporte e garantia (ARAGÃO, 2013, p. 94).

A respeito desse debate, deve-se salientar que qualquer classificação só tem sentido, no âmbito do Direito, se possuir alguma utilidade prática. Ou seja, de nada adianta classificar por classificar. Partindo desse ideário, considera-se não parecer útil o entendimento de que toda e qualquer atividade realizada pelo Estado configuraria serviço público, dado que esvaziaria o sentido do instituto, que deixaria de servir para distinguir as atividades prestacionais das demais atividades executadas pelo Estado. Afinal, com supedâneo em Celso Antônio Bandeira de Mello, a

dita noção apresentaria um préstimo jurídico muito reduzido ou mesmo nulo se com ela pretender-se abranger toda e qualquer atividade administrativa do Estado, pois, dessarte, não se estaria isolando nada, mas simplesmente duplicando palavras para referir um mesmo objeto (BANDEIRA DE MELLO, 2010b, p. 272).

Sendo assim, considera-se que esse não deve ser o sentido atribuído à expressão. Na França do tempo de Duguit, até poderia restar justificado o estabelecimento dessa definição mais abrangente de serviço público, já que naquele país isso representa um dos critérios para a definição da competência jurisdicional administrativa. No Brasil, por outro lado, onde inexistente jurisdição administrativa, essa definição perde o sentido (JUSTEN FILHO, 2011b).

Considera-se, assim, que o conceito de serviço público envolve três aspectos: o aspecto material, que se refere à análise sobre a natureza do serviço; o aspecto formal, que se relaciona com o regime jurídico a que se submete a atividade; e o aspecto da titularidade, relacionado com quem está habilitado a exercer os serviços. Assim, após o breve exame da doutrina clássica francesa, o segundo passo é a análise do posicionamento da doutrina nacional, o que leva a apresentação dos ideários de alguns dos mais expoentes doutrinadores nacionais acerca da matéria.

Com esse objetivo, é digna de transcrição a definição ofertada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesse que houver definido como próprio no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO, 1987, p. 1).

A definição de Bandeira de Mello é carregada de elementos positivistas e vincula a ideia de serviço público à presença de um regime jurídico administrativo<sup>97</sup>. A definição leva em consideração, portanto, primordialmente o critério formal.

Emerson Gabardo, também na linha dos autores que destacam o aspecto formal do conceito, afirma que "o serviço público nada mais é que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico" (GABARDO, 2009, p. 134). Para o autor, portanto, não importa para o conceito a espécie da atividade econômica (se de interesse público ou não). O fator decisivo para que uma atividade receba a classificação de serviço público é o fato de ela ter sido alçada a esse patamar por lei. O caráter público da atividade, advém, portanto de uma decisão política do legislador<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> O autor segue na esteira do posicionamento do seu pai, Oswaldo Aranha, acerca da matéria: "Em virtude de razões históricas, em determinada oportunidade se pode entender que certas relações jurídicas atendem antes ao bem individual que ao interesse coletivo. Então, em vez de o Estado participar delas, como Poder Público, as normas jurídicas as deixam inteiramente aos particulares, que se colocam numa posição de igualdade, mediante acordo de vontades. Se, em outras ocasiões, se pretende que essas mesmas relações interessam imediatamente à coletividade, dizem respeito ao bem comum, as normas jurídicas fazem o Estado participar delas como Poder Público, e se colocar numa posição de superioridade ante os particulares, impondo autoritariamente sua vontade. Igualmente, em face da organização dos povos, da conjuntura social em que se encontram, tal diversidade de regime existe" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, 2010, p. 44).

<sup>98</sup> A definição do jurista argentino Jose Canasi, com amparo na doutrina clássica de Hauriou, também utiliza do critério formal. Para o autor, "servicio público es la actividad estatal, o bajo su control, que tiene por objeto

Eros Grau, por sua vez, considera equivocada a opção por relacionar o conceito de serviço público com a ideia de atividades sujeitas ao regime de serviço público. Na opinião do autor, ao assim proceder, além de se estar privilegiando a forma em detrimento do conteúdo, perpetrar-se-ia indesculpável tautologia, na medida em que se estaria afirmando que determinada atividade estaria sujeita ao regime de serviço público por ser serviço público, e não o contrário (GRAU, 2012). Eros Grau, portanto, considera a ideia de serviço público sob um viés sociológico, que dá ênfase ao critério material, à semelhança do doutrinado pela Escola Francesa do Serviço Público.

Marçal Justen Filho, também sob um viés sociológico, relaciona a noção de serviço público com as atividades impostas ao Estado para satisfazer as necessidades humanas relativas aos direitos fundamentais, nos casos em que essas necessidades não puderem ser suficientemente supridas pela livre iniciativa dos particulares (JUSTEN FILHO, 2011a). Na opinião do autor, "o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos" (JUSTEN FILHO, 2011b, p. 372). Ao seu olhar,

um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais, e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público (JUSTEN FILHO, 2011, p. 374).

No mesmo sentido, Cristiane Derani considera como serviços públicos atividades que correspondam a interesses coletivos, sendo que tais interesses devem ser extraídos da Constituição Federal (DERANI, 2002). Na opinião da autora,

[a] diferença entre um serviço público e uma outra atividade econômica exercida pelo Estado está materialmente no seu produto e na forma de

---

reglamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva surge de la forma regular y continua de su prestación, conforme a una regla de derecho preestablecida por la autoridad competente de carácter público. [...] No basta que el Estado reglamente una actividad o un servicio cualquiera, para que por este hecho se convierta en servicio público. Es necesario que que el legislador los erija en servicio público, cualquiera que sea el objeto de esa actividad o el de ese servicio [...]" (CANASI, 1974, p. 5; 12).

distribuição. Se o produto é valor de uso de toda a coletividade, e por isso se garante a universalidade, a equidade e a continuidade, estamos diante de uma produção econômica retirada do mercado, para que sua dinâmica se realize em razão do suprimento, para a coletividade, de valores de uso essenciais à coesão social. Se o produto, embora não necessário à coletividade, obedece a outros imperativos de interesse público ou - uma especificidade deste - de segurança nacional, por representar um agregador da sociedade no âmbito da produção econômica, deve ser produzido, em um regime que não poderá ser designado como totalmente de mercado, em virtude da natureza pública do agente, do capital investido e da distinção dos seus objetivos em relação os objetivos individuais que movem as relações de mercado (DERANI, 2002, p. 198).

Percebe-se, portanto, que tanto a corrente doutrinária que vincula o conceito de serviço público à aspectos formais quanto a que o relaciona à critérios materiais encontram forte eco na doutrina brasileira. Ao nosso olhar, todavia, a melhor saída é aquela adotada pelos autores que utilizam essas duas ideias de base em suas definições. Um exemplo desses autores é Alexandre Santos Aragão, para quem os

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade (ARAGÃO, 2013, p. 150).

A definição de Alexandre Santos Aragão nos parece a mais completa, ainda, porque abrange expressamente as atividades desempenhadas pelo Estado "com ou sem reserva de titularidade", abrangendo, portanto, os serviços públicos sociais, conforme adiante será mencionado.

Paulo Henrique Ribas, na mesma linha, considera que para determinada atividade ser considerada serviço público, deve atender a

três critérios: (a) estar ligada a um direito fundamental; (ii) apresentar algum vínculo com o Estado; e, (iii) ser regida pelo direito público (RIBAS, 2007).

Nessa linha, crê-se que a aceção mais completa seja a que leva em consideração elementos formais e materiais. Tendo em vista que os serviços públicos são atividades regidas, ao menos parcialmente, por um regime jurídico exorbitante ao direito privado, e que a Constituição Federal brasileira tem como predicado a livre iniciativa, ou seja, prima pela liberdade dos cidadãos de exercer qualquer atividade que desejarem, exceto aquelas expressamente proibidas pelo Estado, mostra-se essencial para que uma atividade seja considerada pública que haja manifestação explícita do Estado nesse sentido, que deve ocorrer por meio de lei.

Todavia, considera-se que o critério formal também é insuficiente, pois, se entendido isoladamente, autorizaria a retirada de atividades do mercado de forma arbitrária por parte do Estado. Bastaria uma "canetada" - precedida, é claro, de todo o processo legislativo previsto na Constituição Federal - para que qualquer atividade ampla e satisfatoriamente oferecida à população pelos particulares e/ou de essencialidade questionável, passasse a ficar submissa a um regime jurídico especial.

Nessa toada, como parece não haver dúvidas de que a promulgação de leis nesse sentido seria inconstitucional, já que, nas palavras de Canasi, o serviço público "[...] es la ultima ratio que realiza el Estado para satisfacer y asegurar la prestación de una actividad de necesidad colectiva, cuando la realización privada no es suficiente para asegurarla"(CANASI, 1974, ps. 22-23)<sup>99</sup>, parece adequado e natural que o critério material seja considerado.

Assim, uma definição completa de serviço público deve conjugar os critérios formal e material, no sentido de que devam ser consideradas como serviço público aquelas atividades positivadas como tal<sup>100</sup>, e que,

---

<sup>99</sup> "[...] é o último recurso do Estado para satisfazer e assegurar a prestação de uma atividade de necessidade coletiva, quando a iniciativa privada não for suficiente para assegurar-la" (tradução livre do autor).

<sup>100</sup> A bem da verdade, não há, na Constituição Federal, um rol taxativo das atividades consideradas serviço público. Disso depreende-se que existem três campos de abordagem sobre o caráter público do serviço: "aquilo que é obrigatoriamente serviço público, aquilo que não pode ser serviço público, e uma zona cinzenta, em que a opção de submeter certas atividades ao regime de

cumulativamente, sirvam para atender interesses da coletividade, na forma de satisfação a direitos fundamentais regularmente inseridos no ordenamento. A razão é que "[o]s serviços públicos, delegada ou não a sua prestação a particulares, devem ter em mira o atendimento de direitos fundamentais básicos" (PESSOA, 2009, p. 45).

Após apresentado o que se entende por serviço público, convém reafirmar que a reforma administrativa aplicada à Administração Pública federal brasileira na segunda metade dos anos 90 inovou também nessa matéria. Conforme já mencionado, a Emenda Constitucional nº 19/1998 promoveu alterações, entre outros dispositivos, nos artigos 37, 39 e 173 da Constituição Federal, que abordam a temática dos serviços públicos<sup>101</sup>.

Dentre as alterações, uma das que mais atenção despertou ocorreu no artigo 37, § 3º<sup>102</sup>, onde se previu que o usuário poderá participar de forma ativa na Administração Pública, especialmente no tocante aos serviços públicos. O dispositivo, todavia, determinou a edição de lei para regular a matéria, o que ainda não foi providenciado pelo legislativo.

Apesar de o dispositivo indubitavelmente representar um avanço no que concerne à consensualidade administrativa, Jessé Pereira Junior, por sua vez, considera que verdadeiramente inovadora seria a inclusão de previsão da participação do usuário na gestão dos serviços, já que a redação do referido deixa a mensagem de que a sua participação se dará à título de controle externo (PEREIRA JUNIOR, 1998b).

---

direito público não pode ser afirmada ou impugnada com absoluta certeza" (DIAS, 2008, p. 214).

<sup>101</sup> Para uma análise pormenorizada dessas alterações, conferir ótimo artigo de Jessé Torres Pereira Junior (PEREIRA JUNIOR, 1998b).

<sup>102</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Não obstante, a opinião prevalecente é a de que houve uma evolução nas formas de gestão pública, no sentido de criar meios para que a sociedade efetivamente participe da gestão dos serviços públicos. Uma dessas maneiras é, justamente, por meio da celebração de parcerias com as Organizações Sociais, ainda que referente a uma gama limitada de serviços, conforme detalhar-se-á adiante.

As mudanças pareceram procurar aliar a já mencionada noção de subsidiariedade estatal com a temática dos serviços públicos. O Estado mantém-se responsável por garantir que serviços voltados à satisfação de direitos fundamentais alcancem todos os cidadãos. Todavia, não necessariamente será o responsável pela execução, ou mesmo pela gestão operacional dos mesmos.

O cenário parece estar de acordo com as duas tendências apontadas por Diogo Figueiredo Moreira Neto que vêm orientando o posicionamento da moderna doutrina sobre a matéria: a primeira, o esmaecimento da importância da titularidade do serviço público, ou seja, o fortalecimento da ideia que um serviço público não necessariamente necessita ter o Estado como o seu titular; segundo, a necessidade de abertura de espaços de competências para a sociedade civil organizada, possibilitando o crescimento do número de prestadores de serviços públicos, aumentando, também, os benefícios aos usuários (MOREIRA NETO, 2006).

### **3.1.1 Serviços públicos não exclusivos do Estado: serviços públicos sociais**

Existem atividades prestacionais que a legislação impõe o dever de promoção ao Estado, porém, sem conferir-lhe titularidade exclusiva. Ou seja, são serviços que, embora o Estado esteja incumbido de proporcioná-los à sociedade, também podem ser oferecidos por particulares, ainda que sob fiscalização estatal. Esses serviços, que englobam atividades como saúde, educação e cultura, são denominados de serviços públicos sociais. Segundo Bresser-Pereira,

[i]ncluem-se nesta categoria as escolas, as universidades, os centros de pesquisa científica e tecnológica, as creches, os ambulatórios, os hospitais, entidades de assistência aos carentes, principalmente aos menores e aos velhos, os museus, as orquestras sinfônicas, as oficinas de arte, as emissoras de rádio e televisão educativa

ou cultural, etc. (BRESSER-PEREIRA, 1997, p. 25).

Essas atividades (saúde, educação, lazer, cultura, pesquisas científicas, etc) nem sempre foram consideradas como de responsabilidade do Estado. Desde a Idade Média, esses serviços costumavam ser exercidos por entidades religiosas e outros entes sem fins lucrativos (ARAGÃO, 2013). Todavia, com a evolução da teoria dos direitos fundamentais, que, em sua segunda geração, passou a incluir também os chamados direitos sociais<sup>103</sup> - muitos dos quais, na Constituição Federal de 1988, estão arrolados no seu artigo 6º - e com a proscricção desses entes intermédios, o Estado viu-se obrigado a tomar para si a responsabilidade por essas atividades (ARAGÃO, 2013), o que marcou o advento do chamado Estado Social, conforme já explicado. Considerada a essencialidade desses serviços e o reconhecimento de que não podem ser suficientemente supridos pelo mercado, não restou outra alternativa do que a participação do Estado no seu oferecimento aos particulares.

A Constituição Federal brasileira adotou esse entendimento com relação aos serviços sociais, em especial com relação a saúde e ensino. Há duas possibilidades consagradas no texto constitucional: a prestação pelo Poder Público, com a participação da comunidade, ou a prestação pelo particular (DI PIETRO, 2012b), conforme adiante será detalhado. E a ausência de exclusividade estatal não prejudica o amplo oferecimento desses serviços à sociedades. Na verdade, a consequência esperada é oposta, conforme explicam Ferrari e Ferrari:

Se a realização de tais atividades não se acha reservada, com exclusividade, para o Estado, e se seu atendimento admite a livre atuação da iniciativa privada, isto não significa que sobre tal universo existe desinteresse do Estado, muito pelo contrário, sua prestação está assegurada pela fiscalização e regulação do Poder Público, de modo a garantir o respeito ao princípio da

---

<sup>103</sup> Robert Alexy refere-se a esses direitos fundamentais sociais como "direitos a prestação em sentido estrito", que consistem nos "direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares" (ALEXY, 2012, p. 499).



dignidade da pessoa humana. (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 47)

Assim, os serviços públicos sociais representam uma exceção na sistemática adotada pela Constituição Federal brasileira quanto a participação do Estado no domínio econômico. É que essas atividades, ao mesmo tempo em que foram reconhecidas pela Constituição Federal como de importância coletiva, dado o dever imposto ao Estado para a sua garantia aos particulares, não receberam a *publicatio*, ou seja, não foram excluídas da livre iniciativa (GABARDO, 2009). Outra peculiaridade é desses serviços sociais é a de que, mesmo quando oferecidas pelo Estado, não envolvem o exercício do poder "extroverso" (BRESSER-PEREIRA, 1998a) do Estado, o que abre a possibilidade de serem também exercidos por particulares

À vista disso, os serviços sociais constituem um ponto nevrálgico na discussão sobre o conceito de serviços públicos exposta no item anterior, pois há autores que restringem o conceito às atividades de titularidade exclusiva do Estado. Por essa interpretação, os serviços sociais, tendo em vista a sua prestação ser facultada aos particulares, não configurariam serviços públicos.

Conforme já exposto, esse não parece ser o entendimento mais adequado. Nos termos do ensinado por Alexandre Santos Aragão, o conceito de serviço público deve abranger atividades cuja titularidade não seja exclusiva do Estado. Segundo o autor, esses serviços, que denomina de "compartidos", quando exploradas pela iniciativa privada, configuram atividades econômicas privadas, e quando prestadas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais (ARAGÃO, 2013).

Nesse talante, tendo em vista que esses serviços não possuem titularidade exclusiva do Estado, os particulares podem exercê-los independentemente de delegação estatal. Na opinião de Carlos Ari Sundfeld, disso decorre uma importante característica dessas atividades: a de que, quando forem oferecidas por particular, submetem-se ao regime jurídico de direito privado (SUNDFELD, 2014).

Os serviços públicos sociais foram incluídos na reforma administrativa aplicada na Administração Pública federal brasileira na segunda metade de década de noventa. Conforme já ressaltado, segundo os teóricos da reforma, essas atividades deveriam deixar de ser desempenhadas diretamente pelo Estado, já que, quando assim foram

prestadas, isso ocorreu de modo insuficiente, mas também não deveriam ser deixadas à cargo exclusivamente do mercado<sup>104</sup>.

Assim, a solução foi o resgate do já narrado método tradicional de prestação desses serviços, previamente ao advento do Estado Social: incentivar o oferecimento dessas atividades por meio de entidades privadas sem fins lucrativos, que receberiam a qualificação de Organizações Sociais. A questão fundamental é que, nesse novo momento, essas instituições receberiam o apoio estatal, de modo a garantir que tais serviços fossem oferecidos adequadamente pela população. E, quando não houver entidades privadas suficientes para oferecer essas atividades, caberia ao Estado desempenhar esse papel. Paulo Modesto elaborou preciso diagnóstico desse quadro, digno de transcrição:

Nesta nova ordem de idéias, tem-se que o Estado não deve nem tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços públicos e dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, inclusive públicos não estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Poderão ainda ser operados em regime de co-gestão, mediante a formação de

---

<sup>104</sup> "As atividades sociais, principalmente as de saúde, educação fundamental e de garantia de renda mínima, e a realização da pesquisa científica envolvem externalidades positivas e dizem respeito a direitos humanos fundamentais. São, portanto, atividades que o mercado não pode garantir de forma adequada através do preço e do lucro. Logo, não devem ser privadas. Por outro lado, uma vez que não implicam no exercício do poder de Estado, não há razão para que sejam controladas pelo Estado, e que sejam submetidas aos controles inerentes à burocracia estatal, contrários à eficiência administrativa, que a Reforma Gerencial pode reduzir, mas não acabar. Logo, se não devem ser privadas, nem estatais, a alternativa é adotar-se o regime da propriedade pública não-estatal, é utilizar organizações de direito privado mas com finalidades públicas, sem fins lucrativos. 'Propriedade pública', no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, que deve ser de todos e para todos, que não visa ao lucro; 'não-estatal' porque não é parte do aparelho do Estado. As organizações públicas não-estatais podem ser em grande parte - e em certos casos, inteiramente - financiadas pelo Estado (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 100).

consórcios intergovernamentais ou entre o poder público e pessoas jurídicas privadas. O Estado deve permanecer prestando-os diretamente quando não encontre na comunidade interessados que os efetivem de modo mais eficiente ou econômico ou quando razões ponderáveis de justiça social ou segurança pública determinem sua intervenção. Não prover diretamente 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 estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado (MODESTO, 2001b, p. 14).

Trata-se, pois, da atuação indireta do Estado decorrente da aplicação do princípio da subsidiariedade estatal sobre o oferecimento dos serviços sociais, o que envolve o exercício das funções de regulação e fomento por parte do setor público. A atuação subsidiária do Estado e as funções de regulação e fomento estatais são analisadas a seguir.

### 3.2 FUNDAMENTOS DA ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO VISANDO AO ALCANCE DE FINS PÚBLICOS

Conforme sobredito, o Estado não necessariamente deve atuar diretamente para satisfazer os interesses da coletividade. Muitas vezes, a atuação dos particulares é suficiente, sendo despicienda, nesses casos, a ação direta estatal. Os fundamentos dessa atuação indireta do Estado serão descritas a seguir.

### 3.2.1 Subsidiariedade estatal

A aplicação do princípio da subsidiariedade ao Estado surgiu com o declínio do modelo do Estado Social, decorrente, dentre outras causas<sup>105</sup>, das suas duas principais deficiências: crescimento desmesurado do aparelho estatal, o que elevou o valor necessário para o custeio do aparato burocrático exigido para a sua manutenção; e, a ineficiência no oferecimento de atividades prestacionais diretamente pelo Estado. Trata-se, assim, de instrumento que visa "ultrapassar o bizarro e ilógico fenômeno de Estado em demasia em determinadas áreas e de carência grotesca em outras" (FREITAS, 2009, p. 146).

A bem da verdade, não se trata, por óbvio, de um novo modelo de Estado. A noção de subsidiariedade estatal, que justifica a adoção da locução "Estado Subsidiário" está intimamente ligada com a noção de Estado Democrático de Direito, que propugna a valorização da participação da sociedade na administração da coisa pública. É o que ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Evidentemente, não se trata de novo modelo de Estado, mas de expressão utilizada para realçar uma característica a mais, presente no Estado Social e Democrático de Direito, que é a concernente à aplicação do princípio da subsidiariedade. [...] o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira de atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão

---

<sup>105</sup> Para Bruno Miragem, a "crise deste modelo do Estado-Providência pode ser creditada a vários fatores, tais como: insuficiência de recursos financeiros estatais para fazer frente a todas as atividades que assume para si e conseqüente ineficiência da prestação de serviços públicos; o caráter crescentemente informacional e dinâmico da economia, em comparação a um alegado imobilismo/letargia estatal; o princípio da globalização, que tornaria relativo o alcance da jurisdição nacional estatal; a alteração de uma dada compreensão ideológica sobre o papel do Estado e suas relações com a sociedade, o que é historicamente vinculado ao advento de governos e políticas liberais nos Estados Unidos e no Reino Unido, entre fins da década de 1970 e o início da década seguinte" (MIRAGEM, 2013, p. 25).

de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso, é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais. (DI PIETRO, 2012b, ps. 16-17).

Assim, com a aplicação do princípio da subsidiariedade, não há uma abstenção estatal em executar tarefas cuja responsabilidade lhe foi atribuída pela Constituição Federal. O que existe é uma alteração no modo pelos qual o Estado promove tais atividades. De acordo com o princípio da subsidiariedade<sup>106</sup>, o Estado deve repartir a responsabilidade pela gestão de determinadas atividades com entes não estatais: a estes, compete a gestão operacional e a execução direta das atividades, enquanto ao Estado, cabem, em regra, as funções de coordenação, fiscalização, planejamento, fomento e regulação. Diz-se em regra, porque, de acordo com aquele princípio, ao Estado também competirão aquelas funções nas circunstâncias em que os entes privados não tiverem interesse ou condições de prover as atividades de forma satisfatória. Trata-se, portanto, ao mesmo tempo, de um compartilhamento de responsabilidades e de uma repartição de competências, conforme ensina José Alfredo Baracho:

O princípio da subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre a sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades

---

<sup>106</sup> Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "atende-se ao princípio da subsidiariedade sempre que a decisão do poder público venha a ser tomada da forma mais próxima possível dos cidadão a que se destinem. Tal proximidade visa a garantir que o órgão administrativo considerará sempre em suas decisões: primeiro, que sejam respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa só se produza em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que neste caso, a intervenção só se dará na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e, quarto, que outros entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência" (MOREIRA NETO, 2006, p. 321).

estatais e fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder tem limitações razoáveis, ao mesmo tempo que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando ao sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido, em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social." (BARACHO, 1997, p. 36)

O princípio da subsidiariedade teve sua origem no Direito Canônico<sup>107</sup>, muito antes, portanto, de ter sido trazido ao bojo do Direito Administrativo. A utilização deste princípio nesta seara do direito tem por escopo, por um lado, proteger a livre iniciativa dos cidadãos - direito revestido na forma de princípio e elevado à condição de fundamental pela Constituição Federal de 1988 - e a máxima que propugna a não intervenção inconveniente do Estado no mercado, domínio dos particulares; por outro, como garantia de que o Estado seja o responsável, na condição de protagonista, pelo desenvolvimento socioeconômico da nação, zelar pelo nivelamento das desigualdades verificadas entre os membros da sociedade, e, ainda, pela promoção das atividades de interesse coletivo<sup>108</sup> que não sejam satisfatoriamente

---

<sup>107</sup> "Era reconhecido pelo direito da Igreja Católica, isto é, o Direito Canônico. Essa origem permite entender, que apesar de estar inserido no Direito Administrativo, é largamente tributário do Direito Canônico. A doutrina aponta antecedentes do princípio da subsidiariedade em vários textos, como na Encíclica Quadragesimo Anno, de 15.05.1931, que explicita o enunciado pela primeira vez. O Papa Pio XI declarou que seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderias exercer. Posteriormente, o princípio é regularmente reafirmado em outra Encíclica, sendo assim formulado: as relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos intermediários devem ser regidas e equilibradas pelo princípio de subsidiariedade" (BARACHO, 1997, ps. 22-23).

<sup>108</sup> "A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai [sic] a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do

servidas pelo particulares. Assim, a ideia é que o Estado intervenha quando for necessário, ou seja, quando a iniciativa privada não satisfazer as necessidades coletivas de maneira satisfatória, violando direitos fundamentais conferidos pela Constituição Federal aos cidadãos<sup>109</sup>. Esses aspectos encontram-se presentes nas duas ideias fundamentais inerentes ao princípio, descritas por Maria Sylvia Di Pietro:

[...] de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos (DI PIETRO, 2005, p. 53).

Nessa toada, a atuação do Estado, iluminada pelo princípio da subsidiariedade, passa a estar de certo modo atrelada ao agir dos

---

bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de anti-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista" (BARACHO, 1997, p. 36).

<sup>109</sup> Sobre o assunto, inclui-se avaliação de Caio Tácito: "No Estado Liberal clássico os serviços administrativos são, em grande parte, negativos. O dever da autoridade é, sobretudo, o de abstenção no sentido de não prejudicar a liberdade individual. No segundo tempo da história, ao Estado prestador de serviços cumpre intervir para eliminar conflitos na sociedade e suprir necessidade [sic] coletivas até o limite da socialização. O pêndulo se volta, na experiência atual, para um período de retração de ingerência direta do Estado que, ao mesmo tempo, se torna menos e se aprofunda, harmonizando o estímulo à dinâmica da iniciativa privada com a maior responsabilidade pública, em áreas essenciais do bem-estar social" (TÁCITO, 1998, p. 30).

particulares. Dessa maneira, a aplicação do princípio da subsidiariedade reforça o elo entre o Estado e a sociedade, o que implica na criação de novas técnicas de gestão, aproveitando essa parceria<sup>110</sup>.

À vista disso, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a execução de atividades que envolvam a satisfação de interesses coletivos pode se dar mediante três técnicas de gestão pública: (i) diretamente, quando realizada pelo órgãos executivos da Administração Pública (administração direta); (ii) indiretamente, quando realizada por entes criados pela administração, submissos ao regime jurídico de direito público (administração indireta); e, (iii) associadamente, quando manifesta-se por meio de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado para fins colaborativos (MOREIRA NETO, 2006). Com a aplicação do princípio da subsidiariedade, o entendimento parece ser que o mais correto seja dar preferência à execução de atividades por meio das entidades mencionadas no item "iii"; após, pelas mencionadas no item "ii"; e, por último, as pertencentes ao item "i".

Diante do exposto, pode-se apontar como consequências da aplicação do princípio da subsidiariedade sobre a Administração Pública: desestatização de empresas estatais e de atividades antes consideradas serviços públicos, ampliação da atividade de fomento, o crescimento das formas de parceria do setor público com o privado, a expansão do terceiro setor (DI PIETRO, 2011). Desse modo, "[o] Estado tende a se tornar menor - e sobretudo, mais eficiente - buscando concentrar-se em necessidades vitais da sociedade aberta em moldes que até mesmo se configuram nos países desenvolvidos" (TÁCITO, 1998b, p. 31).

Por último, é importante ressaltar que mesmo que a força axiológica do princípio da subsidiariedade seja ampla, sua aplicação concreta não deixa de ser flexível, moldando-se ao contexto em que está

---

<sup>110</sup> Sobre a criação de novas técnicas de gestão pública sob inspiração do preceito da subsidiariedade estatal, colhe-se excerto do magistério de Rogério Gesta Leal: "[...] a ideia de Estado, como o próprio tema da Democracia e do Poder Político, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços de comunicação política e novos instrumentos políticos de participação (por exemplo, as chamadas organizações populares de base, os conselhos populares, as parcerias com o setor privado), que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo" (LEAL, 2006, p. 33).



inserida, com o objetivo de harmonizar "a liberdade autônoma e uma ordem social justa, através de um equilíbrio pelo qual se evitem os excessos da ingerência e as lacunas da não ingerência estatais" (TORRES *apud* TESSEROLLI; CASTRO, 2011, p. 123). Assim, do reconhecimento da presença do princípio no ordenamento jurídico pátrio não decorre necessariamente que a opção do Estado por executar diretamente determinada atividade de interesse público implique em ilegalidade. Por conseguinte, a intensidade com que o princípio é aplicado varia de acordo com a realidade em que está inserido.

### **3.2.2 As funções de regulação e fomento da Administração Pública**

Conforme relatado no primeiro capítulo, o relacionamento do Estado com o mundo econômico percorreu caminhos tortuosos durante o último século. O grau de intervenção - ou participação, que talvez seja o termo mais preciso (GRAU, 2012) -, do Estado na economia variou de acordo com as circunstâncias de cada momento histórico, sempre influenciado pelas correntes político-ideológicas dominantes no período. Fato é que o Estado moderno, de uma maneira ou de outra, em maior ou menor medida, sempre sentiu-se atraído pela economia.

Todavia, essa participação do Estado na economia não necessariamente ocorre de maneira direta. Como ente dotado de soberania e prerrogativas especiais, o Estado conta com outros instrumentos jurídicos para influenciar o mercado, tais como o exercício das funções de regulação e fomento, hipóteses em que a sua atuação dá-se de maneira indireta. A tendência moderna, conforme visto, é o Estado utilizar-se cada vez mais desses meios, atuando de forma consensual e subsidiária à atuação dos particulares<sup>111</sup>. Nesse sentido, diz-se indireta a atuação do Estado por meio do exercício das funções de regulação e fomento porque, conforme ensina Pedro de Menezes Niebuhr,

[o] Estado Regulador concentra-se, pois, na tarefa de normatizar, disciplinar, fiscalizar e sancionar

---

<sup>111</sup> Luiz Henrique Cademartori oferece competente classificação dos meios de intervenção do Estado na economia: "[...] a) intervenção direta na esfera econômica, quando exerce atividade industrial via empresas estatais [...]; b) fomento ou intervenção indireta nesta esfera através da atividade fiscal e extrafiscal. [...]; c) execução direta ou indireta de serviços públicos para a população [...]; d) exercício do poder de polícia visando regulamentar as liberdades públicas (CADEMARTORI, 2001, ps. 22-23).

atividades que satisfaçam fins de interesse público, sem praticar os atos de gestão propriamente ditos, cada vez mais dinâmicos no mundo de rápidas transformações comerciais, industriais e tecnológicas, por vezes estranhas às técnicas governativas tradicionais (NIEBUHR, 2008, p. 168).

A alteração no modo de atuação do Estado na esfera econômica está relacionada com a demarcação de fronteiras entre o Estado e o mercado, no que se refere à responsabilidade pela vida econômica (STOBER, 2012). Trata-se de uma repartição de tarefas entre Estado e sociedade, em que se desloca a ênfase da atuação direta para a indireta, valorizando o exercício das funções de regulação e fomento. Afinal, apesar de o Estado buscar a diminuição dos espectro de atuação direta por meio da Administração Pública, não pode prescindir, por dever constitucional expressamente atribuído, de acompanhar a execução dessas tarefas pelos particulares, o que levou a uma revalorização da sua função regulatória. Nesse cenário, segundo lições de Stober,

[...] quanto mais aberta e livre for uma ordem econômica, tanto mais ela necessita da possibilidade de controlar a vida econômica, pela legislação econômica e pela Administração econômica, com os meios do direito policial e do direito ordenacional, para eliminar os riscos, perigos e danos provenientes da atividade econômica (STOBER, 2012, ps. 391-392).

Trata-se, além de tudo, de instrumento necessário para a garantia da aplicação do princípio da eficiência administrativa às atividades desempenhadas pelo Estado, um dos motes da Administração Pública moderna. Segundo Fernando Abrucio,

[o] fortalecimento da regulação dos serviços públicos é outro ponto fundamental em prol de um governo mais efetivo. Como muitas tarefas antes realizadas pelo Estado foram repassadas ao setor privado ou mesmo ao terceiro setor, mas continuam sob supervisão estatal, é preciso ter marcos e aparatos regulatórios que funcionem a contento. Regular bem, é bom ressaltar, significa não só garantir o caráter público dos serviços, mas

também a sua qualidade — e nenhum ente privado ou ONG fará melhor que o Estado caso não seja regulado (ABRUCIO, 2007, p. 83).

A Constituição Federal de 1988 regulamenta a participação do Estado brasileiro na economia. Emerson Gabardo sistematizou as formas dessa intervenção em três espécies fundamentais: (i) a política econômica; (ii) a intervenção; (iii) a regulação (GABARDO, 2009).

A política econômica faria referência à função de planejamento, mencionada no artigo 174 da Constituição Federal (GABARDO, 2009):

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A intervenção ocorre de duas formas principais: por absorção, em que o Estado assume a atividade de forma integral; ou por participação, em que o Estado exerce a atividade em companhia dos particulares. Exemplos de intervenção por absorção seriam os casos de monopólio de atividade econômica, previstos no artigo 173 da Constituição Federal, e do privilégio, ou encargo, do serviço público, mencionado no artigo 175. Exemplos de intervenção por participação são os serviços sociais, como saúde e educação (GABARDO, 2009).

Por fim, a regulação dá-se mediante ações de controle normativo e fiscalizatório, dirigindo e induzindo as ações dos particulares. Às ações de indução, realizadas pelo Estado por meio de atividade regulatória, correspondem a função de fomento do Estado (GABARDO, 2009)<sup>112</sup>. Aliás, conforme aponta Bruno Miragem, o fator que distingue a regulação das tradicionais manifestações do poder de polícia estatal, que também envolvem regulamentação e fiscalização, é justamente o caráter potencialmente promocional da atividade (MIRAGEM, 2013), já que a regulação não constitui "atividade meramente restritiva, senão que se dirige a estimular comportamentos dos agentes econômicos e demais

---

<sup>112</sup> Na opinião de Marcos Augusto Perez, a Constituição Federal brasileira consagrou explicitamente a função reguladora do Estado, na medida em que ela própria contém normativas reguladoras. Segundo o autor, o título dedicado de ordem financeira e econômica está repleto de normas reguladoras da economia (PEREZ, 2011, p. 1074).

particulares, no exercício da indução e/ou direção da atividade privada" (MIRAGEM, 2013, p. 60).

A regulação, em suas origens, era um instrumento típico do Estado Interventor. Isso porque, à época do Estado Liberal, a regra era que o Estado não intervisse na economia. A atividade econômica deveria ficar a cargo dos particulares, que dirigiriam o mercado. De outro norte, o reaparecimento da figura da regulação estatal - em solo brasileiro, principalmente na parte final da década de 90 -, possui origem oposta. Surgiu como resposta ao método de exploração direta de serviços públicos e de exercício superdimensionado de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado (GABARDO, 2003). Nesse talante, ao menos na experiência recente brasileira, a ideia de Estado regulador possui um caráter limitador, e não ampliador, da sua participação nessa seara. Nesse sentido é a lição de Carlos Ari Sundfeld:

A regulação é - isso, sim - característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica (SUNDFELD, 2006, p. 23).

Modernamente, o termo regulação vem sendo associado à noção de equilíbrio, já que o instrumento representa um papel importante na composição de interesses coletivos e privados. O Estado regulador não perde a sua autoridade, nem a vê mitigada. Na verdade, na linha da aplicação da consensualidade sobre a Administração Pública, o que se altera é o modo de exercício dessa autoridade, já que o Estado passa a interagir com os agentes privados "num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas" (MARQUES NETO, 2011b, p. 80). Assim, conforme bem colocado por Floriano Marques Neto, relacionando o instituto com a teoria dos sistemas, a regulação serve de "elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico" (MARQUES NETO, 2011b, p. 82)<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Segundo Alexandre Santos Aragão, "[o] Estado passou [...] a agir menos de forma piramidal e hierárquica, e mais em forma de rede, articulando o extenso conjunto de centros relativamente autônomos de poder que gravitam acima (entidades internacionais, supranacionais e redes de empresas transacionais) e

Assim, parece correto o argumento de que a valorização dos instrumentos de intervencionismo indireto do Estado na economia está inserida em um movimento de "republicação do Estado". Esse movimento, mais do que tudo, atenta para a superação do ideário de que existe uma separação estanque entre as esferas pública e privada, e de que tudo que é considerado público necessariamente deve ser estatal (MARQUES NETO, 2002), fortalecendo a noção de parceria entre Estado e sociedade.

Acima de tudo, parece conveniente deixar claro que aos institutos jurídicos da "regulação" e da "regulamentação", apesar da proximidade etimológica, são atribuídos diferentes significados pela doutrina especializada pátria.

O termo regulamentação denomina uma prerrogativa estatal bastante específica: a "espécie de ação estatal, envolvendo exercício do poder normativo, de caráter geral e abstrato, inerente à Administração, de competência própria do Presidente da República" (ALMEIDA, 2011, p. 1017). Trata-se da competência normativa suplementar, limitada pelo princípio da legalidade, conferida pela Constituição Federal ao chefe do Poder Executivo.

O termo regulação, por outro lado, costuma aparecer relacionado à atividade de intervenção do Estado na economia<sup>114</sup>. O termo é assim conceituado por Floriano Marques Neto:

[...] regulação estatal é a função pública de intervenção, em face da ordem econômica, pela qual o estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito econômico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público (MARQUES NETO, 2011b, p. 90).

---

abaixo dele (comunidades locais e entidades da sociedade civil), assim como em seu interior (autoridades reguladoras independentes, delegatárias de serviços públicos, etc.)" (ARAGÃO, 2013, p. 51).

<sup>114</sup> Nesse ponto, parece conveniente atentar para a advertência apontada por Fernando Dias Menezes de Almeida, que considera que a doutrina brasileira ainda não maturou suficientemente o conceito de regulação para que se tenha univocidade de tratamento sobre o termo (ALMEIDA, 2011). Tanto é que Alexandre Santos Aragão o considera um "instituto multifacetário" (ARAGÃO, 2011).

Para Marçal Justen Filho, o que chama de regulação econômico-social é a "atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais" (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 648). Assim, o conceito de regulação é muito mais amplo e qualitativamente distinto do que o de regulamentação, ainda que eventualmente, na prática, a regulação possa se traduzir em atos de regulamentação (JUSTEN FILHO, 2011a)<sup>115</sup>. Segundo o autor,

[...] é necessário promover a redução da intervenção direta do Estado, porque o custo econômico pode transformar-se em insuportável para a sociedade. Mas essa redução somente pode ser admitida quando acompanhada da funcionalização de poderes reconhecidos à iniciativa privada.

A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia da realização dos direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumental para tanto. Somente se admite a privatização na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados por meio da iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 652).

Com isso em vista, convém ressaltar que após o advento da reforma administrativa da segunda metade dos anos 90, a função de regulação, em grande parte e em setores específicos da economia, vem sendo realizada por uma nova espécie de pessoas jurídicas de direito público, denominadas de Agências Reguladoras. O poder regulatório dessas entidades, conforme apontado por Bruno Miragem, abrange um

---

<sup>115</sup> Atente-se, porém, à advertência formulada por Odete Medauar: "Ao se cogitar do aspecto estritamente normativo, para quem entende que regulamentar ou editar regulamentos significa só explicitar a lei, os sentidos mostram-se diversos; regulamentar teria sentido mais restrito que regular. Para quem aceita a possibilidade de haver regulamentos destinados não apenas a explicitar a lei, mas a disciplinar matérias não privativas de lei, haveria identidade dos termos, sob o estricto ângulo normativo" (MEDAUAR, 2003, p. 253).

amplo rol de atividades, que incluem as de regulamentar, fiscalizar, sancionar, conciliar, dentre outras (MIRAGEM, 2013)<sup>116</sup>.

O Estado atua indiretamente junto a economia também por meio do exercício da função de fomento, que, de certa forma, conforme já exposto, integra a função de regulação. Por meio de ações de fomento, o Estado intenta criar condições para que os particulares, por si próprios, satisfaçam as necessidades coletivas, prescindindo da sua atuação direta. Em outras palavras, o Estado induz o comportamento dos particulares, de modo que estes ajam de forma favorável ao interesse público, e estimula o estabelecimento de soluções privadas para suprir as necessidades públicas, potencializando as hipóteses de satisfação dos interesses coletivos (MOREIRA NETO, 2006)<sup>117</sup>.

A função de fomento estatal encontra suporte no artigo 174 da Constituição Federal. Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, constitui a atividade administrativa que se manifesta por meio

[...] de fatos, atos e procedimentos que em si mesmos não tendem a obter a satisfação das

---

<sup>116</sup> Na opinião de Paulo Todescan Lessa Mattos, as justificativas para a utilização do que chama de normas secundárias e terciárias - os instrumentos normativos que não emanam do Poder Legislativo, tais como os emanados pelas Agências Reguladoras - decorrem do fato de que este "não tem (i) conhecimento (informação) de detalhes (expertise) de determinados fenômenos sociais ou do funcionamento de sistemas (como o econômico) que precisam ser por algum motivo regulados; (ii) capacidade operacional (eficiência) de deliberar sobre todos os aspectos relacionados à regulação de determinado fato social ou problema sistêmico; e (iii) um sistema jurídico moderno não tem como ser concebido apenas como um sistema estático fundado em normas primárias estabelecidas por um poder legislativo soberano, gerando a exigência de delegação de poder normativo (problema de legitimidade) (MATTOS, 2005). Por outro lado, o autor reconhece um vício de legitimidade democrática do conteúdo das normas emanadas deste entes administrativos, já que os seus dirigentes não foram eleitos pelo povo. A alternativa proposta pelo autor para contornar esse problema seria a criação de meios que possibilitassem a participação de grupos de interesse durante o processo decisório sobre a edição de instrumentos normativos por estes órgãos (MATTOS, 2005).

<sup>117</sup> Segundo Marcos Juruena Villela Souto, o fomento faz parte de uma mais abrangente coleção de estímulos que o Estado oferece ao mercado. Para o autor, a locução "estímulos positivos" é bem mais ampla e abrange a de "fomento". "Enquanto o fomento é um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador, o estímulo positivo envolve a criação de um cenário favorável de investimentos (SOUTO, 2011, p. 741).

necessidades coletivas; estas são satisfeitas pela Administração de maneira indireta e mediata, mediante a promoção de certas atividades dos particulares (ROCHA, 2006, p. 24).

No olhar de Sundfeld, a atividade de fomento dá-se mediante a concessão de benefícios pela Administração Pública aos particulares, com o objetivo de induzi-los a executar determinadas condutas consonantes ao interesse público (SUNDFELD, 2014). O fomento pode ser direto, que ocorre por meio da garantia de prestações, ou indireto, mediante a poupança de ônus (STOBER, 2012). O fomento pode ser, ainda, econômico, quando voltado para o ordenamento econômico, ou social, quando for para o ordenamento social (SOUTO, 2011).

Talvez a principal característica distintiva entre a atividade de fomento e as demais realizadas pelo Estado seja a ausência de coação. Em outras palavras, o Estado, por meio de ações de fomento, não obriga que os particulares ajam de determinada forma. Bem ao contrário, o Estado oferece um cenário de oportunidades ao particulares, sendo que a única consequência à não adesão ao oferecido pelo Estado é deixar de usufruir das benesses disponibilizadas à título de fomento. Trata-se, portanto, de mais um uso de técnicas consensuais no agir da Administração Pública, conforme aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público que concorram para enriquecer os modos e formas tradicionais de atendimento a cargo dos entes estatais (MOREIRA NETO, 2003, p. 53).

A atividade de fomento está estreitamente relacionada com o princípio da subsidiariedade da atividade estatal. Inclusive, há quem credite ser o fomento o "sentido positivo" daquele preceito (OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 278). Afinal, notadamente no que se refere ao campo social, cabe ao Estado, mediante ações de fomento, a criação de condições para que entes não-estatais, ou entes estatais que estejam mais próximos do cidadão, melhor desenvolvam suas atividades direcionadas à população, satisfazendo os interesses coletivos. A doutrina costuma denominar a relação decorrente do exercício da função de fomento de "colaboração", quando se dá entre o Estado e o particular, e de



"cooperação", quando do Estado e outros entes estatais, (MOREIRA NETO, 1999b)<sup>118</sup>.

Nesse cenário, mais recentemente, as atividades de fomento vem deixando o seu viés tradicional, que ocorria por meio de subvenções do Estado, para as formas de parcerias, que ocorrem, por exemplo, por meio da assinatura de contratos de gestão com Organizações Sociais e de termos de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (DIAS, 2008, p. 270).

No que se refere a essas entidades e as demais integrantes do chamado terceiro setor, no regime de parcerias, a atividade de fomento costuma ocorrer de duas formas: por meio de transferência direta de recursos, via contrato ou convênio, ou indiretamente, por meio de incentivos fiscais (FALCÃO, 2004). Surge, então, a noção de Estado financiador, que designa a aptidão do Estado contemporâneo de financiar, mediante técnicas de fomento, atividades dirigidas a satisfazer interesses públicos (OLIVEIRA, 2010).

Por fim, Maria Tereza Fonseca Dias fornece competente síntese sobre as principais características da função de fomento do Estado contemporâneo:

- relação da atividade de fomento com o princípio da subsidiariedade: a utilização da técnica de fomento implica a aplicação desse princípio, na medida em que, frente a uma situação de insuficiência, o Estado estimula as atividades faltantes, em vez de realizá-las diretamente;
- a atividade de fomento é o meio-termo entre a inibição e o intervencionismo estatal, revelando a

---

<sup>118</sup> Sobre a atividade de fomento do Estado e a sua relação com o princípio da subsidiariedade, disserta Maria Sylvia Di Pietro: "[...] a sociedade pluralista faz multiplicarem-se os interesses a serem protegidos; não se fala mais em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de **fomento**, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam à busca do seus próprios objetivos." (DI PIETRO, 2012b, p. 21)

possibilidade de conciliar a liberdade individual com o bem comum;

- a atividade fomentada não há de ser exclusivamente privada, podendo ser desenvolvida por outros entes públicos e por entidades públicas não-estatais;

- a noção de fomento apresenta-se marcada por uma matriz teleológica, mas é o *modus operandi*, e não a sua finalidade, que determina a natureza da atividade de fomento do Estado;

- o que distingue serviço público de atividade de fomento é a forma indireta que essa atividade possui para satisfazer as necessidades públicas;

- as medidas de estímulo típicas das atividades de fomento devem revestir-se de um caráter transitório, para evitar um protecionismo indefinido;

- o fomento público deixa os indivíduos livre para aderir ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva (DIAS, 2008, p. 266).

### 3.2.3 Princípio da Eficiência Administrativa

A definição do conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa é importante para esse trabalho, já que o fio condutor da reforma administrativa aplicada na Administração Pública brasileira na metade final da década de 90, inclusive a positivação do modelo de prestação de serviços sociais em parceria com as Organizações Sociais, foi a busca por uma maior eficiência nessas atividades administrativas. Uma das mais significativas consequências da reforma administrativa foi a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, que, dentre outras alterações no corpo constitucional, inseriu explicitamente o princípio da eficiência no rol previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que disciplina a atividade da Administração Pública brasileira. Sendo assim, a partir da promulgação da referida emenda constitucional, a eficiência passou a figurar entre os princípios norteadores da atividade administrativa brasileira.

Diz-se explicitamente, porque parte da doutrina e da jurisprudência já incluía o preceito dentre os norteadores da atividade administrativa mesmo antes da sua previsão expressa no texto constitucional. Alexandre de Moraes, inclusive, faz menção a julgado do

Superior Tribunal de Justiça do ano de 1996, anterior, portanto, à reforma administrativa, em que aquele Tribunal proclama que

a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles o princípio da eficiência. A Atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público (MORAES, 2002, p. 33)<sup>119</sup>.

Isso não quer dizer que a constitucionalização do preceito tenha representado medida inútil. Bem ao contrário, o reconhecimento do primado da eficiência como princípio constitucional detém relevância significativa na seara do Direito Administrativo, já que, na opinião de Irene Patrícia Nohara,

[e]m termos mais específicos, a positivação da eficiência como princípio implica num compromisso jurídico normativo com um agir eficiente. Nesta perspectiva, se antes a eficiência de uma medida estatal era questão de conveniência e oportunidade do Estado, depois da positivação do princípio da eficiência uma medida absolutamente ineficiente passa a ter também certo grau de antijuridicidade (NOHARA, 2012, p. 188)<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> CRFB, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>120</sup> Há autores, porém, que consideraram a constitucionalização do princípio da eficiência administrativa uma medida desnecessária, já que a eficiência é pressuposto da atuação da Administração Pública. Na opinião de Jessé Torres Pereira Junior, só se pode compreender o princípio da eficiência como "uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados" (PEREIRA JUNIOR, 1999, p. 41). No olhar do autor, o princípio se faz presente no ordenamento jurídico de qualquer Estado de Direito, vinculando o agir da Administração Pública (PEREIRA JUNIOR, 1999). Na opinião de Bruno

O grande desafio do intérprete é extrair o real significado do princípio da eficiência. Afinal, quais as implicações trazidas pela constitucionalização<sup>121</sup> do princípio da eficiência para a Administração Pública brasileira? O que exatamente corresponde a uma atuação eficiente da administração pública? O que seria e quais as consequências de uma atividade administrativa ineficiente? São questionamentos que ainda não possuem respostas seguras.

### 3.2.3.1 Breve conceituação de Princípio

Antes de se discutir o significado e conteúdo jurídico do princípio da eficiência, é importante tecer breves considerações - com a densidade argumentativa condizente com os objetivos desse trabalho - sobre o que se entende por princípio. É que, no ramo do direito, "princípio" é um vocábulo polissêmico, o que demanda explicações do expositor antes de abordar o tema propriamente dito.

A crescente importância conferida aos princípios no âmbito do Direito está fortemente relacionada com a retomada do constitucionalismo, que ganhou corpo nas últimas duas décadas. As teorias que compõem esse movimento costumam ser reunidas sob a denominação de "neoconstitucionalismo"<sup>122</sup>. Os marcos que originaram o movimento são descritos por Luís Roberto Barroso:

---

Miragem, a positivação do princípio da eficiência administrativa "explicita, destaca, mas não inova" na ordem jurídica (MIRAGEM, 2009, p. 39).

<sup>121</sup> Conforme bem apontado por Uadi Lammêgo Bulos, a constitucionalização do princípio da eficiência por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 não foi a responsável pela sua inserção no sistema jurídico brasileiro, já que o princípio já havia sido incorporado no ordenamento pela legislação infraconstitucional, como, por exemplo, nos seguintes dispositivos: artigos 13 e 25, V, do Decreto-lei nº 200/1967; artigos 6º e 7º da Lei nº 8.987/1995; e, artigos 4º, VII, 6º, X e 22 do Código de Defesa do Consumidor (BULOS, 1998, ps. 1-2).

<sup>122</sup> Max Möller chama de neoconstitucionalismo tanto o movimento quanto a própria mudança de paradigma vividos em escala mundial pelo direito no período pós-segunda guerra mundial. O objetivo do movimento era criar balizas ao direito, que impedissem que mudanças políticas conjunturais fossem capazes de alterações na legislação suficientes para legitimar catástrofes com as vividas no segundo grande conflito mundial. Esse movimento buscava superar o positivismo clássico, escola que defendia a validade de uma norma independentemente do seu conteúdo, desde que formalmente tenha sido editada

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2006, p. 148).

Uma das principais influências do paradigma neoconstitucionalista é o fenômeno da constitucionalização do direito (BARROSO, 2006). A sua influência na realidade brasileira é patente, notadamente na seara do Direito Administrativo, haja vista que o tema foi objeto de vasta previsão na Constituição Federal de 1988. Assim, além de sobrelevar a importância das normas constitucionais, o neoconstitucionalismo apregoa, ainda, que mais matérias merecem previsão constitucional. Essa característica foi reconhecida por Daniel Sarmiento, que a coloca entre as mais importantes do neoconstitucionalismo, nos seguintes termos:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos

---

de forma perfeita (MÖLLER, 2011). Essas teorias não são unívocas, tanto é que existem autores que, embora integrem o movimento, procuram dissociar as suas ideias do neoconstitucionalismo: Ferrajoli é um exemplo, denominando a sua própria teoria de Garantismo. Porém, ainda que seja indubitável que muitas das ideias defendidas por diferentes autores pertencentes ao movimento possuem características próprias, nesse trabalho, em que apenas se tangencia o tema, optou-se por tratar todo esse conjunto de teorias simplesmente por "neoconstitucionalismo", sem atentar para as especificidades de cada uma.

direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, ps. 95-96)<sup>123</sup>.

Assim, após o advento dessas teorias, os princípios foram alçados a um patamar de importância jamais antes visto na ciência do Direito, notadamente no âmbito do direito público<sup>124</sup>. É que essa divisão do Direito costuma ser formada por legislação esparsa, em aparente desordem. Versando especificamente sobre o Direito Administrativo, Juarez Freitas apregoa que o mesmo deve ser assimilado como "uma rede de princípios fundamentais e regras que devem reger (não só formalmente, mas na substância) o Estado Democrático no âmbito das relações de administração" (FREITAS, 2009, p. 35)<sup>125</sup>. Nesse cenário, os princípios representam o instrumento a ser utilizado pelo intérprete para se situar no emaranhado normativo, e extrair soluções coerentes com o ordenamento globalmente considerado (SUNDFELD, 2014).

---

<sup>123</sup> No mesmo sentido, as principais características das teorias neoconstitucionalistas são, para Max Möller, as seguintes: a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, a atribuição de força normativa às normas constitucionais, a valorização dos princípios, o reconhecimento da importância da interdisciplinaridade no direito, inclusive do papel da moral nessa seara, o protagonismo judicial, dentre outras menos representativas (MÖLLER, 2011).

<sup>124</sup> Com isso não se quer dizer que as regras perderam sua utilidade ou importância. "As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demanda sem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o judiciário, que não é" (SARMENTO, 2009, p. 125).

<sup>125</sup> Em outra passagem, Freitas especifica ainda mais a sua visão, fazendo referência ao Direito Administrativo como, "sobretudo, uma rede de princípios, objetivos e direitos fundamentais, com precedência sobre as regras, as quais só devem ser obedecidas teleologicamente" (FREITAS, 2009, p. 51).

Feito esse breve introito, é possível passar à apresentação do conceito de princípio adotado nesse trabalho. Primeiro de tudo, deve-se ter claro que regras e princípios são espécies do gênero norma, sendo que existem várias teorias que propõem critérios de diferenciação entre as espécies de norma (ALEXY, 2012).

Entretanto, segundo Robert Alexy, apenas uma dessas formas refere ao ponto decisivo, nevrálgico: a de que os princípios constituem mandamentos de otimização, enquanto as regras são normas do tipo tudo-ou-nada<sup>126</sup>. Em outras palavras, "regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes" (SILVA, 2002, p. 25).

Assim, o significado correto do princípio só é extraído com a análise do caso concreto, já que "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2012, p. 90). Ou seja, *in abstracto*, princípios são objetivos que devem ser seguidos na maior medida que for possível. Já as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos" (ALEXY, 2012, p. 91). Dada a maior abstração, vagueza e imprecisão dos princípios, reconhece-se que a sua aplicação a um caso concreto demanda um maior ônus argumentativo do que no caso de uma regra (SARMENTO, 2009).

Quando ocorrem colisões entre diferentes princípios, que são quase inevitáveis devido a generalidade destes, a solução deve se dar pela utilização da técnica do sopesamento, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade. Esta, por sua vez, é um procedimento que abrange três máximas parciais: da adequação (a medida servir para o fim pretendido), necessidade (utilização do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (aplicação do sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2012)<sup>127</sup>. Isso decorre do fato de que os

---

<sup>126</sup> Conforme ensina Dworkin, "[d]ados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 2011, p. 39). Já os princípios são normas que não apresentam consequências jurídicas automáticas quando certas condições são dadas, devendo o seu significado ser extraído de uma análise do caso concreto (DWORKIN, 2011).

<sup>127</sup> Virgílio Afonso da Silva critica o uso que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, e que parte da doutrina vem conferindo à técnica da proporcionalidade. O autor identifica que boa parte dos operadores do direito

princípios possuem uma dimensão ausente nas regras, a do peso ou importância. No caso concreto, portanto, a solução penderá para o preceito que tiver maior força relativa (DWORKIN, 2011, p. 42). Sobre a solução de colisões entre princípios proposta por Alexy, são válidas as lições de Luiz Henrique Cademartori e Francisco Carlos Duarte:

Considerados *prima facie*, os princípios são todos válidos e hierarquicamente iguais, sendo que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro. Quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação de valores *jusfundamentais* que Aléxy denomina de "máxima da proporcionalidade", a qual é composta de três máximas parciais: adequação, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; necessidade, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e proporcionalidade em sentido estrito que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos, os quais, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha,

---

entendem o preceito como sinônimo ao princípio da razoabilidade, que, na verdade, possui significado e origem diversos, no direito anglo-saxão. O autor, com amparo em Robert Alexy, entende a proporcionalidade como uma regra, não como princípio, eis que as suas três parciais aplicam-se mediante subsunção. O autor define a regra da proporcionalidade do seguinte modo: "é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, ps. 23-25).



encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127)

Assim, a concepção de princípio utilizada nesse trabalho leva muito em consideração as lições de Alexy, entendendo os princípios como fins máximos que devem ser buscados e satisfeitos da melhor maneira possível, no caso concreto. Tendo em vista que devem ser interpretados em conjunto, entende-se que os princípios compõem-se, ao contrário das regras, que se excluem. Representam algo como os objetivos, as diretrizes, que devem orientar o comportamento da sociedade. Reconhece-se, portanto, o caráter axiológico dos princípios defendido por Ronald Dworkin, que os relaciona às ideias de equidade, justiça, moralidade (DWORKIN, 2011). Desse modo, advoga-se que os princípios, apesar de constituírem normas flexíveis, que podem ser aplicadas em maior ou menor medida em cada caso concreto, possuem um núcleo hermenêutico rijo e cogente, que não pode ser derogado arbitrariamente, sob pena de desvirtuamento do texto constitucional.

Apesar de absorver a ideia geral das teorias de Alexy e Dworkin, é importante levar em consideração, ainda, aspectos defendidos por Humberto Ávila, que possui uma ideia um tanto quanto diferente do que sejam princípios. Na opinião do autor, o principal critério identificador das normas como principiológicas não pode ser a forma da sua aplicação, mediante ponderação, dado que há princípios que não são ponderáveis entre si, já que nem todos são aplicados da mesma forma, ou possuem finalidade semelhante. Em suma, há princípios que não possuem conteúdo imediatamente conflitante com outro princípio, ainda que, no caso concreto, a aplicação em maior grau de um signifique a aplicação em menor grau de outro. Assim, "[s]e os princípios dizem respeito a diferentes aspectos da atuação estatal, a relação entre eles não é de concorrência, mas de complementação" (ÁVILA, 2013, p. 133). Ávila conceitua os princípios da seguinte forma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2013, p. 84).

Desse modo, é atribuído um caráter instrumental aos princípios, já que estes " são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização"(ÁVILA, 2013, p. 136). As noções de instrumentalidade e complementaridade principiológica são importantes para o entendimento do conteúdo jurídico do princípio da eficiência, conforme será visto a seguir.

### 3.2.3.2 O conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência

Definido o que se considera por princípio, pode-se retomar a discussão sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência. Ao lume do já explicado, considera-se o princípio da eficiência como um mandamento de otimização, ou seja, como uma diretriz que deve ser observada na maior medida possível pela atividade administrativa. Considera-se, ainda, que o princípio da eficiência carrega um viés axiológico e que, também, pode possuir uma faceta instrumental, complementando o sentido de outros princípios.

Primeiro de tudo, deve-se deixar claro que a eficiência administrativa não equivale à eficiência econômica. Isso quer dizer que um agir eficiente não necessariamente equivale a um agir que despenda menos recursos. Assim, concorda-se com Jessé Torres Pereira Junior, quando diz que a mola propulsora do princípio da eficiência administrativa não é o lucro, mas sim a satisfação do interesse público (PEREIRA JUNIOR, 1999) e com Alexandre Santos de Aragão, para quem a eficiência não pode ser entendida somente como maximização do lucro, mas sim como o melhor exercício das missões de interesse coletivo de responsabilidade do Estado (ARAGÃO, 2012). Na mesma linha, Emerson Gabardo considera que uma análise sistemática do princípio da eficiência administrativa impede que o mesmo seja interpretado como uma mera verificação econômica da relação custo-benefício de determinada atividade, ou da possibilidade de flexibilizar o regime jurídico administrativo (GABARDO, 2012). Bruno Miragem também discorre sobre o conteúdo do referido princípio:

A determinação do conceito de eficiência na Administração Pública, em primeiro lugar, não se vincula à obtenção de menores custos financeiros. Não há identidade entre menor custo financeiro e maior eficiência.

[...]

A eficiência da Administração Pública, pois, diz respeito ao melhor modo de realização das suas finalidades, do interesse público, o que coloca em relevo seu aspecto instrumental, como resultado de um processo contínuo de redefinição das relações entre o Estado e a Sociedade e, com isso, a adoção, pelo direito administrativo, de valores e mecanismos contemporâneos a esta nova realidade. (MIRAGEM, 2011, ps..39-40)

Visão ainda mais específica no que concerne a esse aspecto é a de Guilherme Mendes. Para o autor, uma atuação eficiente da Administração Pública é aquela que promove o nível mais elevado de resultados para a população, com o menor sacrifício pela imposição de deveres aos membros da sociedade (MENDES, 2012). O autor argumenta que

[a] eficiência impõe, de um lado, em face do paradigma liberal, o menor grau de atenuações das liberdades para um mesmo nível de resultados e, de outro, em razão do viés social, que, para um mesmo patamar de sacrifícios, a Administração Pública proveja a sociedade com o máximo de direito. Atingidas tais condições, optar por um direito no lugar de outro, por aumentar ou reduzir sacrifícios para concomitantemente incrementar ou reduzir direitos, é transitar por inumeráveis pontos de indiferença quanto às considerações de eficiência (MENDES, 2012, p. 367).

À vista disso, na opinião do autor, a redução de custos por parte da Administração Pública só justifica-se ao lume do princípio da eficiência nas hipóteses em que a redução do sacrifício estatal for maior dos que os impostos aos administrados globalmente considerados (MENDES, 2012).

Assim, parece seguro dizer que muito mais do que uma mera noção de custo-benefício, o princípio da eficiência administrativa parece instituir a obrigação de a Administração Pública tomar todas as medidas possíveis para melhor executar os seus desígnios. Isto, em última análise, importa em satisfazer o interesse público e garantir a observância dos direitos fundamentais da coletividade.

Orientam-se nesse sentido as lições de Paulo Modesto, para quem o agir com eficiência, notadamente em um Estado "Social", está relacionado com a promoção de ações que proporcionem "resultados socialmente relevantes" (MODESTO, 2001a, p. 34). A opinião de Cristiane Derani vai na mesma linha. No olhar da autora, há a observância do paradigma da eficiência quando a atividade estatal resultar no maior grau de satisfação coletiva possível (DERANI, 2002).

Analisando a questão sob um viés mais pragmático, operacional, Uadi Lammêgo Bulos encara o preceito como um "reclamo contra a burocracia estatal, sendo uma tentativa para combater a malversação dos recursos públicos, a falta de planejamento, os erros repetidos mediante práticas gravosas" (BULOS, 1998, p. 2). Nesse talante, para Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio da eficiência está relacionado com a profissionalização da função pública (BACELLAR FILHO, 2011). Ainda encarando a questão sob esse prisma, Odete Medauar considera que

[...] o vocábulo eficiência liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições. Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão. Como princípio da Administração Pública, determina que esta deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população (MEDAUAR, 2003, p. 242).

Demais disso, entende-se que o significado da eficiência administrativa é abrangente, incluindo, ainda, o conceito de "eficácia". Irene Nohara explica que enquanto "eficiência" costuma ser o termo utilizado para referir ao emprego adequado dos meios para o alcance de resultados, "eficácia", por sua vez, é costumeiramente empregado para designar o alcance dos resultados propriamente ditos (NOHARA, 2012). O conteúdo do princípio da eficiência administrativa parece abranger a esses dois significados. É daí que vem a "pluridimensionalidade" do princípio, referida por Paulo Modesto. Para o autor, o preceito incide tanto na "dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios", quanto na da "satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública" (MODESTO, 2001a, p. 44), que impõe a obrigação de obtenção de resultados satisfatórios no agir da Administração Pública.

Diante dessas características, o autor relaciona, ainda, o princípio da eficiência com os princípios da boa administração pública e da economicidade.

Assim, o primado da eficiência, depois de positivado como princípio jurídico administrativo, desprende-se do seu significado nas ciências econômicas e passa a ter conteúdo próprio. E esse conteúdo inclui o conceito de eficácia:

[...] a eficiência e a eficácia da Administração Pública são faces de uma mesma moeda. Enquanto a eficiência colima resolver problemas, por meio do cumprimento de deveres, voltados para reduzir custos, a eficácia - palavra polissêmica que logra vários sentidos - tem em vista a produção de alternativas racionais e criativas para obter lucros e resultados positivos. Ambas, compreendidas como instrumentos de gerenciamento de crises, podem servir para a implantação de um governo empreendedor, que gera receitas e diminui despesas (BULOS, 1998, p. 2).

Para Emerson Gabardo, o contorno jurídico do princípio da eficiência é ainda mais extenso, incluindo, igualmente, o conceito de efetividade e outros mais. Para o autor, "parece claro que englobam a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade" (GABARDO, 2012, p. 342).

Assim, o princípio da eficiência administrativa, na sua dimensão material, parece configurar um mandamento de otimização com vistas a garantir que o administrador gerencie a coisa pública da melhor forma possível, de forma abrangente, observando valores de eficiência, efetividade, eficácia, racionalização, dentre outros, sempre objetivando a satisfação do interesse público e a promoção dos direitos fundamentais.

Afora essa acepção material, crê-se que o princípio da eficiência administrativa conta, ainda, com uma faceta instrumental. Com esse sentido, o preceito serve de suporte para que a atividade da Administração Pública observe às normas norteadoras da sua atuação. É que, conforme bem apontado por Bucci, a palavra eficiência conota uma noção de proporcionalidade entre fins e meios. Assim, uma atuação eficiente da Administração Pública deve também conciliar, da melhor maneira possível, o atendimento às demais regras e princípios

norteadores da atividade administrativa com a satisfação ao interesse público (BUCCI, 2006). Diante disso, Bucci ressalta ser o princípio da eficiência um "vetor jurídico-axiológico que habilita os operadores do direito a buscar o cumprimento da legalidade material, em detrimento da interpretação formalística que perverta o seu sentido" (BUCCI, 2006, p. 188).

Paulo Modesto encara todos os princípios da Administração Pública como instrumentais, inclusive o princípio da eficiência administrativa. Na opinião do autor, "[n]enhum princípio de direito administrativo tem valor substancial autossuficiente". Por esse motivo, o princípio da eficiência "[i]ntegra-se com os demais princípios, não podendo sobrepor-se a eles ou infirmar-lhes a validade" (MODESTO, 2001a, p. 43)<sup>128</sup>. Isto é consequência do caráter não absoluto dos princípios, já referido no item anterior<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Guilherme Mendes compartilha da opinião de Humberto Ávila no que se refere à instrumentalidade do princípio da eficiência. É por esse motivo que o autor considera ser impossível haver conflitos entre o referido preceito e os demais encartados na Constituição Federal. Dado o fato de que o princípio da eficiência tenha caráter instrumental e os demais norteadores da atividade administrativa possuam significado finalístico, sendo impossível que estes entrem em choque (MENDES, 2012).

<sup>129</sup> Sobre o assunto, interessante ainda apresentar o posicionamento de Humberto Ávila, para quem o primado da eficiência não representa um princípio, mas sim o que o autor denomina de "postulado" (ÁVILA, 2003, p. 113). Os postulados são normas de segundo grau, ou metanormas. Eles "estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras" (ÁVILA, 2003, p. 113). São instrumentos para a correta aplicação de outras normas. Concorde-se parcialmente com o autor. Afinal, já afirmou-se que o primado da eficiência possui uma função instrumental, auxiliar na aplicação de outras normas. Nessas hipóteses, o sentido do preceito equivale ao de postulado, proposto por Ávila. Porém, crê-se que a eficiência também possui um significado material próprio, motivo pelo qual merece permanecer ostentando o caráter de princípio. As conclusões do próprio autor sobre a eficiência levam a esse raciocínio. Para o autor, a eficiência tem dois significados: (i) O primeiro, de que a eficiência significa o dever de escolher o meio menos custoso para atingir determinado fim. Esse meio não necessariamente é o mais barato, mais aquela que apresente a melhor relação de custo benefício para o atingimento dos fins pretendidos. Em suma, "a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro" (ÁVILA, 2003, p. 131). (ii) O segundo, de que a eficiência implica no dever de promover o fim de modo satisfatório. E, segundo Ávila, o instrumento para se aferir a satisfatoriedade da solução envolve a utilização do

Diante disso, há autores que demonstram preocupação com a possibilidade de a incidência do princípio da eficiência administrativa possivelmente importar em uma relativização do princípio da legalidade. Segundo o pensamento desses autores, a busca pela eficiência pura e simples poderia servir para legitimar a transgressão do regime jurídico administrativo. Entretanto, não se corrobora a preocupação desses autores.

Na esteira de Paulo Modesto, considera-se que, em sentido diametralmente oposto de contrastar com a legalidade ou legitimar a sua atenuação, o princípio da eficiência compõe o princípio da legalidade, nas hipóteses em que este for examinado sob o seu aspecto material. Para o autor, com espeque em Celso Antônio Bandeira de Mello, o viés material do princípio da legalidade está relacionado com o "dever de atuação ótima ou excelente do administrador nas hipóteses de discricionariedade" (MODESTO, 2001a, p. 40). Assim, sob essa ótica, a observância do princípio da eficiência administrativa configuraria uma parcela do que se afigura necessário para atingir essa atuação "ótima ou excelente". Alexandre Santos Aragão externa entendimento semelhante, quando aduz que a eficiência visa a embeber a legalidade de uma nova lógica, que caminha no sentido de impor à Administração o dever de observância de uma "legalidade finalística e material", não meramente formal e abstrata (ARAGÃO, 2012, p. 378).

Por último, apresenta-se o conceito de princípio da eficiência administrativa formulado por Alexandre de Moraes, que, no que diz respeito ao aspecto material, ao nosso olhar, contempla de maneira convincente grande parte do discutido nesse tópico:

*[...] princípio da eficiência é 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*

---

postulado da proporcionalidade. Nesse caso, parece que, na primeira hipótese, a eficiência possui um caráter instrumental, provavelmente ao princípio da economicidade. No segundo, parece que o postulado da proporcionalidade (na dicção de Ávila), é o instrumento para a aplicação da eficiência em sentido material. Nesse caso, a eficiência revestir-se-ia de caráter de princípio.

utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir maior rentabilidade social (MORAES, 2002, p. 37).

No que concerne ao viés instrumental, considera-se que a eficiência administrativa é um valor plenamente atingido quando as demais regras e princípios que compõem o regime jurídico administrativo são observados pela Administração Pública.

### 3.3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE VIABILIZAM A ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO NA PROMOÇÃO DE ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO

Depois de visualizados os fundamentos jurídicos justificadores da atuação indireta do Estado para a consecução de fins públicos, passa-se à análise dos instrumentos previstos no Direito pátrio para viabilizar essa atuação.

Conforme sobredito, a solução para a crise de suficiência que ataca a Administração Pública moderna foi recorrer à ajuda dos particulares para a promoção das atividades de interesse público. Até porque, conforme já exaustivamente demonstrado, a incapacidade estrutural e econômica do Estado de executar diretamente essa sorte de atividades jamais poderá significar a sua isenção de responsabilidades nessa seara. Assim, houve a abertura de canais de comunicação entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada, que originaram a criação de modelagens jurídicas que se inserem na sistemática de gestão pública gerencial, como instrumentos de colaboração entre Estado e sociedade (MOREIRA NETO, 1998), ocasionando a valorização das ações de fomento, regulação e firmatura de parcerias com entidades privadas (OLIVEIRA, 2011). Neste cenário, conforme informado por Gustavo Justino de Oliveira,

[...] diante da lógica difusa da sociedade contemporânea (sociedade ordenada em rede) exige-se que o Estado imprima maior capilaridade aos órgãos e entidades integrantes da arquitetura administrativa. Somente assim o ente estatal poderá tornar efetivas as ações por ele coordenadas, realizadas, reguladas ou fomentadas. Nessa perspectiva, despontam os acordos como modalidades negociais aptas a concretizar e



regulamentar as ações concertadas entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil (OLIVEIRA, 2008b, p. 44).

Essas chamadas parcerias entre o Estado e os particulares, acordos pelos quais as duas esferas somam esforços para obter benefícios mútuos, não são propriamente uma novidade em solo pátrio. Caio Tácito informa que o primeiro modelo de parceria entre Estado e particulares observado em solo brasileiro remonta ao "Alvará de 12 de outubro de 1808", por intermédio do qual Dom João VI autorizou a criação do primeiro Banco do Brasil, com capitais privados, que se associou a Coroa em 1812 (TÁCITO, 1996a).

Certo é que, de lá para cá, muita coisa mudou. A sociedade evoluiu, tornou-se muito mais complexa, e o Direito Administrativo teve de acompanhar essa evolução. Depara-se, atualmente, com uma sociedade composta por um universo de diferentes espécies de instituições, organizadas sob diferentes fórmulas jurídicas e instituídas com diferentes objetivos. Por esse motivo, as modelagens jurídicas de relação colaborativa entre Estado e sociedade também devem ser variadas:

Nesta rede de relações sociais deve-se sublinhar a crescente importância do Estado, estabelecida por meio de mecanismos como as parcerias, o financiamento compartilhado, a regulamentação e o ordenamento jurídico. Ou seja, o Estado não precisa estar perdendo o controle ou o poder que o caracteriza, mas pode/deve, tão somente, reconfigurar seu perfil e significado em face de uma decisão que lhe é constitutiva, a saber: a da soberania popular articulada em termos de representação não necessariamente institucional (LEAL, 2006, p. 174).

O ideal é que o objeto das parcerias sejam atividades em que o Estado não atua com o seu poder extroverso, enquanto ente investido de autoridade. Isso ocorre mormente no que se refere aos serviços públicos sociais, conforme sobredito. Segundo Paulo Modesto,

em diversas áreas estas prerrogativas de autoridade se mostraram desnecessárias, como na maioria dos serviços sociais, pois nelas não se

tratava de limitar a atuação contrária à coletividade de particulares, mas em oferecer ao cidadão bens relevantes, como saúde e educação, cultura e desporto, ressalvadas as atividades de fiscalização sanitária, desportiva ou disciplinadoras da educação, atividades que podem ser concebidas como manifestações do poder de polícia, ou, ainda, mais adequadamente, como tarefas regulatórias (MODESTO, 2011, p. 24).

Até porque, hodiernamente, conforme bem apontado por Gustavo Schiefler, o critério mais relevante para serem repartidas as competências pela execução de determinada atividade de interesse coletivo não mais se refere a questões de conveniência e/ou de essencialidade ou necessidade do serviço, conforme outrora. "O critério é a maior eficiência e a maior eficácia ao lume do interesse público e em busca da efetivação dos direitos fundamentais" (SCHIEFLER, 2013, ps. 68-69).

Com esses aspectos em vista, Dinorá Adelaide Musetti Grotti sistematizou as possibilidades previstas na legislação de parceria entre entes da Administração Pública e entre aquela e particulares, da seguinte maneira:

(a) forma de delegação da execução de serviços públicos; (b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria; (c) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão; (d) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (GROTTI, 2011, p. 416).

Todas essas formas de transferência de responsabilidades por determinadas atividades que já foram realizadas pelo Estado costumam ser chamadas, muitas vezes pejorativamente, de privatização. Privatização é mais um termo utilizado no Direito Administrativo sobre o qual não há consenso na doutrina quanto ao exato significado. A polêmica reside na extensão da abrangência do seu significado: em um sentido amplo, o termo abrange variados mecanismos de redistribuição

de atividades do setor público para o setor privado; em um sentido restrito, refere-se a transferência de empresas estatais para o domínio privado. O termo pode significar, ainda, a utilização do direito privado na atuação da Administração Pública (MEDAUAR, 2003)<sup>130</sup>.

Maria Silvia Zanella Di Pietro corrobora esse entendimento, quando afirma que o termo privatização pode ser entendido como gênero e como espécie. Como gênero, abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, compreendendo iniciativas como a desregulação, a desmonopolização da atividade econômica, as parcerias com particulares e as privatizações em sentido estrito, que significam a transferência de patrimônio público para a iniciativa privada (DI PIETRO, 2012b)<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Essa classificação tripartite também é utilizada por Ricardo Rivero Ortega. Os três diferentes sentidos imputados pelo autor para o termo privatização são os seguintes: formal, material e patrimonial. "La privatización formal consiste en la utilización que la Administración hace de formas de Derecho privado ("huida al Derecho privado") para evitar los procedimientos y los controles jurídico-públicos, que encorsetan y ralentizan la realización de algunos de sus objetivos. Hablamos de privatización material cuando se transfiere la gestión de los servicios público (actividade materialmente administrativa) a empresas privadas, a través de la clásica fórmula de la concesión u otras técnicas (concertos, sociedades mixtas). Por último, la privatización patrimonial consiste en la venta de participaciones públicas en empresas al sector privado, retirándose así el sector público de la intervención directa en la economía suministrando bienes o prestando servicios" (ORTEGA, 2011, p. 25).

<sup>131</sup> Segundo a autora, o processo de privatização em sentido amplo está em curso em muitas nações latino-americanas, buscando a diminuição do tamanho do Estado, "de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa ao administrado, pela desregulamentação, pela eliminação de monopólios, pela aplicação de regras da livre concorrência, reservando-se ao Estado as tarefas de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como a de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos; de outro lado, buscando a eficiência nos serviços afetos ao Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços, menos formalistas, menos burocratizadas, reservando-se o regime publicístico para os serviços públicos típicos do Estado, e aplicando-se os métodos de gestão privada para as atividades em que o regime publicístico se torna desnecessária (como ocorre com os serviços sociais, comerciais e industriais do Estado); isto se dá pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada, em especial a concessão de serviço público, para desempenho de atividades antes executadas pelo próprio poder

Diogo Figueiredo Moreira Neto ressalta que todas as iniciativas reunidas sob a alcunha de privatização em sentido amplo dizem respeito à uma reavaliação dos próprios limites do Estado perante a sociedade (MOREIRA NETO, 2006). Assim, o objetivo primordial da privatização em sentido amplo é devolver à iniciativa privada atividades que lhes competiriam, em uma situação de normalidade (SOUTO, 1999).

Considera-se mais adequado, porém, denominar como "desestatização" o conjunto de mecanismos de redistribuição de atividades do setor estatal para o setor não estatal, reservando o termo "privatização" especificamente para referir à transferência de domínio de patrimônio público para o privado.

A primeira e mais tradicional sistemática de atuação indireta do Estado por meio de estabelecimento de parceria dá-se pela delegação de serviços públicos, que ocorre pelo regime de concessão ou permissão de serviços públicos, sempre por meio de licitação pública, conforme previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

As concessões e permissões de serviços públicos são regidas pela Lei nº 8.987/1995 e pressupõem a transferência da execução de um serviço público exclusivo para exploração por parte da iniciativa privada, sob fiscalização do Estado. As atividades transferidas devem possuir natureza econômica, já que a intenção é que os particulares sejam remunerados pelo serviço por meio da cobrança de tarifa dos usuários. Após, houve o advento da promulgação da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as chamadas parcerias público-privadas, abrindo a possibilidade da celebração de concessões em que o Estado participa da, ou, até, assume a, remuneração da empresa contratada.

Há atividades, porém, que não podiam ser objeto de concessão (ao menos da forma tradicional, regida pela Lei nº 8.987/1995; com o advento da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as chamadas parcerias público-privadas, esse cenário sofreu parcial mudança, conforme suprarreferido), dado que não têm o potencial de serem lucrativas. Essas atividades coincidem em grande medida com os chamados serviços sociais que, conforme sobredito: o mercado mostra-se incapaz de oferecer à toda população satisfatoriamente, ou o Estado as executa de maneira suficientemente eficiente. Assim, a melhor solução é que esse segundo grupo de tais atividades sejam desempenhadas por instituições sem fins lucrativos, componentes do chamado terceiro setor

---

público, diretamente, ou pelas entidade da administração indireta" (DI PIETRO, 2012b, p. 18).

(BRESSER-PEREIRA, 1997), sob o incentivo do Estado, mediante o exercício da sua função de fomento. No olhar de Bresser-Pereira,

[a] privatização é uma alternativa adequada quando a instituição pode gerar todas as suas receitas da venda de seus produtos e serviços, e o mercado tem condições de assumir a coordenação de suas atividades. Quando isto não acontece, está aberto o espaço para o público não-estatal. Por outro lado, no momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações Estado-sociedade, o espaço público não-estatal pode ter um papel de intermediação ou pode facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, que abrem novas perspectivas para a democracia (BRESSER-PEREIRA, 1996a, p. 286).

A transferência da responsabilidade pela execução dessas atividades para entidades do Terceiro Setor não configura privatização, ao menos em um sentido estrito. É que, conforme já assinalado, segundo os teóricos da reforma administrativa, as entidades do terceiro setor possuem natureza pública, ainda que não estatal. Assim, o termo mais adequado para definir a transferência de responsabilidades para as entidades do terceiro setor parece ser desestatização, em vez de privatização, conforme ressaltado<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Emerson Gabardo, em sentido crê que "não parece correto asseverar que o repasse de atividades à sociedade civil, sob a perspectiva de abandono do intervencionismo típico do Estado Social (que é a dominante) realmente propicie a construção de um verdadeiro espaço público. Pelo contrário, nada mais faz do que colaborar à tradição personalista típica da realidade histórica brasileira e seus mal-sucedidos projetos retórico-jurídicos de modificação das condições sociais" (GABARDO, 2009, p. 129). Em outra obra, porém, o autor valoriza as parcerias firmadas entre o Estado e entidades pertencentes ao Terceiro Setor, mormente no que se refere ao incentivo à participação social na execução dos serviços sociais (não-exclusivos do Estado). Promove, inclusive, duas admoestações sobre a matéria: (i) primeiro, que o Estado não deve constringer o Terceiro Setor com regulamentação excessiva, sob pena de exceder o escopo fundamental, de funcionar apenas como indutor da sua atuação; (ii) segundo, que a atuação do terceiro setor não pode substituir o Estado no exercício das suas atividades típicas, pois as falhas do setor privado seriam estruturais (GABARDO, 2003, p. 170). Além disso, alerta que a assinatura de parcerias com o terceiro setor não deve ser utilizada como

Marcos Augusto Perez considera que essas ditas formas de colaboração entre o poder público e as entidades do terceiro setor são "institutos de participação popular na Administração Pública". Na opinião do autor, todavia, para serem assim consideradas essas entidades devem reunir as seguintes características: (i) ser fruto da iniciativa de particulares; (ii) ser autogestionárias; (iii) não possuir finalidade lucrativa; (iv) ser formalmente reconhecidas pela Administração Pública como entidades colaboradoras; (v) realizar atividades de interesse público relacionadas à função administrativa do Estado (PEREZ, 2004).

As entidades pertencentes ao Terceiro Setor, ao firmarem parcerias com o Estado, perdem parte da sua autonomia, já que passam a sofrer a influência do regime jurídico de direito público. Ao mesmo tempo, passam a contar com o apoio estatal no exercício das suas atividades. Conforme reconhecido por Paulo Modesto,

[n]essas relações, os particulares perdem parte de sua liberdade de atuação em face da sujeição a obrigações de direito público necessárias à prevenção contra abusos de gestão (não abusos e poder), sem se tornarem Estado, sem se transformarem em autarquias e sem assumirem também, ao menos integralmente, a defasagem estrutural entre o ritmo da sociedade e do Estado (MODESTO, 2011, p. 25).

O ordenamento jurídico brasileiro contempla instrumentos através dos quais o Estado e instituições sem fins lucrativos, pertencentes ao terceiro setor, celebram parcerias. Um deles refere-se aos chamados Contratos de Gestão com as Organizações Sociais, que serão objeto de análise no capítulo seguinte.

A terceira espécie de parcerias reconhecida por Dinorá Adelaide Grotti são as que buscam a desburocratização da máquina pública, muitas vezes por meio da assinatura de contratos de gestão. Está atrelado a essa noção o conceito de descentralização, que ocorre quando o Estado, titular do serviço público, transfere a responsabilidade pela sua gestão para outra pessoa jurídica, pública ou privada. Segundo Bandeira de Mello, descentralização significa "o trespasse dos direitos, poderes, obrigações e deveres relativos a uma dada atividade ou, apenas,

---

subterfúgio para o afastamento do Estado de atividades que são de sua competência (GABARDO, 2003).

do exercício deles para outra pessoa, alguém externo a ela" (BANDEIRA DE MELLO, 1987, p. 2).

Assim, para que alguma atividade possa ser descentralizada, é necessário que ela em algum momento tenha pertencido ao centro, que, no caso, é a administração direta. Ao contrário da noção de delegação, isso não significa dizer que a atividade descentralizada deva pertencer exclusivamente à administração. Todavia, a atividade em específico que passou a ser exercida pela entidade fora da administração direta deve, em alguma ocasião, ter sido organizada por esta.

A descentralização das atividades a cargo do Estado promove dois grandes valores democráticos: por um lado, costumam aproximar os centros de decisão do povo, facilitando o acesso e controle por parte desse; de outro, diminui o tamanho da "elite burocrática federal" ("*federal bureaucratic elite*") (MASHAW, 2012). A descentralização, portanto, constitui um instrumento de gestão pública típico do Estado Democrático de Direito.

A doutrina construiu variadas classificações sobre os tipos de descentralização<sup>133</sup>. Para esse trabalho, convém estabelecer que quando a descentralização ocorrer para ente pertencente à Administração Pública, geralmente para autoridades locais, mais próximas do cidadão, a denominação utilizada é "descentralização administrativa". De outro norte, quando a descentralização ocorrer para entidade não estatal, fala-se em "descentralização por colaboração", ou "descentralização por serviços". Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[d]escentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço (DI PIETRO, 2012b, p. 48).

A absorção do conceito de "descentralização por colaboração" é importante para esse trabalho, haja vista que designa a transferência de atividades de incumbência estatal para as sociedades civis, comerciais e,

---

<sup>133</sup> Uma competente análise a esse respeito foi produzida por João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquiria Batista dos Santos (QUEIROZ; DOS SANTOS, 2011).

inclusive, para as integrantes do Terceiro Setor, tais como as Organizações Sociais (QUEIROZ; DOS SANTOS, 2011).

Por último, a quarta espécie de parceria no âmbito da Administração Pública é a terceirização. Como se sabe, a regra que tradicionalmente vigora no Direito Administrativo é a de que com o surgimento de uma necessidade pública de pessoal, deve-se promover concurso público para selecionar o profissional para ocupar a vaga e suprir a necessidade. Todavia, conforme apontado por Marcos Juruena Villela Souto, em tempos de enxugamento da máquina administrativa e aproximação do Estado aos particulares, essa não é mais a única alternativa com que contam os administradores públicos. Desse modo, a recomendação é para que sejam criados e providos novos cargos públicos somente para atividades típicas do Estado. Para a realização das demais atividades, não típicas, o recomendável é que ocorra terceirização para a iniciativa privada (SOUTO, 1999)<sup>134</sup>.

Essas atividades "atípicas" costumam ser referidas como "atividades-meio", sendo assim consideradas "aquelas que traduzem os

---

<sup>134</sup> Tal qual se verifica quanto ao conceito de "privatização", o termo "terceirização" muitas vezes também é utilizado de forma ampla, referindo a toda e qualquer espécie de transferência de atividades do Estado para a iniciativa privada. Isso não passou despercebido por Dora Maria Ramos, para quem "[t]omando em uma acepção ampla e imprecisa, muitas vezes tem sido adotado o termo "terceirização", no contexto da reforma do Estado, para representar variadas formas de introdução do particular na prestação de serviços públicos. Em sentido ampliado, sempre que o serviço público seja prestado com o auxílio de terceiro estranho aos quadros públicos, fala-se, genericamente, em terceirização. Assim, também a concessão de serviços públicos seria uma forma de "terceirizar". É o caso, ainda, das diferentes técnicas que as transformações do Estado têm introduzido, como a gestão de serviços públicos pelas organizações sociais ou as cooperativas de saúde implementadas no Município de São Paulo sob a denominação de PAS - Programa de Apoio à Saúde. Em todos esses exemplos, o Poder Público transfere a gestão do serviço a um gestor operacional, circunstância que a diferencia da terceirização no conceito restrito [...]" (RAMOS, 2001, p. 122). No olhar da autora, o sentido correto que deve ser atribuído ao termo é o seguinte: o repasse a um particular, pelo gestor operacional do serviço, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, sem que haja a transferência de prerrogativas de Poder Público. Assim, a terceirização não envolve a transferência da gestão do serviço público. Representa mero contrato de prestação de serviços (RAMOS, 2001).



instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio [...]" (CARVALHO FILHO, 2012)<sup>135</sup>.

No olhar de Jessé Torres Pereira Junior, terceirização não configura propriamente um conceito jurídico. Trata-se, na opinião do autor, de uma política administrativa para melhorar o padrão dos serviços prestados ao cidadão na Administração Pública (PEREIRA JUNIOR, 1999). Na mesma linha Cristiana Fortini e Virginia Vieira consideram a terceirização um processo de gestão empresarial que, ao transferir a execução de determinados serviços para terceiros, permite a concentração de esforços em segmentos de atividades considerados mais relevantes (FORTINI; VIEIRA, 2012).

Por fim, convém ressaltar que, na opinião de Maria Sylvia Di Pietro, o instituto vem sendo utilizado de maneira abusiva por parte da Administração Pública. Na opinião da autora, no âmbito do Direito Administrativo, só se admite terceirização na forma de contrato de obras ou de serviços, nos termos da Lei nº 8.666/93. Todavia, muitas vezes é utilizado para a contratação direta de empregados por meio de uma empresa "laranja", em verdadeira burla à regra que exige a prévia realização de concurso público para a contratação de servidor público (DI PIETRO, 2013). Nessa linha, é conveniente deixar claro que a terceirização é ilícita quando representa mera locação de mão-de-obra, existindo a possibilidade de pessoalidade e subordinação direta. Assim, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, somente é possível a terceirização por meio da celebração de contratos de prestação de serviços, conforme sempre foi realizado pela Administração Pública, só que sem o uso do vocábulo "terceirização" (DI PIETRO, 2012b).

---

<sup>135</sup> A possibilidade de a Administração Pública terceirizar atividades-meio já constava no Decreto-Lei nº 200/1967 (art. 10, § 7º). Mais recentemente, o Decreto Federal nº 2.271/1997 exemplificou serviços que são considerados atividades-meio, sendo, portanto, passíveis de terceirização: Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

### 3.3.1 Gestão privada de serviços públicos

Há muito que a doutrina do Direito Administrativo superou o entendimento de que o serviço público necessariamente deve ser gerido e executado diretamente pela Administração Pública. Prosper Weil ensina que foi Hauriou, já no longínquo ano de 1899, que sugeriu a distinção de uma gestão administrativa, ou pública, de uma gestão privada, ainda que exercida pela Administração Pública (WEIL, 1977). Posteriormente, a doutrina avançou ainda mais, passando a considerar, além da possibilidade de uma gestão privada de serviços públicos, também a viabilidade de um serviço público com gestão privada. Assim ensina Weil:

À noção de gestão privada nos serviços públicos juntou-se, como já vimos, desde 1920, a noção de serviço público com gestão privada, quer dizer, de serviço inteiramente submetido ao regime do direito privado. A actividade administrativa é, em boa parte, efectuada hoje por pessoas, públicas ou privadas, que dirigem serviços públicos industriais e comerciais nos termos do direito comum (WEIL, 1977, p. 78).

Dora de Oliveira Ramos, com espeque na doutrina administrativa francesa, explica que há três níveis de gestão dos serviços públicos: a gestão estratégica, a gestão operacional e a execução material do serviço.

A gestão estratégica corresponde à atividade mais abrangente e, de certa forma, mais relevante. Diz respeito a aspectos relacionados à direção dos serviços, à concepção superior da sua prestação e à definição dos seus objetivos. A gestão operacional - que, por ser a intermediária, é a mais difícil de ser identificada - abrange as tarefas ordinárias de regulação e otimização dos serviços, assim como as questões do dia a dia, tais como a logística de operação, a solução de conflitos e urgências. A execução material do serviço corresponde à prestação direta da atividade de serviço público (RAMOS, 2001).

Segundo a autora, o mais elevado estágio da gestão pública é indelegável, sempre devendo ficar a cargo do Poder Público. A gestão operacional, por sua vez, é passível de transferência ao particular, o que ocorre nas parcerias firmadas com entidades do Terceiro Setor. A transferência para o particular somente do terceiro estágio de

responsabilidades não implica desvincular-se da gestão do serviço público, somente da execução material do mesmo. Trata-se, nesse caso, de mera terceirização da execução direta do serviço público. Esse entendimento é corroborado por Josenir Teixeira:

Quando uma entidade privada assume a gestão (administração, direção) de um equipamento público ela não assume o *papel principal* daquele serviço público, que é e continuará sendo de responsabilidade do ente político respectivo. O serviço continuará sendo público, sem qualquer transferência para o particular. A atividade propriamente dita, o patrimônio, o custeio, a fiscalização e o controle dos serviços a serem executados por terceiros continuam sendo promovidos pela Administração Pública, exatamente como determina a Constituição Federal. É o que se pode chamar de gestão compartilhada, acordo de cooperação, parceria ou qualquer outra expressão sinônima que se queira empregar. Nessas relações, o patrimônio continua sendo público, mas o gerenciamento ou a execução direta do serviços passa a ser privado (TEIXEIRA, 2011, p. 109).

Assim, as parcerias do Estado com entidades do Terceiro Setor, incluindo as Organizações Sociais, podem configurar gestão compartilhada de serviços públicos, quando houver a transferência da gestão operacional da atividade para a entidade parceira.

### 3.4 TERCEIRO SETOR

No novo momento vivido pelo Direito Administrativo brasileiro, existe a valorização da atuação do Estado em parceria com entidades componentes do chamado terceiro setor, - este que também é denominado "espaço público não-estatal", "setor não-governamental", "setor sem fins lucrativos" (FIGUEIREDO, 2002), "setor paraestatal"<sup>136</sup> e "entidades de cooperação" (COPOLA, 2006), dentre outras indicações.

---

<sup>136</sup> Registre-se que na doutrina brasileira o termo paraestatal nem sempre é utilizado para referir ao Terceiro Setor. Há autores que o utilizam para fazer menção à Administração Indireta: "Um dos problemas da utilização do conceito *paraestatal* é a sua pluralidade de significações na doutrina pátria, podendo

Para Gustavo Justino de Oliveira, o terceiro setor corresponde ao

[...] conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados) (OLIVEIRA, 2011, p. 202).

O autor identificou as bases constitucionais do funcionamento desse terceiro setor em território brasileiro: além da própria noção de Estado Democrático de Direito, que permeia todo o texto constitucional, alicerçam a atividade do Terceiro Setor a cidadania (art. 1º, II), a participação dos cidadãos nos assuntos públicos (art. 1º, parágrafo único), a solidariedade (art. 3º, I) e, principalmente, a liberdade de associação (art. 5º, XX) (OLIVEIRA, 2011).

Assim, as instituições que compõem o terceiro setor são "organizações privadas sem fins lucrativos voltadas para a produção de bens ou para a realização de serviços públicos" (ALVES, 2000, p. 153), identificando-se, portanto, em larga medida, com o conceito de sociedade civil organizada, quando esta atuar no chamado "espaço público não-estatal".

Com escorço nos ensinamentos de Salamon, enumeram-se as principais características das entidades que compõem o terceiro setor: (i) são organizações estruturadas; (ii) não-estatais; (iii) de finalidade não lucrativa, que não distribuem eventual lucro aos seus associados; (iv) autogovernadas; e, (v) possuidoras de espírito voluntário (SALAMON, 2005). Esse último aspecto, o da voluntariedade da atuação dessas entidades, é importante para a definição, pois exclui as entidades privadas que, mesmo não possuindo fins lucrativos, atuam unicamente em função dos interesses dos seus instituidores, tais como entidades de

---

representar [...]: as autarquias, que participam amplamente do *jus imperii* do Estado; os entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado; as pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo poder público e os serviços sociais autônomos); pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade à qual o poder público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestação do seu poder de império, como o tributário, por exemplo" (DIAS, 2008, p. 232).

classe, benefício mútuo e associações de moradores, por exemplo (TEIXEIRA, 2011). Nesse talante, a expressão parece recobrir instituições filantrópicas destinadas à prestação de serviços sociais (tais como saúde e educação) e organizações voltadas à proteção de direitos de grupos específicos da população (negros, indígenas, etc.) (DIAS, 2008).

Não é possível afirmar que essas entidades pertencem exclusivamente ao setor público ou ao setor privado, ao menos no sentido convencional destes termos, mas, sim, que guardam "uma relação simbiótica com ambos" (PAES, 2004b, p. 276). Essas entidades não se enquadram no conceito clássico de entidades públicas porque não são estatais, já que não fazem parte do aparelho do Estado; demais disso, não são privadas, porque são voltadas para satisfazer interesses coletivos, e não interesses privados. Assim, mais do que entre as esferas pública e privada, o Terceiro Setor está nas esferas público e privada (FREITAS, 2009).

Para além da superação estanque entre os setores público e privado, as entidades do terceiro setor demonstram que nem tudo que é público é necessariamente estatal, conforme explica Bresser- Pereira:

É pública a propriedade que é de todos e para todos. É estatal a instituição que detém o poder de legislar e tributar, é estatal a propriedade que faz parte integrante do aparelho do Estado, sendo regida pelo Direito Administrativo. É privada a propriedade que se volta para o lucro ou para o consumo dos indivíduos ou dos grupos. De acordo com essa concepção uma fundação "de Direito Privado", embora regida pelo Direito Civil, é uma instituição pública, na medida que está voltada para o interesse geral. Em princípio, todas as organizações sem fins lucrativos são ou devem ser organizações públicas não-estatais. Sem dúvida poderíamos dizer que, afinal, continuamos com as duas formas clássicas de propriedade: a pública e a privada, mas com duas importantes ressalvas: primeiro, a propriedade pública se subdivide em estatal e não-estatal, ao invés de se confundir com a estatal; e segundo, as instituições de Direito Privado voltadas para o interesse público e não para o consumo privado não são privadas mas públicas não-estatais (BRESSER PEREIRA, 1996, ps. 21-22).

Seguindo essa linha de pensamento, uma entidade é pública, na classificação de acordo com seus objetivos e não de acordo com o regime jurídico a qual está majoritariamente submetida, quando se mostra orientada para o interesse público. E é privada quando visa ao lucro (BRESSER-PEREIRA, 1998b), ou a outros interesses privados, já que "esse setor está composto por organizações sob controle e propriedade privada, mas que existem para atender a necessidades públicas ou sociais, e não para acumular riqueza privada" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 46).

No que pertine ao regime jurídico a que se submetem essas entidades, convém ressaltar que são regidas predominantemente pelo direito privado, já que não fazem parte da estrutura estatal. Todavia, em casos específicos, como nas situações em que essas entidades gerenciam recursos públicos, por exemplo, há a sua parcial derrogação por normas típicas de direito público, conforme será melhor explicado no capítulo seguinte<sup>137</sup>.

O essencial é que se reconheceu ser ideal a garantia de confluência entre público e privado, sem aderir ao movimento que defende a completa extinção do regime jurídico administrativo ou mesmo a "fuga para o direito privado"<sup>138</sup>. É importante admitir-se que a melhor saída envolve a aplicação de "múltiplas combinações de regras

---

<sup>137</sup> Maria Tereza Fonseca Dias corrobora esse entendimento, aduzindo que "o direito público e o regime jurídico-administrativo apenas deverão disciplinar as relações jurídicas da administração pública com as referidas entidades privadas nos casos em que houver o fomento às suas atividades, devendo a lei definir, portanto: o tipo de atividades consideradas, por lei, como de interesse público e passíveis de compartilhamento com essas entidades, bem como aquelas em que isso seria vedado; as políticas públicas de fomento às entidades privadas sem fins lucrativos atreladas ao planejamento das ações governamentais, num determinado período de tempo; os mecanismos de controle das atividades de interesse público desenvolvidas com recursos financeiros do Estado" (DIAS, 2008, p. 114).

<sup>138</sup> Aliás, conforme bem apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, qualquer tentativa de fuga do direito administrativo jamais seria completa: primeiro, porque os instrumentos utilizados para transferir a gestão de serviços públicos para os particulares (convênios, contratos de gestão e termos de parceria, por exemplo) são regidos pelo direito administrativo; segundo, porque o regime jurídico a que se submetem os particulares que exercem essas atividades é híbrido, recebendo influxos do direito público e do direito privado (DI PIETRO, 2011).

de direito público e de direito privado para a solução dos complexos problemas administrativos" (PESSOA, 2009, p. 38). Afinal, na opinião do autor:

Se o direito público é especialmente organizado para garantir o cumprimento de certas funções de interesse público, impondo-se restrições à autonomia do gestor público, o direito privado, combinado com limitações mais ou menos intensas, pode servir para reforçar esta mesma autonomia, onde tal se fizer necessário. Rompe-se, assim, com uma visão maniqueísta e excessivamente dicotômica entre direito público e direito privado que encerrava e circunscrevia o direito administrativo a uma camisa-de-força excessivamente rígida e burocrática onde tal, muitas vezes, não era recomendado. Admite-se, cada vez mais, a possibilidade de utilização de regulações de direito privado mescladas com cláusulas de direito público (PESSOA, 2009, ps. 38-39).

O terceiro setor vem crescendo vertiginosamente nas últimas décadas em território brasileiro<sup>139</sup>, acompanhando cenário semelhante no estrangeiro<sup>140</sup>. Esse crescimento deve-se a um conjunto de fatores, a

---

<sup>139</sup> Josenir Teixeira apresenta dados retirados de pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, que atestam o crescimento do setor no Brasil. Segundo a pesquisa, em 2002 já existiam cerca de 276.000 entidades criadas sob a forma jurídica de associações ou fundações, em um universo de 500.000 entidades sem fins lucrativos. Ainda segundo o referido trabalho, a participação do Terceiro Setor no PIB brasileiro subiu de 1,5%, em 1999, para 5%, em 2003 (TEIXEIRA, 2011).

<sup>140</sup> Osborne e Gaebler fornecem um panorama do crescimento do setor nos Estados Unidos durante o final do século passado: "Em 1982 as organizações não lucrativas empregavam 8% de toda a força de trabalho do país, e 14% de todos os trabalhadores no setor de serviços. Entre 1972 e 1982, elas representaram o setor de maior crescimento da economia, em termos de emprego. Uma pesquisa do Instituto Gallup feita em 1989 sobre atividades voluntárias revelou que aproximadamente metade de todos os norte-americanos com 14 anos de idade, ou mais, empregavam voluntariamente seu tempo de alguma forma. Isso significa 93,4 milhões de pessoas. O Setor Independente,

saber, a implementação da reforma da Administração Pública, a valorização da função estatal de fomento, a redescoberta do princípio da subsidiariedade, a crise do Estado como prestador direto de serviços públicos (ROCHA, 2006), o fortalecimento da perspectiva da democracia participativa, a crise da representação partidária e a retomada do associativismo (FALCÃO, 2004), reflexo da conscientização da sociedade sobre a sua responsabilidade para o alcance dos objetivos sociais traçados na Constituição Federal (MÂNICA, 2008)<sup>141</sup>.

É crescente, também, a atuação dessas entidades em parceria com o Estado, ofertando serviços públicos e atividades de interesse coletivo para a população<sup>142</sup>. Essa transferência da responsabilidade pela gestão e execução de atividades sociais para o terceiro setor traz vantagens, como: a pluralização da oferta dos serviços sociais, em contraposição ao modelo monopolista estatal, o que estimula a competição e, como consequência, uma maior qualidade e eficiência na prestação dos serviços; a flexibilização e a desburocratização da gestão social; uma maior responsabilização dos dirigentes da organização (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999). Todavia, para o êxito da sistemática, é essencial considerar "que o repasse dos serviços públicos não privativo do Estado para o mercado ou para o terceiro setor exige como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área da regulação e da fiscalização" (GABARDO, 2009, p. 140). Além de tudo isso, as

---

que encomendou essa pesquisa, estimou em US\$ 170 bilhões o valor monetário de tempo contribuído por essas pessoas" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 46).

<sup>141</sup> Emerson Gabardo, de outro norte, credita o crescimento desses novos entes sociais à vitória da ideologia neoliberal e não necessariamente à conjuntura sociocultural favorável que se apresentava nas últimas décadas de século passado, em que houve um movimento intenso de revalorização da democracia (GABARDO, 2009). O resultado da vitória da ideologia neoliberal, para o autor, foi "a manutenção do conteúdo privatista e voluntarista da política de assistência social, com uso clientelista dos serviços, na forma do modelo autoritário precedente" (GABARDO, 2009, p. 110).

<sup>142</sup> Mais uma vez socorremo-nos de Osborne e Gaebler para ilustrar o assunto com a realidade norte-americana: "É espantoso o número de serviços 'públicos' prestados por organizações do terceiro setor. De acordo com uma pesquisa feita pelo grupo Salamon, no instituto Urbano, há uma década as organizações não lucrativas já se responsabilizavam por 56% de todos os serviços sociais financiados pelo governo, 48% dos empregos e dos serviços de treinamento profissional e 44% dos serviços de saúde. Sua fonte de recursos mais importantes era o governo" (OSBORNE; GAEBLER, 1994, p. 47).



entidades componentes desse grupo possuem importância econômica, já que possuem relevância no emprego de mão-de-obra, na formação do voluntariado e na geração de renda mediante oferta de bens e serviços (DIAS, 2008).

Assim, é patente que as entidades do terceiro setor têm colaborado de forma relevante com o Poder Público, notadamente em países como o Brasil, em que o Estado não detém a capacidades de fornecer todos os serviços necessários para atender aos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso justifica a denominação "setor cooperativo", costumeiramente atribuída a essas entidades (CARDOSO; QUEIROZ; DOS SANTOS, 2011).

Dentre as entidades reconhecidas como integrantes do terceiro setor estão aquelas que recebem qualificações especiais do Poder Públicos, como as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Ressalta-se, todavia, que para uma pessoa jurídica ser reconhecida como integrante do terceiro setor não se faz necessário previsão legal ou o recebimento de qualificação do Poder Público (SCHOENMAKER, 2011).

Percebe-se, assim, que conceito de terceiro setor reúne um diversificado número de espécies de entidades muito diferentes entre si. Trata-se, portanto, de um conceito "guarda-chuva", que abriga um conjunto de diferentes espécies de entidades. O grande número de entidades abrangidas pelo termo e a importância que possuem para o desenvolvimento nacional contrastam com o fato de o direito brasileiro carecer de normas claras sobre a matéria, dificultando o desenvolvimento do setor. A doutrina defendeu por muito tempo a edição de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor<sup>143</sup> que tratasse sobre essas entidades de forma racional, organizada e cogente, e que

---

<sup>143</sup> Gustavo Justino de Oliveira é um dos autores que encamparam essa ideia. Na opinião do autor, essa norma, para cumprir com o seu desiderato, deveria dispor claramente pelo menos sobre os seguintes temas: "(a) sobre a necessidade de uniformização das certificações e das titulações estatais das entidades do Terceiro Setor; (b) melhor detalhamento normativo acerca da tributação do Terceiro Setor (imunidades e isenções); (c) ajustes nas formas e nos mecanismos de fiscalização e de controle das entidades do Terceiro Setor, com especial reforço da obrigatoriedade de transparência de suas atividades e na prestação de suas contas (de instrumento de governança social das entidades); (d) melhores bases normativas para a formação de parcerias entre Estado, empresas e entidades do Terceiro Setor; e (e) regulamentação das formas e instrumentos de fomento estatal para as entidades do terceiro setor" (OLIVEIRA, 2011, p. 213).

sistematizasse as normas relacionadas ao assunto, que estão espalhadas por diferentes instrumentos normativos. Recentemente, houve a edição da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, criada com a pretensão de ocupar essa lacuna no Direito brasileiro. Ainda é cedo para se fazer uma avaliação sobre os reflexos da nova legislação sobre o setor. Porém, a simples iniciativa de edição da legislação merece registro e se revela promissora.

As parcerias do Estado com as Organizações Sociais sobressaem nesse contexto histórico e jurídico. Essas entidades constituem o objeto da abordagem desenvolvida no próximo capítulo.

## 4 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O capítulo anterior estabeleceu balizas teóricas sobre institutos jurídicos relacionados às Organizações Sociais e as parcerias que celebram com o Estado. Foram expostos entendimentos sobre o conceito de serviços públicos, a atuação subsidiária do Estado, os fundamentos e os instrumentos da atuação indireta do Estado e o chamado terceiro setor.

Esse capítulo tem como objetivo apresentar a figura jurídica das Organizações Sociais e as parcerias que celebram com o Estado. Essas entidades serão conceituadas e as suas principais características detalhadamente discutidas. Serão destacadas, ainda, as espécies de parcerias que celebram com o Poder Público e as principais características do contrato de gestão, instrumento por meio do qual são formalizadas. Serão abordados, ainda, os pontos mais relevantes da Lei nº 9.637/1998, que regula a matéria em âmbito federal, e assuntos controversos relacionados a essas entidades.

### 4.1 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

A figura jurídica das Organizações Sociais surgiu no seio da reforma aplicada à Administração Pública federal brasileira na segunda metade nos anos 90. Foi inicialmente prevista no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que propôs que essas instituições seriam a alternativa para o incremento da eficiência no oferecimento à população dos serviços públicos não exclusivos do Estado, identificados em grande medida com os serviços sociais<sup>144</sup>. Após ser incluído no ordenamento por meio de Medida Provisória, restou positivado por meio da Lei Federal nº 9.637/1998.

---

<sup>144</sup> A estratégia de transição para uma Administração Pública gerencial prevê, ainda na dimensão institucional-legal, a elaboração, que já está adiantada, de projeto de lei que permita a “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de “organizações sociais”. O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal (BRASIL, Presidência da República, 1995).

A intenção, naquele primeiro momento, era que o Estado se desincumbisse da obrigação de executar diretamente determinadas atividades, inclusive os serviços sociais, sem, todavia, deixar de estar dotado do poder de assegurar que tais atividades fossem satisfatoriamente oferecidas à população. Na opinião de Luís Carlos Cancellier de Olivo,

[...] as Organizações Sociais constituem, por um lado, uma instrumentalização de instituições particulares sem fins lucrativos para exercerem atividades públicas e, por outro lado, uma forma de envolver a sociedade civil nos rumos do Estado. (OLIVO, 2005, p. 21)

Com esse espírito, a Lei nº 9.637/1998 instituiu, para muitos paradoxalmente (BANDEIRA DE MELLO, 2010a), o Programa Nacional de Publicização, que estabeleceria as diretrizes e critérios para a qualificação de Organizações Sociais e a absorção por parte dessas de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União. A própria Lei federal das Organizações Sociais promoveu a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e a Fundação Roquette Pinto, cujas atividades seriam oportunamente absorvidas por Organizações Sociais.

O termo publicização, que passou a ser utilizado para identificar a transferência de atividades estatais para as Organizações Sociais, parece ter sido cunhado com o objetivo de contrapor ao termo privatização, expressão demonizada por muitos juristas, mesmo que sempre tenha havido certa dúvida e confusão sobre o seu real significado, conforme explicado no capítulo anterior. Na prática, o uso pretende deixar claro que as atividades "publicizadas" estariam sendo transferidas para entidades públicas, se avaliadas por um critério funcional, ainda que não estatais.

A todas as luzes, essa denominação parece um tanto quanto imprecisa, principalmente porque direcionada à transferência para Organizações Sociais de atividades que eram desenvolvidas diretamente pelo Estado (públicas, portanto). Assim, ao menos no que se refere à transferência para essas entidades da gestão de atividades desenvolvidas por órgãos e/ou instituições preexistentes, a utilização do termo parece

ser impertinente, pois não parece possível tornar público o que já o era<sup>145</sup>.

Inicialmente, conforme infere-se da leitura do Plano Diretor, a intenção era a transformação de todos as instituições e órgãos públicos prestadores de serviços não-exclusivos em Organizações Sociais. Depois, com o aumento e o aprimoramento dos estudos sobre o modelo, concluiu-se que uma mudança assim radical não traria os resultados positivos esperados, motivo pelo qual a utilização do modelo, na prática, foi bem mais tímida e gradual. Em âmbito federal, a utilização do modelo iniciou em 1998, logo após a promulgação da legislação de regência. A qualificação de entidades como Organizações Sociais e a assinatura de contratos de gestão foi crescente até 2002. Todavia, após a alteração no comando do governo federal, a celebração de novas parcerias cessou nesse nível da Administração Pública, muito embora a grande maioria das parcerias com Organizações Sociais já estabelecidas tenham sido mantidas.

A proposta de positivação do modelo de parceria com as Organizações Sociais, todavia, não foi caracterizada pelo ineditismo. Por um lado, porque, na verdade, o Estado brasileiro já celebrava parcerias com instituições sem fins lucrativos, pertencentes ao Terceiro Setor, inclusive relacionadas à prestação de serviços públicos sociais à população. É bem verdade que o ordenamento jurídico brasileiro carecia de um conjunto sistematizado de normas que regulasse essas parcerias, que geralmente ocorriam por meio da assinatura de convênios. Todavia, na prática, essas existiam. Por outro lado, diz-se que não houve ineditismo porque o modelo das Organizações Sociais brasileiro foi grandemente inspirado em sistemáticas adotadas em outros países<sup>146</sup>. De

---

<sup>145</sup> Segundo Emerson Gabardo, a instituição do Programa de Publicização não significa somente uma alteração formal-institucional da Administração Pública. Muito mais do que isso, representa uma mudança da cultura, do entendimento que se tem sobre a prestação dos ditos serviços sociais no Brasil. Para o autor, a iniciativa é o marcado da colocação em xeque do que se refere de "administração unilateral", termo que designa a antiga noção de Administração Pública como a única responsável por prover diretamente as necessidades da população (GABARDO, 2009).

<sup>146</sup> Conforme detalhado no capítulo anterior, as noções de Estado e de Administração Pública alteraram-se sobremaneira durante o último século, notadamente nas duas últimas décadas. Colocou-se em xeque, dentre outros aspectos, o tamanho do Estado moderno e a sua obrigação de, por intermédio do seu braço executivo, que atua por meio da Administração Pública, atender diretamente às demandas da população por meio de atividades prestacionais.

um jeito ou de outro, fato é que "o Estado ganhou [...] [mais um] instrumento de atuação em setores de interesse público em parceria com entidades privadas" (PEREIRA JUNIOR, 1999, p. 46).

As Organizações Sociais parecem ter sido em larga medida inspiradas pelas mencionadas *QUANGOs* britânicas. Essas entidades atuam, no Reino Unido, no campo dos serviços sociais, em particular em educação e saúde (todas as universidades e hospitais públicos são geridos por *QUANGOs*), com recursos assegurados pelo Estado. As entidades são submetidas a uma relação contratual com Estado e a certas exigências a respeito da conformação de seus órgãos deliberativos (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999), exatamente como as Organizações Sociais brasileiras. É conveniente rememorar que a reforma administrativa brasileira, que intentava incluir soluções gerenciais na gestão pública nacional, foi influenciada pelo gerencialismo do Reino Unido.

Em solo brasileiro, pode-se dizer que o primeiro embrião do modelo das Organizações Sociais deu-se por meio da instituição do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, "pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público", conforme previsto na Lei Federal nº 8.246/1991. A Lei autorizou, ainda, a extinção da Fundação das Pioneiras Sociais, cujas atividades passariam a ser desenvolvidas pelo Serviço Social Autônomo, nos termos do disposto contrato de gestão a ser firmado entre as partes.

A legislação previa, ainda, que as atividades desenvolvidas pelo Serviço Social Autônomo seriam supervisionadas pelo Ministério da Saúde. Do mesmo modo, assinalava que a entidade desenvolveria uma manual de compras e contratações e indicava como deveria ser composto seu Conselho de Administração.

Bem se vê que a construção do regime jurídico das Organizações Sociais, ao menos em âmbito federal, partiu da Lei que autorizou a instituição do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras

---

Esse modelo tradicional necessitava ser revisto: primeiro, porque não era mais viável economicamente; segundo, porque já não mais servia para os fins pretendidos, dado os reconhecidos déficits de eficiência na prestação de serviços diretamente pelo Estado. Equacionar essas questões foram o mote das reformas administrativas realizadas em vários países do mundo no período.

Sociais. Pode-se dizer que se tratou de um aperfeiçoamento desta "experiência teste", o que levou a Lei das Organizações Sociais a inovar em alguns aspectos e a aperfeiçoar em outros, conforme se verá mais a frente.

#### 4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Nesse seção, procurar-se-á apresentar uma definição de Organização Social, apontando e discutindo as principais características dessas entidades. Segundo Marçal Justen Filho,

Organização social é uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para execução de determinadas atividades de interesse coletivo (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 296).

A primeira grande característica das Organizações Sociais é que estas não configuram uma nova espécie de pessoa jurídica. Trata-se, na verdade, de uma qualificação (certificação ou titulação) conferida pelo Poder Público a entidades preexistentes que preencham determinados requisitos previstos em Lei. A qualificação é o meio pelo qual o Estado formalmente reconhece que determinada entidade está apta para atuar em parceria consigo, por meio da celebração de contrato de gestão.

Essa qualificação é sempre provisória, devendo a instituição manter o cumprimento dos requisitos para permanecer ostentando o título. Organização Social, portanto, não é uma qualidade inata de determinada pessoa jurídica, mas sim uma qualidade adquirida, "resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público, facultativo e eventual" (MODESTO, 1998, p. 61). Assim, pode-se dizer que a "denominação organização social é um enunciado elíptico", já que se refere às "entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social" (MODESTO, 2001b, p.6).

Em quaisquer circunstâncias, a qualificação é um instrumento de fomento social, já que envolve uma oferta de benefícios por parte do Estado às entidades sem fins lucrativos que atuarem em determinado segmento de interesse coletivo. Como é do interesse da Administração

que haja mais oferta de serviços de interesse coletivo, o Estado cria o ambiente para incentivar a pluralização de entidades com esses fins, exigindo, todavia, que elas cumpram os requisitos previstos em Lei.

No mais, ainda que à época da positivação do modelo o mesmo tenha sido considerado uma "novidade alvissareira" (SZKLAROWSKY, 1999, p. 189), a conferência de qualificações a entidades sem fins lucrativos a título de fomento social não foi inaugurada no último movimento de reforma administrativa pelo qual atravessou o País. Trata-se de uma prática muito mais antiga, que se iniciou ao menos com a edição da Lei nº 91/1935, que abria a possibilidade da declaração de utilidade pública para as "sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à colectividade". Tanto é que as novas espécies de qualificações criadas no bojo da reforma administrativa, tais como o de Organização Social e o de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, são consideradas uma resposta à chamada crise do título de utilidade pública (MODESTO, 1998).

A segunda característica fundamental das Organizações Sociais é a de que, apesar de não integrarem a Administração Pública - e, portanto, submeterem-se, a priori, ao regime jurídico de direito privado - ao estabelecerem parceria com aquela, recebem parcial influência do regime jurídico de Direito Público. O grau de incidência das normas de Direito Público sobre as Organizações Sociais varia de acordo com a espécie de parceria firmada com a Administração Pública. Porém, em todos os casos, o regime jurídico é especial, conforme indicado por Marçal Justen Filho, ou híbrido, como se prefere chamar. Essas questões serão tratadas com maior vagar mais adiante.

A terceira característica é a de que essas entidades não devem possuir orientação lucrativa. Esse aspecto, combinado com a quarta característica fundamental, a de que devem atuar em segmentos de interesse coletivo (no caso das Organizações Sociais federais, nos temas ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), leva a conclusão de que essas entidades pertencem ao chamado Terceiro Setor<sup>147</sup>. Sobre as

---

<sup>147</sup> Mesmo que aparentemente essa seja uma questão de fácil resolução, que essa seja a conclusão natural sobre o tema, essa opinião não é pacífica na doutrina. Existe um grupo de autores que defende que as Organizações Sociais integram a Administração Indireta. Eduardo Szazi, por exemplo, advoga que, como as Organizações Sociais, ao seu olhar, seriam originárias da "transformação" de fundações públicas, não poderiam ser consideradas



Organizações Sociais consideradas como entidades pertencentes ao terceiro setor, aduz Di Pietro:

Os teóricos da Reforma do Estado incluem as Organizações sociais no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades das sociedades civil que exercem atividades de interesse público e não lucrativas. O terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, o Estado tem interesse em fazer parceria com as mesmas, dentro da atividade de fomento; para essa parceria, as entidades têm que atender a determinados requisitos impostos por lei e que variam de um caso para o outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública ou o certificado de fins filantrópicos (hoje denominado de certificado da entidade beneficente de assistência social). (DI PIETRO, 2012b, p. 258)

Por fim, a última característica fundamental das Organizações Sociais, é a de que essas atuam em parceria com o Estado, colaborando para o alcance de fins públicos. Essa parceria ocorre por meio da celebração de contrato de gestão. Assim, a pura e simples qualificação de entidade como Organização Social não gera qualquer consequência para a coletividade, que surge somente quando celebrado o contrato de

---

entidades do terceiro setor (SZAZI, 2006,). Posicionamento semelhante é o de Carlos Valder do Nascimento, para quem essas entidades não passariam de entes personalizados criados para colaborar com o Estado, integrando a Administração Indireta (NASCIMENTO, 2009). Todavia, essa não parece ser o entendimento mais acertado. Em sentido oposto, concorda-se com Gustavo Justino de Oliveira, quando ensina que as Organizações Sociais não podem ser consideradas como parte integrante da estrutura da Administração Pública, já que o seu vínculo com esta última não é orgânico, mas sim meramente colaborativo (OLIVEIRA, 2008a). Ademais, conforme bem apontado por Sérgio Ferreira, o fato de as Organizações Sociais terem participação do Poder Público em seu capital ou administração não implica que passem a constituir a Administração Pública (FERREIRA, 1999).

gestão. Como se disse, a qualificação é o meio pelo qual a Administração identifica as entidades que reúnem as condições para potencialmente atuarem em parceria com o Estado, esta que é formalizada mediante a assinatura do contrato de gestão. É o que se analisa no tópico seguinte.

### 4.3 PARCERIAS ENTRE O ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Conforme sobredito, a razão da qualificação jurídica como Organização Social é, mais que o desejo, uma necessidade do Estado de atuar em parceria com os particulares para satisfazer os interesses públicos. A conferência de qualificações de Organização Social só se justifica se o Estado tiver a intenção de firmar parcerias com essas entidades. Se não existir tal pretensão, essas qualificações são inúteis.

As parcerias costumam ser vantajosas tanto para o Estado quanto para a entidade parceira. Além de, em muitos casos, os contratos de gestão terem proporcionado notáveis ganhos de eficiência no oferecimento de serviços à população, conforme se verá no capítulo seguinte, o modelo proporciona ainda economia financeira para a Administração.

É que, mesmo que o Estado permaneça custeando as atividades transferidas para as Organizações Sociais, as primeiras tornam-se, invariavelmente, menos dispendiosas a cargo dessas entidades. Além da economia decorrente do regime jurídico híbrido, em que são suprimidas exigências legais que geram custos para o Estado, há ainda economias específicas, como a dos gastos previdenciários dos profissionais contratados pelas Organizações Sociais, já que estes são contratados pelo modelo celetista.

Ademais, o modelo de parceria com as Organizações Sociais possibilitou ao Estado "exercer maior controle sobre as entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de fins assistenciais, mas que não ficam submetidas a qualquer controle de resultados" (MEIRELLES, 2010, p. 421). Assim, ainda que já fosse comum a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos mediante convênio, a possibilidade de estabelecimento de contratos de gestão com Organizações Sociais representou ampliação do controle (*Accountability*) do Estado sobre essas entidades, que passou a incluir o alcance dos resultados planejados, conforme é típico na administração gerencial.

As parcerias também costumam ser interessantes para as Organizações Sociais. Além das benesses de que passam a ter direito a título de fomento público, o relacionamento mais próximo com o Estado muitas vezes gera benefícios indiretos à entidade. Paulo Seixas, versando especificamente sobre as Organizações Sociais da Saúde qualificadas no Estado de São Paulo, relata que modelo

[...] tem gerado para as instituições diferentes oportunidades de crescimento institucional, além do simples estabelecimento de uma relação estável de compra e venda de serviços de forma eficaz. Para algumas instituições, este ganho fazia parte explicitamente do projeto original de parceria. Para outras, é possível que este ganho tenha sido decorrente do aprendizado desenvolvido através da parceria (SEIXAS, 2003. ps. 156-157).

Assim, a experiência adquirida na atuação em parceria com o Estado muitas vezes tem como consequência um incremento na qualidade dos serviços sociais próprios da entidade. Tal fato, portanto, tem o potencial de gerar benefício em dobro para a coletividade.

#### **4.3.1 Espécies de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais**

Com base na legislação e na produção doutrinária sobre a temática das Organizações Sociais, considera-se pertinente distinguir duas espécies de parcerias que podem ser celebradas entre o Estado e aquelas entidades. Esse entendimento subjaz à elaboração da classificação apresentada a seguir.

Conforme assinalado anteriormente, o objetivo da criação do modelo de gestão em parceria com Organizações Sociais foi identificar pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que reunissem condições de atuar em parceria com o Estado na oferta de serviços sociais à população. Tinha-se em mente proporcionar um incremento da eficiência na gestão desses serviços.

Examinando a legislação de regência - tomar-se como base para estudo a legislação federal, mas as considerações aplicam-se à maioria dos modelos estaduais/municipais -, percebe-se existir margem para a celebração de duas espécies de parcerias entre as Organizações Sociais e o Poder Público:

(i) A primeira espécie de parceria dá-se nos casos em que o Estado já possui estrutura prestadora de determinado serviço social, mas esta funciona de forma ineficiente, ou, ao menos, tem o potencial de ser desempenhada tão ou mais eficientemente com a parcial desoneração do Estado. Assim, como forma de combater a ineficiência, o Estado estabelece parceria com Organização Social, transferindo-lhe parcialmente a responsabilidade pela gestão de tais serviços. Nesses casos, a entidade assume um serviço que anteriormente já era praticado pelo Estado, atuando, portanto, em substituição a este na gestão desses serviços.

(ii) A segunda forma de parceria entre Estado e Organizações Sociais não envolve uma estrutura estatal preexistente prestadora de determinado serviço social. Ao contrário, o Estado opta por incentivar com a transferência de recursos e outros benefícios atividade já previamente executada pela Organização Social, possibilitando o seu incremento e aperfeiçoamento. Trata-se, portanto, de um incentivo à atuação complementar da Organização Social em relação ao Estado<sup>148</sup>.

Assim, advoga-se a tese de que o modelo de parceria com as Organizações Sociais não se presta somente à transferência da gestão operacional de serviços públicos de saúde para particulares. Serve, também, para o Estado apoiar e incentivar atividades já oferecidas à população por particulares, as quais, com o suporte estatal, podem ser aperfeiçoadas. Esse entendimento encontra amparo na doutrina de Silvio Luís da Rocha:

---

<sup>148</sup> Leonardo Romano Soares possui entendimento semelhante. Na opinião do autor, as parcerias entre Estado e Organizações sociais podem ocorrer por duas formas: a) fomentar, com recursos públicos, atividade já desenvolvida pelo ente particular; b) transferir ao particular serviço até então desenvolvido pelo Poder Público, incentivando a atividade. No primeiro caso, o ente público identifica uma atividade exercida pelo particular como de interesse público. Qualificada como organização social, tal associação/fundação pode firmar contrato de gestão através do qual passa a receber recursos para intensificar, ampliar e levar avante sua missão. No segundo caso, uma associação/fundação encampa serviço antes prestado pelo Estado (SOARES, 2013). "No primeiro caso, inegável a substituição do Estado pelo particular, embora a atividade não deixe de ser pública, principalmente na área da saúde, onde a inserção do ente no SUS garante isso com mais vigor. No segundo caso, a atividade é e não deixou de ser particular. Passa a ser fomentada pelo ente público, porque reconhecida a sua relevância pública" (SOARES, 2013, p. 101).

As Organizações Sociais não se prestam, tão-somente, a absorver competências, patrimônio e servidores de entes públicos extintos; elas podem, também, exercer atividades socialmente relevantes, não de competência exclusiva do Poder Público, mas incentivada por ele mediante o repasse dos recursos previstos no contrato de gestão (ROCHA, 2006, p. 102).

Em ambos os casos, conforme já ressaltado, a parceria firmada com o Poder Público resulta em que sobre a Organização Social, mesmo sendo esta uma instituição de direito privado, passem a incidir parcialmente normas de direito público. O fato de a entidade receber recursos materiais e humanos do Poder Público para desempenhar atividades de interesse coletivo necessariamente traz o influxo parcial do regime jurídico administrativo sobre suas atividades. Aliás, não chega a ser uma novidade a incidência de normas de direito público sobre pessoas jurídicas de direito privado. Afinal, conforme lição de Carlos Ari Sundfeld,

O direito público não é o direito do Estado, aplicável exclusivamente às relações das quais participem as entidades governamentais. Também o direito privado não é o conjunto de normas incidentes apenas e sempre nos vínculos travados entre particulares. O público é o direito das atividades estatais, enquanto o privado é o direito das atividades dos particulares (SUNDFELD, 2014, p. 76).

A sistemática proposta parece encontrar eco na recentíssima Lei Federal nº 13.019/2014, conhecida como o marco regulatório das organizações da sociedade civil, que divide as formas de parcerias entre o Estado e essas entidades entre as de colaboração e as de fomento. Assim, por mais que a legislação disponha expressamente não ser aplicável aos contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais<sup>149</sup>, seu conteúdo indica que a divisão ora proposta é a tendência a ser seguida também para as parcerias firmadas com essas entidades.

---

<sup>149</sup> Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: [...] III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998.

Assinale-se que essa proposta de duplicidade de sistemáticas de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais não constitui mera classificação acadêmica, sem utilidade prática. Bem ao contrário, a definição da modalidade da parceria possui reflexos diretos em questões fundamentais relacionadas à prestação do serviço, conforme se destaca adiante.

A seguir, detalham-se as peculiaridades jurídicas dessas duas espécies de parceria.

#### 4.3.1.1 Atuação substitutiva da Organização Social via descentralização por colaboração

A primeira espécie de parceria do Estado com Organizações Sociais dá-se pela parcial transferência para a entidade da gestão de um serviço público social previamente gerido pelo Estado. Na prática, isso pode ocorrer de duas maneiras: (i) Na primeira, que é a recomendada, o Estado somente transfere a gestão de órgão ou entidade pública prestadora de determinado serviço social. O órgão ou entidade continuam existindo e atrelados à Administração Pública, mantendo o seu caráter público. Nesse caso, somente a gestão daquele órgão ou entidade é transferida para a Organização Social<sup>150</sup>. (ii) Na segunda e menos recomendada hipótese, há a extinção de determinado órgão ou entidade pública prestadora de serviços sociais, sendo que a Organização Social assume os serviços que eram prestados pelo que foi extinto. Muitas vezes, há a transferência da estrutura e do pessoal da entidade desaparecida para a Organização Social signatária do contrato de gestão.

A Lei nº 9.637/1998, por meio do artigo 21 e seguintes, expressamente permitiu a extinção das entidades prestadoras das atividades transferidas às Organizações Sociais, o que estaria inserido no "programa de publicização", previsto na Lei. Inclusive, conforme já ressaltado, promoveu a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto, entidades públicas cujas atividades foram pioneiramente absorvidas por Organizações Sociais<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cancellier de Olivo destaca que a assunção da gestão operacional de um serviço público social por parte de Organização Social não implica necessariamente na extinção de um órgão ou entidade pública (OLIVO, 2005, p. 19).

<sup>151</sup> Nesses casos, deve-se atentar, ainda, que a "absorção de atividades de entidades públicas extintas não se converta numa espécie de privatização sem as

Muito embora haja o expreso permissivo legal, a solução extintiva não parece ser a mais adequada para a promoção da descentralização, uma vez que, nesses casos, se ocorrer a eventual desqualificação da Organização Social ou o não prolongamento do contrato de gestão, certamente surgirão dificuldades adicionais à Administração Pública para garantir a continuidade na prestação dos serviços<sup>152</sup>.

Assinala-se, entretanto, que a dita transferência da gestão para a Organização Social dos serviços públicos por meio do contrato de gestão não é integral. Aliás, nem poderia ser, pois isso esvaziaria o sentido da "parceria", que pressupõe a atuação conjunta em prol de um objetivo em comum.

Já foi explicado que há três níveis de gestão dos serviços públicos: a gestão estratégica, que diz respeito ao planejamento da atividade, a gestão operacional, que se refere a solução de assuntos do dia-a-dia, e a execução material do serviço. Disso, fica claro que, nas hipóteses em que o Estado, por meio do contrato de gestão, compartilha a gestão de determinado órgão ou serviço público com uma Organização Social, transfere-lhe somente a responsabilidade pela gestão operacional e a execução material daqueles serviços, mantendo consigo a responsabilidade pela sua gestão estratégica. Esta continua sendo executada por meio da própria formulação do contrato de gestão, que abrange a estipulação das metas que devem ser alcançadas pela Organização Social e, ainda, a fiscalização da entidade na execução do mesmo. Nesses casos, por conseguinte, a gestão desses serviços públicos passa a ser exercida de forma compartilhada entre Estado e Organização Social<sup>153</sup>.

---

cautelas obrigatórias, ou seja, numa espécie de 'publicização' destinada, devendo a mesma ser entendida tão-só como ênfase do caráter predominantemente publicista do regime destas pessoas componentes do terceiro setor" (FREITAS, 1998, p. 106).

<sup>152</sup> Sérgio de Andréa Ferreira chama a atenção para o fato de a Lei das Organizações Sociais não ter regulado o destino da titularidade da função, nos casos de desqualificação da Organização Social firmatária de contrato de gestão. Além disso, ainda que tenha sido disciplinado a possibilidade de Organização Social deixar de executar o serviço pela caducidade da sua qualificação, não existe previsão de resgate por encampação, em razão de interesse público relevante e comprovado (FERREIRA, 1999, p. 116).

<sup>153</sup> "Na tentativa de se encontrar solução para a melhoria da prestação de serviços públicos sociais, surge como alternativa o modelo de gestão compartilhada. Gestão compartilhada é uma forma de associação entre o poder público e particulares para a prestação de serviços de natureza social. Esse

Uma peculiaridade dos serviços sociais, conforme já apontado, é que a Constituição Federal não reservou ao Estado a sua titularidade e tampouco a responsabilidade pelo seu oferecimento à sociedade. Tendo em vista a relevância social e a essencialidade daquelas atividades, optou-se não somente por inserir no texto constitucional a obrigação do Estado de garanti-los à população, mas também o permissivo para que os particulares igualmente possam exercer tais atividades. Daí a nomenclatura utilizada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que se refere a tais serviços como "não exclusivos" do Estado.

De acordo com o conceito de serviço público apresentado no capítulo anterior, considera-se os serviços sociais como públicos somente quando forem oferecidos pelo Estado, ainda que indiretamente. Nas hipóteses em que o particular exercer tais atividades por conta própria, as mesmas perdem o caráter de serviço público e passam a ser consideradas como serviços de relevância pública.

Seguindo nessa linha de pensamento, infere-se que a transferência da gestão das estruturas fornecedoras de serviços sociais, de modo semelhante a uma delegação de serviços públicos, não retira o caráter público daquelas atividades. Os serviços, nesses casos continuam sendo públicos, ainda que parcialmente geridos por pessoa jurídica de direito privado. Permanecem, portanto, sujeitos aos princípios norteadores da prestação desses serviços, previstos no § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995.

Uma vez assentado o entendimento de que as atividades realizadas pelas Organizações Sociais atuando em substituição ao Estado configuram serviços públicos, resta definir a natureza jurídica da parcial transferência da gestão desses serviços sociais para aquelas entidades.

A Constituição Federal dispõe que os serviços públicos são delegáveis à iniciativa privada via concessão ou permissão. A questão é que as Organizações Sociais não exercem as atividades que lhe foram transferidas pelo Estado no clássico regime de concessão ou permissão

---

modelo visa introduzir no gerenciamento da execução dos serviços princípios gerenciais típicos da iniciativa privada, escapando, assim, do modelo de gestão tradicional, burocrático e centralizado [...] O que se pretende com o novo modelo é uma associação entre o poder público e entidades privadas sem fins lucrativos, na qual, a responsabilidade de financiamento dos serviços e a propriedade permaneçam públicas, a execução dos serviços fique a cargo das entidades privadas e a gestão dos serviços entre o público e o privado" (ALVES, 2000, ps. 161-162).



de serviços públicos. Além do mais, o instituto da delegação não se compatibiliza perfeitamente com os serviços sociais, já que a sua prestação é livre para os particulares interessados, prescindindo, pois, de delegação para a sua execução. Qual seria, então, a natureza jurídica da transferência dessas atividades para as Organizações Sociais?

Uma primeira questão digna de realce é que o artigo 175 da Constituição Federal não se refere aos serviços públicos sociais, mas sim àqueles de natureza comercial e industrial. Sobre o assunto, colhe-se o excerto do escólio de Almiro do Couto e Silva:

O art. 175 está inserido em capítulo da Constituição que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Não há dúvida, portanto, que os serviços públicos delegáveis mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, são aqueles de natureza comercial e industrial (COUTO E SILVA, 2004, p. 221).

Sendo assim, parece estar claro que a transferência das atividades para as Organizações Sociais não constitui delegação, ao menos na forma típica constitucionalmente prevista. De fato, não há a delegação da titularidade de serviço público que nunca foi exclusiva do Estado. Todavia, com supedâneo na obra de Alexandre Santos Aragão, entende-se que essa transferência constitui uma espécie de delegação, ainda que atípica<sup>154</sup>. E a atipicidade refere-se a que não é delegado "o exercício de uma atividade que, sem esse trespasses, seria defesa à iniciativa privada, mas sim o exercício com o apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio" (ARAGÃO, 2013, p. 708) pelo particular. Segundo o autor, essa delegação imprópria posiciona as Organizações Sociais em uma zona intermediária entre as empresas delegatárias do serviço público e a Administração Indireta.

Nesse cenário, crê-se que essa delegação imprópria identifica-se perfeitamente com o conceito de descentralização por colaboração, conclusão essa, aliás, que o próprio autor alcança em sua obra (ARAGÃO, 2013). Segundo Maria Sylvia Di Pietro,

---

<sup>154</sup> Marçal Justen Filho corrobora esse entendimento, quando afirma que o contrato de gestão pode gerar uma delegação de serviço público, entendida em sentido amplo. Todavia, o autor esclarece que a entidade não fica assemelhada a uma concessionária de serviço público, que tem o lucro como objetivo. "A Organização Social não visa ao lucro, ainda que possa obtê-lo como decorrência de sua eficiência" (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 298).

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço (DI PIETRO, 2012a, p. 48).

A definição de descentralização por colaboração ofertada por Di Pietro, parece vestir como uma luva à hipótese de transferência de serviços sociais titularizados pelo Estado para as Organizações Sociais, por meio da firmatura de contrato de gestão. Nesse caso, a descentralização por colaboração, equivale, repita-se, equivale à delegação imprópria mencionada por Aragão<sup>155</sup>.

Assim, em resumo, quando a Organização Social atua em substituição ao Estado, oferece serviços públicos à população, em um regime de delegação atípica, equivalente à descentralização por colaboração<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Na opinião de Queiroz e dos Santos, a descentralização por colaboração faz parte da política de fomento do Estado, já que pode envolver o repasse de recursos orçamentários e bens públicos para as organizações Sociais, se elas necessitarem dos recursos (QUEIROZ; DOS SANTOS, 2011). Crê-se que o exercício da função de fomento não prepondera nesses casos, dado que os recursos transferidos pelo Estado são para custear o desenvolvimento das atividades repassadas às entidades, e não para as entidades aplicarem em suas atividades próprias.

<sup>156</sup> Esse posicionamento não é unânime na doutrina. Tarso Cabral Violin, por exemplo, acredita que nos casos em que há extinção de entidade estatal e transferência da responsabilidade pela execução das suas atividades para entidade privada por meio de contrato de gestão, o Estado estaria abstendo-se de executar diretamente uma atividade que lhe é própria. Na opinião do autor, isso configuraria hipótese de privatização, dado que todo acordo de vontades firmado pelo Poder Público com terceiros, com o objetivo de lhe transferir a responsabilidade pela execução de atividade pública, configuraria terceirização, não sendo diferente nos contratos de gestão (VIOLIN, 2010). Esse não parece o entendimento mais adequado, dado que, conforme já explicado, dado que não se compatibiliza com os conceitos de privatização e terceirização adotados nesse trabalho;

#### 4.3.1.2 Atuação complementar da Organização Social via fomento público

A segunda espécie de parcerias entre Estado e Organizações Sociais dá-se por meio do exercício da função estatal de fomento. Essa hipótese não envolve a transferência da gestão de estruturas do Estado para a Organização Social. Bem ao contrário, o Estado identifica determinado serviço realizado pela Organização Social e, por reconhecer a sua relevância, passa a incentivá-lo, mediante a transferência de recursos materiais e humanos por meio da celebração de contrato de gestão. Afinal,

O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos (MODESTO, 2011, p. 35).

Parece ser a essa espécie de parceria que Marçal Justen Filho se refere ao mencionar as espécies de atividades que podem ser objeto de contrato de gestão celebrado entre Organização Social e o Estado:

A destinação dos contratos de gestão, portanto, relaciona-se como aquelas atividades que comportam, por previsão constitucional, dois regimes jurídicos e não excludentes entre si. Em alguns casos, a Constituição prevê que será aplicado o regime de direito público quando a atividade for desenvolvida pelo Estado. E o regime será de direito privado quando um particular a elas se dedicar. O contrato de gestão versa sobre essa categoria específica de atividade. Um particular poderia desenvolver essas atividades sem qualquer vínculo com o Estado. O modelo da organização social visa a incentivar esse tipo de atuação e a fornecer apoio estatal para ele. A peculiaridade

reside em que o particular, por meio de contrato de gestão, atuará em nome próprio, sob regime de direito privado, mas receberá apoio estatal. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 298)

Nesses casos, a sistemática adotada pelo Estado com o estabelecimento do contrato de gestão é parecida com a que já se realizava via convênio, com supedâneo no Decreto-Lei nº 200/1967. A vantagem da utilização do contrato de gestão é que o mesmo possibilita maior estabilidade do que o convênio, que é precário, e também eleva os instrumentos de controle de que dispõe a Administração Pública. Além disso, há o fato de que a entidade qualificada como Organização Social, signatária do contrato de gestão, deve preencher os requisitos impostos pelo legislador para atuar em parceria com o Estado, o que, ao menos em tese, proporciona maior segurança à celebração da avença e à garantia da qualidade dos serviços prestados.

Trata-se, portanto, conforme assinalado anteriormente, de hipótese de exercício da atividade estatal de fomento. Mediante fomento, nesse caso social, conforme já ressaltado, o Estado não exerce atividade de interesse público diretamente. Na verdade, oferece benefícios para incentivar particulares a executar tais atividade, induzindo o seu comportamento. Nessa situação, não há falar em delegação, dado que não há transferência de atividades estatais para as entidades (REGULES, 2013). Também não há falar em descentralização por colaboração, já que

[...] é essencial ao conceito de descentralização a ideia de transferência da gestão de serviço público ou de outra atividade própria do Estado, o que não ocorre na atividade de fomento à atividade privada, ainda que seja de interesse público (DI PIETRO, 2012b, p. 49).

Nesse talante, nos termos do já exposto, os serviços sociais, quando não realizados pelo Estado, direta ou indiretamente, não configuram serviços públicos. Assim, as atividades realizadas por Organizações Sociais no âmbito de contrato de gestão, quando não tiverem sido delegadas pelo Estado, não configuram serviços públicos,

mas sim serviços de relevância pública<sup>157</sup>, incentivados pelo Estado no exercício da função de fomento<sup>158</sup>.

#### 4.4 CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão é o instrumento jurídico pelo qual se efetivam as parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais. É o contrato de gestão que regula essa parceria, estabelecendo as condições do seu desenvolvimento. Como o mote do modelo de parceria com as Organizações Sociais é a busca pela eficiência, o contrato de gestão prevê metas de produtividade a serem alcançadas pela entidade contratada, como contrapartida ao recebimento do apoio estatal. O não alcance das metas acarreta na diminuição do montante mensal repassado pelo Estado para a entidade. Assim, a assinatura do contrato de gestão possui efeito vinculante tanto para os entes públicos quanto para as Organizações Sociais, ambas as partes passando a ser titulares de direitos e obrigações perante a outra parte e com aqueles aos quais se destinam os seus atos (população) (PEREIRA JUNIOR, 1999). Segundo Soares, trata-se de

---

<sup>157</sup> Marcia Pelegrini corrobora esse entendimento, quando aduz que as atividades desempenhadas pelas entidades sem fins lucrativos parceiras do Estado não configuram serviços públicos, tampouco atividade econômica. Tratam-se de atividades de relevância pública, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal (PELEGRINI, 2007).

<sup>158</sup> Maria Sylvia Di Pietro parece corroborar esse entendimento, quando afirma que as Organizações Sociais exercem atividade privada, incentivada pelo Poder Público, exceto quando atuam em substituição do Estado, hipótese em que exercerão serviços públicos delegados pelo poder público (DI PIETRO, 2012, p. 274). Almiro do Couto e Silva possui entendimento semelhante: Segundo Almiro do Couto e Silva, "[...] seria inaceitável falar-se em exercício de função pública por particulares sem existir qualquer ato jurídico de direito público, mesmo implícito, que importe delegação do desempenho daquela função, o que equivale a dizer que a atividade privada, por mais relevante ou útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza, por si só, via de regra, serviço público. Por certo, há tipos ou espécies de atividades de interesse geral que são desempenhadas tanto pelo Estado como pelos indivíduos. O Estado não se apresenta, nesses casos, como o titular exclusivo dos serviços. É o que acontece, entre muitas outras hipóteses, com as atividades relacionadas com o ensino ou com a saúde. Quando prestadas pelo Estado ou executadas por delegação estatal elas se inserem no âmbito do conceito de serviço público. Se ausente qualquer laço com o Estado, elas são geralmente tidas e consideradas como atividades ou serviços puramente privados" (COUTO E SILVA, 2004, ps. 209-211).

o contrato de gestão disciplina obrigações recíprocas. O Poder Público transfere dinheiro, bens e até servidores públicos, impondo metas de ação e fiscalizando periodicamente seu cumprimento. O ente privado fica responsável por gerir os recursos recebidos, empregando-os da melhor forma na satisfação do serviço não exclusivo que caracteriza seu objeto social (SOARES, 2013, p. 86).

Está-se diante, pois, de mais instrumento promotor do fenômeno da contratualização das relações da Administração Pública, em nome do alcance de soluções consensuais e democráticas para os problemas relacionados a gestão pública. Nesse caso em específico, promovem-se a contratualização do controle da atuação da instituição parceira, com foco no controle de resultados (OLIVEIRA, 2008b), e o consensualismo, abrindo as portas da gestão pública para a sociedade, legitimando a atuação do Estado no que pertine ao resguardo da eficiência, da legalidade, da justiça, da legitimidade, do civismo e da ordem (QUEIROZ, 2013).

No que se refere ao controle, a relação de mando que caracteriza a relação administrativa, subsumida diretamente à lei, é atenuada pela relação de coordenação e cooperação, que impera sob a égide do contrato (ROCHA, 2006, p. 48). Em suma, segundo Rocha,

o papel reservado ao contrato de gestão é o de substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado, pelo controle baseado no princípio da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes (ROCHA, 2006, p. 49).

Nesse cenário, no olhar de Pinto, os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais prestam-se a uma dupla função: por um lado representam ferramenta de fomento administrativo, legitimando a outorga de benesses para a entidade; por outro, é ferramenta de controle da atuação das Organizações Sociais por parte da administração, já que nele são fixados o plano de trabalho, as metas de desempenho, os critérios objetivos de avaliação, as obrigações de

transparência e de prestação de contas e os critérios para a efetivação das despesas (PINTO, 2013). Assim, o contrato de gestão tem o potencial de promover a flexibilização do regime jurídico único administrativo na gestão do serviço público objeto de descentralização (PESSOA, 2009), nas hipóteses em que a entidade atuar em substituição ao Estado.

#### 4.4.1 Breve histórico do instituto

Remontam à França dos anos 1970 as primeiras experiências de celebração de contratos pela Administração Pública dotados de características semelhantes aos contratos de gestão brasileiros - destinados a elevar o primado da eficiência, por meio da fixação de metas de desempenho com a entidade executora do objeto do contrato e ampliar a autonomia administrativa<sup>159</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona os contratos de plano e os contratos de crescimento ou de desenvolvimento, firmados pela Administração Pública francesa com empresas públicas, "em que são fixadas condições pelas quais a ajuda do Estado é concedida às empresas em contrapartida pelos programas que elas se comprometem a realizar" (DI PIETRO, 2012b, p. 265). A experiência francesa, porém, diferentemente da brasileira, limitou-se a celebrar esses contratos com órgãos públicos e entidades pertencentes à Administração Indireta, sem utilizá-los para o estabelecimento de parcerias com entidades não estatais.

A primeira experiência brasileira de celebração de contrato de gestão deu-se com a edição do Decreto nº 137/1991, já revogado, que instituiu o "Programa de Gestão de Empresas Estatais". A sistemática proposta pelo decreto possibilitava que o executivo federal firmasse contratos de gestão com empresas estatais com o objetivo de incrementar a sua "eficiência e competitividade"<sup>160</sup>, com clara inspiração no modelo francês. Com fulcro no aludido Decreto, foram

---

<sup>159</sup> Gustavo Justino de Oliveira, em trabalho específico sobre o assunto, detalha o histórico da experiência francesa com essas espécies de avenças, aludindo aos contratos de programa (1970), contratos de empresa (1976), contratos de plano (1982) e aos contratos de objetivos (1988) (OLIVEIRA, 2008b). O autor, na mesma obra, disserta, ainda, sobre institutos semelhantes utilizados no Reino Unido, na Itália e nos Estados Unidos.

<sup>160</sup> Decreto nº 137/1991, Art. 8º: As empresas estatais poderão submeter ao CCE propostas de contratos individuais de gestão, no âmbito do PGE, objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade.

firmados contratos de gestão com a Companhia Vale do Rio Doce (1992-1996) e com a Petrobrás (1994-1997) (OLIVEIRA, 2010).

Após a menção em instrumento normativo infralegal, a primeira previsão em Lei ocorreu no mesmo ano de 1991, com a Lei Federal nº 8.246/1991, referente ao já mencionado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Posteriormente, o termo foi mencionado, ainda, na Lei Federal nº 9.637/1998, que regula as parcerias com as Organizações Sociais, na Lei Federal nº 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; na Lei nº 9.649/1998, que se refere às Agências Executivas; Lei nº 9.724/1998, com Organizações Militares Prestadoras de Serviço da Marinha; e, Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como a Lei da Responsabilidade Fiscal. Além disso, a expressão restou implicitamente constitucionalizada, já que, apesar de inexistir expressa menção ao termo "contrato de gestão", o entendimento corrente é que o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, refere-se a esse instituto.

Nesse talante, da pluralidade normativa acerca do instituto decorre o fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o termo contrato de gestão refere-se a mais de uma espécie de avença. Pode-se dizer que o contrato de gestão é um termo, ao menos, bissêmico, no ordenamento jurídico brasileiro. Serve, no mínimo, para identificar duas espécies diferentes de contratos, a saber: (i) os contratos de gestão firmados com entidades não estatais, pertencentes ao chamado terceiro setor (Organizações Sociais), com o objetivo de firmar parcerias a título de fomento ou descentralização por colaboração; (ii) os contratos de gestão firmados com órgãos ou entidades pertencentes à administração indireta, pretendendo aumentar a autonomia dessas últimas, servindo, nesse caso, como instrumento de desburocratização e instauração da administração gerencial (GROTTI, 2011). Essa classificação, portanto, leva em consideração os sujeitos da relação obrigacional. Isso justifica que os diferentes tipos de contratos mencionados sejam todos referidos pela alcunha de "contratos de gestão", haja vista que os seus objetivos, são semelhantes: essencialmente, o incremento da eficiência da gestão pública.

Desse modo, a figura do contrato de gestão está inserida em ambas as perspectivas da Administração Pública consensual, tanto no que se refere às relações internas da Administração Pública (da Administração Pública com ela mesma), quanto externas (da Administração Pública com particulares) (OLIVEIRA, 2008b). Segundo Ribeiro,



O que se esperava, principalmente após a Emenda Constitucional nº 19/98, era a concertação dos três tipos de contrato de gestão para o atingimento da tão almejada eficiência administrativa. O contrato de gestão entre órgãos da administração pública direta, a exemplo dos centros de responsabilidade franceses, daria mais agilidade à administração central. A qualificação de autarquias e fundações como agências executivas garantiria mais liberdade aos entes da administração pública indireta. E como não havia a ilusão de que o Estado, pelo menos a médio prazo, satisfizesse, plenamente, todas as necessidades públicas de educação, saúde, previdência social, etc, os contratos de gestão com organizações sociais fomentariam a iniciativa privada, complementando, assim, a atividade estatal (RIBEIRO, 2013, ps. 252-253).

À vista de tudo isso, na sistemática adotada pela reforma administrativa planejada por Bresser-Pereira, o contrato de gestão seria o meio pelo qual o núcleo estratégico do Estado manteria a sua responsabilidade de definir os objetivos e as metas a serem atingidos, por meio de atividades que seriam executadas por terceiros: no caso daquelas exclusivas do Estado, a execução implicaria as Agências Executivas; no das atividades não-exclusivas, envolveria as Organizações Sociais. Em outras palavras, o contrato de gestão seria o "instrumento de ligação" entre o Núcleo Estratégico e os demais setores do aparelho do Estado (OLIVEIRA, 2010), configurando o meio pelo qual a Administração Pública confere à entidade executora os recursos humanos, materiais e financeiros necessários à consecução dos objetivos pactuados (BRESSER-PEREIRA, 1996).

#### **4.4.2 Natureza jurídica do contrato de gestão**

A natureza jurídica dos contratos de gestão é assunto sobre o qual há pouca concordância na doutrina pátria. A controvérsia costuma girar em torno da natureza contratual dos contratos de gestão. Há quem defenda que os contratos de gestão são uma espécie de convênio. Outros advogam a tese de que constituem contratos administrativos comuns. A opinião mais acertada parece ser a que, por um lado, reconhece o caráter

contratual do contrato de gestão, e, por outro, aponta que os mesmos não equivalem aos contratos administrativos tradicionais, previstos na Lei nº 8.666/1993. Explica-se.

Os convênios sempre representaram o instrumento principal para o exercício da função de fomento do Estado perante as entidades pertencentes ao terceiro setor. Além disso, no âmbito da Administração Pública, o convênio sempre foi o instrumento de descentralização por excelência (PEREIRA JUNIOR, 1999). Assim, não é surpresa que boa parte da doutrina, conforme, por exemplo, na obra de Rafael Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2009), impute natureza convenial aos contratos de gestão, já que são avenças que se prestam a esses fins. Contribui para esse ideário a opinião corrente segundo a qual as Organizações Sociais não são prestadoras de serviços, já que atuam em parceria com o Estado, desenvolvendo atividades assistenciais em setores nos quais este não consegue atuar (LEWIS, 2008)<sup>161</sup>.

As principais características dos convênios são: (i) a liberdade de retirada dos partícipes, (ii) a impossibilidade de sanção ao partícipe denunciante, (iii) formalismo exacerbado no que se refere às prestações de contas dos recursos públicos utilizados, (iv) a prestação de contas que não leva em consideração os resultados da ação parceira (SANTOS, 2007).

Os contratos administrativos, de sua parte, surgiram quando o Estado começou a necessitar buscar bens e serviços no mercado. O principal elemento identificador dos contratos administrativos, quando comparados aos contratos privados, é, além da "vinculação direta e imediata ao interesse público" (OLIVEIRA, 2008b), a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. Essas servem justamente para adequar a ciência contratual às especificidades do regime jurídico administrativo. Portanto, é possível dizer que "a exorbitância é a razão de ser do direito dos contratos administrativos, isto é, a exorbitância é a razão pela qual um contrato público deve (ou não) ser considerado diferente de um contrato privado" (GIACOMUZZI, 2011, p. 33).

Para auxiliar na dirimção da controvérsia, convém relacionar as principais distinções entre os contratos administrativos e os convênios, no que se socorre de Higa:

---

<sup>161</sup> Os convênios celebrados pela Administração Pública Federal são regulamentados, além da Lei nº 8.666/1993, pelo Decreto Federal nº 6.170/2007, pela Instrução Normativa STN nº 01/1997 e pela Portaria Interministerial nº 507/2011.

a) no contrato administrativo, há estabilidade do vínculo, cujo rompimento unilateral pode ensejar o dever de indenizar e no convênio há precariedade do vínculo, que admite a rescisão unilateral por qualquer dos partícipes, sem que isso gere o dever de indenizar; b) no contrato administrativo, o valor pago pela Administração corresponde à contraprestação pelo cumprimento da obrigação pela outra parte, ao passo que, no convênio esse valor não corresponde à contraprestação, mas a auxílio e incentivo à atividade de interesse social, devendo o executor comprovar a aplicação desses recursos conforme os objetivos estipulados, não bastando demonstrar o resultado obtido. Além de prestar contas ao Tribunal de Contas (HIGA, 2010, p. 181).

Além disso, o contrato retrata interesses sectários, que somente se harmonizam em razão de um acordo de vontades capaz de conciliá-los em termos considerados convenientes pelos contraentes. Ao contrário, no convênio, os partícipes se articulam, pois um interesse comum os anima. A finalidade é a mesma, sendo que o convênio serve como instrumento de divisão de tarefas para o alcance do mesmo fim (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2013).

Celso Antônio Bandeira de Mello está entre aqueles que defende que os contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais nada mais são, pura e simplesmente, do que contratos administrativos, dado que encartariam um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um particular (BANDEIRA DE MELLO, 2010a). O entendimento de Tarso Cabral Violin é semelhante. Na opinião do autor, os contratos de gestão possuem a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, pois encartariam interesses contraditórios: a Administração pretende que os serviços sejam realizados, e a entidade, receber a remuneração (VIOLIN, 2010).

Todavia, ao se analisar as principais características e distinções entre as duas espécies de avença, parece restar claro que os contratos de gestão, ao passo que não se identificam com nenhuma das delas, reúnem elementos das duas. Afinal, por um lado, são vínculos estáveis, que impõem efeitos vinculantes as partes. Por outro, possuem como objeto o estabelecimento de parcerias e, ao contrário do posicionamento de Violin, parece haver identificação dos interesses dos contraentes, quais sejam, os de celebrar parceria para eficientemente oferecer serviços

sociais para a população. É o que reconhece Sílvio Luís Ferreira da Rocha, quando considera que os Contratos de Gestão possuem peculiaridades tanto dos convênios quanto dos contratos administrativos, com uma leve predominância do regime destes últimos, na opinião do autor. Por esse motivo, os contratos de gestão são considerados "contratos administrativos degradados" (ROCHA, 2006, p. 67).

No que concerne aos convênios, as mencionadas características desse tipo de avença acabaram por transformá-lo em um meio insuficiente para atender às necessidades do Estado no exercício dessas atividades. Por esse motivo, a reforma administrativa dos anos 90 acabou por instituir outros instrumentos por meio dos quais poderiam ser estabelecidas tais parcerias. É que, conforme ensinado por Gustavo Justino de Oliveira, os convênios representam relações jurídicas marcadas por instabilidade e que não geram efeitos vinculantes pelas partes, já que o acordo é denunciável a qualquer tempo sem a possibilidade de inclusão de cláusula sancionatória. Isso seria prejudicial para a efetiva execução dos convênios e o alcance dos resultados planejados. Em contrapartida, os contratos de gestão representam vínculos mais estáveis, na medida em que, em regra, geram efeitos vinculantes para as partes. Além disso, como os resultados são parte do ajuste, o seu objeto costuma ser executado integralmente, sendo que o não alcance pode gerar a desqualificação da entidade, dentre outras sanções previstas em lei (OLIVEIRA, 2008b).

Disso já se depreende que os contratos de gestão não equivalem à convênios: primeiro, porque as suas características não se identificam com as daquelas avenças; segundo, porque, se fosse esse o caso, não haveria razão para a criação desse instrumento, já que os convênios já eram utilizados para os fins a que se destinam os contratos de gestão.

Do mesmo modo, o regime dos contratos administrativos previstos na Lei 8.666/1993 também não parece se coadunar com os contratos de gestão. O motivo é que esses não constituem simples contratos de prestação de serviços, mesmo nos casos de parcerias visando a descentralização por colaboração, já que resultam, nesses casos, na transferência da gestão operacional de serviços públicos para entidades privadas, e não apenas da sua execução.

Variados autores reconhecem que os contratos de gestão não se identificam completamente com os contratos administrativos comuns ou com os convênios. Assim procedendo, oferecem as suas próprias classificações sobre o instituto.

Wassila Caleiro Abbud, por exemplo, posiciona os contratos de gestão disciplinados pela Lei nº 9.637/1998 na categoria do que chama de "acordos de vontade da Administração Pública", que seriam aquelas avenças em que pelo menos uma das partes é integrante da Administração Pública. Esses contratos possuem as seguintes características:

Envolvem o exercício de competências estatais; são um instrumento para assegurar a realização de interesses coletivos, conjugando esforços e recursos da Administração e de particulares. Como regra, não dependem de licitação, ainda que a sua participação possa estar sujeita a alguma espécie de procedimento seletivo (ABBUD, 2013, ps. 412-413).

Nessa mesma linha, para os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, o contrato de gestão seria um "acordo operacional de direito público", pelo qual o Estado e a entidade estabelecem o programa de trabalho. Este contém os objetivos a alcançar, prazos, critérios de avaliação de desempenho, limites para as despesas e o cronograma de liberação dos recursos financeiros (MEIRELLES, 2010).

Segundo Egon Bockmann Moreira, embora a natureza jurídica dos contratos de gestão seja próxima da dos contratos administrativos, aqueles não se confundem com estes. O autor, na esteira dos acima citados, considera os contratos de gestão como "acordos cooperativos funcionalizados", que seriam

manifestações plurilaterais de compromisso, cujos objetivos devem ir além dos limites dos interesses íntimos dos participantes. Não albergam interesses patrimoniais quer contrapostos quer próprios dos signatários, mas se dirigem a, mediante cooperação e aplicação dos recursos (Estado e trabalho (OS), atingir um fim compartilhado, que exclusivamente beneficie a terceiros (a coletividade) (MOREIRA, 2006, p. 7091).

Diogo Figueiredo Moreira Neto comunga entendimento semelhante, ao considerar os contratos de gestão uma espécie de acordo não contratual, ou, como também refere, um tipo de "ato complexo". Na sua opinião, essa espécie de pactos reuniria os instrumentos de

cooperação, firmados entre entes estatais, e de colaboração, celebrados entre o Estado e entidades não estatais (MOREIRA NETO, 2006), categoria em que estariam enquadrados os contratos de gestão assinados com as Organizações Sociais.

Gustavo Justino de Oliveira, ainda nessa linha de pensamento, classifica os contratos de gestão como acordos administrativos colaborativos, integrantes de uma categoria mais ampla de acordos administrativos. Os acordos administrativos, tomados em sentido amplo, equipar-se-iam à noção de Administração Pública consensual. Em sentido estrito, configurariam uma de suas espécies, ao lado dos contratos administrativos e de outras figuras eventualmente previstas em lei. O autor ressalta que os contratos de gestão não se subsumem à categoria dos contratos administrativos (OLIVEIRA, 2008b). Ressalte-se, ainda, que Oliveira considera a sua concepção plenamente assimilável com a de Diogo Figueiredo Moreira Neto, no sentido de também considerar os contratos de gestão atos administrativos complexos (OLIVEIRA, 2008b).

Na opinião de Carlos Valder do Nascimento, em sentido oposto, os contratos de gestão não detém natureza contratual, nem de acordo. Configuraríamos sim, em qualificação que se aproxima do que sustenta Diogo Figueiredo Moreira Neto, verdadeiros atos jurídicos complexos, emanados da Administração Pública, destinados a disciplinar "ações programáticas perfeitamente delimitadas de acordo com suas especificidades, cuja execução cabe, em razão do modelo adotado, as organizações sociais, a ser operacionalizadas de forma descentralizada" (NASCIMENTO, 2009, p. 151). Para esse autor, a ausência de natureza contratual decorre do fato de as condições do contrato serem decididas de forma unilateral, cabendo às Organizações Sociais absorver e sujeitar-se ao decidido pelo Estado. Registre-se, porém, que essa não parece ser a melhor interpretação do disposto na legislação federal, dado que expressamente menciona que o contrato de gestão, será "elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social" (artigo 6º da Lei nº 9.637/1998)<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Para Egon Bockmann Moreira, inclusive, a especialidade dos contratos de gestão reside justamente "em que a elaboração da proposta contratual original sempre conta com a participação ativa do particular interessado e a imposição unilateral dá-se a posteriori, a depender da apreciação da autoridade competente" (MOREIRA, 2006, p. 7090). Na opinião do autor, a formação do contrato de gestão possui três momentos: "o primeiro deles é a elaboração pela OS e autoridade administrativa imediatamente a ela vinculada; o segundo é a

Por último, para Marcos Juruena Vilella Souto, os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais não teriam natureza de contratos de gestão propriamente ditos, mas sim de meros acordos de programa. Para o autor, por meio do acordo de programa a administração estabelece um plano de ações e resultados, garantindo autonomia do contratado para o desempenho das funções, sendo ajustados os lucros e os riscos que a operação envolve. Ao revés, no contrato de gestão, o foco seria o resgate do controle finalístico, eliminando-se o excessivo número de instrumentos de controle administrativos burocráticos (SOUTO, 1999).

Com isso, já se pode expor a conclusão a que se chega nesse trabalho quanto a natureza jurídica dos contratos de gestão. À vista do exposto, considera-se que os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais possuem natureza jurídica, simplesmente, dos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais, isto é, específicas a eles próprios. Em outras palavras, dadas as suas particularidades, trata-se de uma categoria autônoma, que não se identifica completamente nem com os contratos administrativos comuns, apesar de possuir natureza contratual e ser regido preponderantemente por normas de direito público<sup>163</sup>, nem com os convênios. Apesar disso, reúne características dessas duas espécies de avenças. Inclusive, entende-se que a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente, no que couber, sobre essas avenças. Por fim, registra-se que não se considerou necessário criar uma nova categoria de avença firmada pela Administração Pública para posicionar esses contratos de gestão, dado considerar-se que o seu próprio conceito já serve como categoria.

---

aprovação do contrato pelo Conselho de Administração da OS; o terceiro é o seu exame pelo Ministro ou autoridade hierarquicamente superior, que devem livremente incluir novas cláusulas (sem nenhuma previsão de aprovação futura ou revisão pelo Conselho de Administração da OS)" (MOREIRA, 2006, p. 7090).

<sup>163</sup> Maria Silvia Di Pietro, ao lecionar acerca dos critérios distintivos entre os contratos administrativos e os contratos privados da administração, submissos a um regime jurídico preponderantemente de direito privado, derogado por normas de direito público, ensina que o principal critério de diferenciação é a utilização pública que resulta diretamente do contrato administrativo (DI PIETRO, 1989). Nesse sentido, o fato de o contrato de gestão celebrado entre o Estado e a Organização Social possuir finalidade pública reforça o entendimento de que é preponderantemente submisso às normas de direito público.

O que é essencial, repita-se, é que o contrato de gestão detém natureza contratual<sup>164</sup>. Até porque, as obrigações nele enfeixadas, dada a sua relevância, não deveriam poder ser avençadas por convênio, tendo em vista tratar-se de instrumento instável, já que as partes podem denunciá-lo a qualquer tempo, em prejuízo aos destinatários do objeto da avença (SOARES, 2013).

#### 4.4.3 Conteúdo do contrato de gestão

O artigo 6º da Lei Federal nº 9.637/1998 disciplina que o contrato de gestão "discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da Organização Social". Além disso, os incisos do artigo 7º impõem que constem: I - a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, das metas<sup>165</sup> a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade<sup>166</sup>; II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

---

<sup>164</sup> Até porque, os contratos de gestão parecem enquadrar-se na clássica conceituação de contrato administrativo formulada pelo jurista francês Jèze, que assim considera como aqueles contratos que a Administração Pública celebra visando assegurar a prestação de um serviço público, e que os contraentes desejem submeter-se a um regime jurídico exorbitante do direito privado (CANASI, 1974).

<sup>165</sup> Uma questão que deve ser observada é a necessidade de fixação de metas reais, que importem na prestação adequada dos serviços. Já que o mote do modelo é uma maior eficiência na prestação do serviço público, deve-se combater a prática de fixação de metas artificialmente baixas, que só servem para que sejam facilmente atingidas. Para combater esse problema, uma alternativa viável é estipular metas progressivas, nas quais o nível de remuneração aumente de acordo com o alcance dos índices mais ambiciosos (OSBORNE; GAEBLER, 1994).

<sup>166</sup> A lei é genérica quanto ao estabelecimento desses critérios de avaliação, limitando-se a informar que devem ser determinados indicadores de produtividade e de qualidade, o que abre ensanchas para a mais larga variedade de procedimentos e métodos de avaliação, que variarão conforme a natureza do objeto, o porte do contrato e a dimensão dos trabalhos envolvidos (RIGOLIN, 2008).



Assim, conforme bem apontado por Sílvio Luís da Rocha, não basta, para estar apta a firmar Contrato de Gestão com o Poder Público, que a Organização Social tenha por finalidade uma das atividades previstas no artigo 1º da Lei nº 9.637/1998. É necessário que "ela elabore um plano de ação que detalhe os serviços, os objetivos a atingir e o prazo de duração do contrato, tudo com o intuito de facilitar o controle pelo Estado do exato cumprimento das metas propostas" (ROCHA, 2006, p. 143), plano esse que deve estar anexo ao contrato de gestão.

Além disso, considera-se que se aplicam, no que couber, aos contratos de gestão, as cláusulas previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/1993. Assim, o contrato de gestão deve conter cláusulas que prevejam: (i) o seu objeto e elementos característicos; (ii) os valores a serem transferidos para a Organização Social, incluindo correlação detalhada com o alcance das metas; (iii) o crédito pelo qual correrá a despesa; (iv) as penalidades cabíveis, incluindo o valor das multas; (v) os casos de rescisão; (vi) a vinculação ao edital do procedimento de seleção da entidade firmatária do contrato; (vii) a legislação aplicável à execução do contrato, especialmente aos casos omissos; (viii) a obrigação do parceiro de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação eventualmente exigidas no procedimento de seleção; e, (ix) o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

Por último, outra informação que deve obrigatoriamente constar no Contrato de Gestão é o seu prazo de vigência. A legislação específica é omissa quanto ao assunto, motivo pelo qual, segundo Sílvio Luís da Rocha, deve ser aplicado o disposto no artigo 57, da Lei nº 8.666/1998. Assim, na opinião do autor, em caso de haver o repasse de recursos orçamentários, a duração do contrato não poderá exceder à vigência dos créditos orçamentários, exceto quando os repasses estiverem previstos no plano plurianual, o que justificaria a prorrogação do contrato, se fosse do interesse da Administração (ROCHA, 2006). Como se trata de serviços de natureza contínua, considera-se que se aplica, também, à exceção prevista no inciso II daquele dispositivo, que permite a prorrogação da vigência do contrato por um prazo de até 60 meses.

A adoção da sistemática prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos parece adequada para as parcerias celebradas a título de fomento, em que o Estado apoia atividade já previamente desenvolvida por Organização Social. Afinal, findo o prazo de vigência, o Estado pode selecionar outra entidade, que, pelas novas circunstâncias, deve passar a receber os incentivos estatais.

Todavia, para as parcerias firmadas a título de descentralização por colaboração, esse não parece ser o melhor entendimento. Essas parcerias pressupõem um vínculo duradouro, já que é transferida pela entidade a gestão operacional de determinado aparato público. Assim, não faz sentido que, estando a entidade parceira a realizar um competente trabalho, haja um limite máximo de vigência para o contrato. Crê-se inexistir limite máximo de vigência nessas hipóteses, mantendo-se a obrigação do Estado de, todavia, rescindir o contrato quando o interesse público assim exigir. A satisfação do interesse público parece ser um valor mais elevado, no presente caso, do que um tratamento isonômico a entidades igualmente capazes de executar o Contrato de Gestão, que não tenham sido selecionadas no procedimento administrativo de seleção.<sup>167</sup>

Uma questão que envolve discussão interessante é a aplicação das chamadas cláusulas ditas exorbitantes, típicas dos contratos administrativos comuns, aos contratos de gestão. Opina-se que sim, as cláusulas exorbitantes aplicam-se a essas avenças, aderindo ao entendimento de Sílvio Luís da Rocha. Na opinião do autor,

Não obstante possa ter o contrato de gestão fixado de modo detalhado o conteúdo da atividade da Organização Social no que se refere ao exercício da prestação do serviço, nada impede que a Administração, presente o interesse público, o modifique, e passe a exigir a prestação de modo diverso, ou mesmo conclua pela necessidade de interromper a continuidade daquela atividade (ROCHA, 2006, p. 145).

O autor deixa claro, todavia, que, tal qual nos contratos administrativos comuns, essas prerrogativas não são ilimitadas. Não é

---

<sup>167</sup> Nada impede, entretanto, que o Estado deixe de prorrogar a vigência do contrato e resolva selecionar nova entidade para gerenciar determinado conjunto de serviços públicos. O que inexistente, argumenta-se, é a obrigação do Estado de assim proceder. Assim, por exemplo, se no curso de contrato de gestão firmado com determinada Organização Social o Estado encontrar ou receba proposta de uma nova modalidade de parceria para aqueles mesmos serviços, que pareça mais vantajosa para o interesse público, nada impede que não seja renovado o contrato atual e se abra procedimento para selecionar entidade para desempenhar a parceria sob a nova sistemática.

possível, por exemplo, que a Administração Pública altere a natureza da atividade desempenhada pela Organização Social (ROCHA, 2006).

Daf que, por imperativo lógico, considera-se possível que se conceda as Organizações Sociais o direito de pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro inicial, em caso de quebra. Assim, quando houver um agravamento das condições de prestação iniciais ou uma diminuição ou retirada do valores transferidos pelos Estado, é facultado à entidade requerer a readequação dos valores (ROCHA, 2006).

#### **4.4.4 Controle da execução do contrato de gestão**

A Lei Federal nº 9.637/1998 dispõe que cabe à Administração Pública o dever de controle da execução do contrato de gestão. Segundo o *caput* do artigo 8º, o controle é realizado por meio de fiscalização exercida por órgão ou entidade supervisora da área corresponde à atividade desenvolvida no contrato.

Os parágrafos do aludido dispositivo dispõem que cabe à entidade apresentar ao órgão de fiscalização, ao término de cada exercício ou em qualquer outro momento, desde que exista interesse público envolvido, "relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro". Segundo Gina Copola, esse relatório de desempenho deve ser apresentado de maneira sucinta e compreensível (COPOLA, 2006). Os resultados "devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação", que "deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida".

O narrado no dispositivo trata da aplicação do controle de resultados, prática característica da gestão gerencial. Trata-se de uma atividade essencial para o transcorrer da parceria, já que é a partir do acompanhamento dos relatórios de desempenho que são definidos os percentuais de repasse financeiros destinados a entidades e são identificadas as necessidades de aditivos contratuais ou da redução das metas pactuadas, e, até mesmo, em caso extremo, é concluído ser pertinente a desqualificação da Organização Social (SANO; ABRUCIO, 2008). O alcance das metas planejadas é o principal fator para o reconhecimento do êxito do contrato, constituindo pré-requisito para a continuidade da parceria.

Todavia, o controle realizado pela Administração Pública não se cinge ao alcance dos resultados. O controle da legalidade dos procedimentos permanece, mesmo que o foco seja direcionado para o alcance dos resultados. Tanto é que se exige da entidade a prestação de contas dos recursos aplicado. Ora, se a prestação de contas demonstrar que os recursos foram aplicados de forma irregular, a parceria fica igualmente viciada, mesmo que os resultados atestem o alcance das metas pactuadas. Gustavo Justino de Oliveira denomina de "controle de gestão" aquele que engloba o controle de legalidade e o controle de resultados. Nas palavras do autor:

Prestigiar a eficiência e o controle de resultados significa dar cumprimento aos ditames constitucionais, principalmente aos preceitos inseridos no *caput* do art. 37 e no inc. II do art. 74. [...] Daí defender-se a existência de um controle de gestão da Administração Pública brasileira, o qual necessariamente engloba controle de legalidade e controle de resultados (OLIVEIRA, 2008b, p. 183).

Ademais, segundo Sílvio Luís da Rocha, além da obrigação de fiscalizar a execução do contrato por parte da Organização Sociais, cabe à Administração Pública, ainda, o poder-dever de orientar, intervir, interromper e aplicar penalidades sobre as entidades parceiras, quando necessário (ROCHA, 2006). Afinal, mesmo que não houvesse previsão legal nesse sentido, a promoção dessas atividades caminha ao lado do interesse público, o que demanda do Estado a sua perpetração.

Os responsáveis pela fiscalização, "ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária" (art. 9º)<sup>168</sup>. A solidariedade passiva pode atingir qualquer um dos responsáveis pela

---

<sup>168</sup> Disposição semelhante consta no artigo 84 do Decreto-Lei nº 200/1967: "Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de coresponsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas".

fiscalização do contrato de gestão, que pode ser chamado para responder de forma conjunta aos dirigentes da entidade pelo ato irregular (ALVES, 2000).

Além disso, "quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público" (art. 10).

Nessa situações, inclusive, é possível que o Poder Público intervenha na execução do contrato de gestão por parte da Organização Social. Todavia, conforme bem apontado por Sílvio Luís da Rocha, a intervenção é medida extrema, devendo ocorrer somente quando a Organização Social mostrar-se completamente incapaz de satisfatoriamente desenvolver as atividades objeto da parceria, ou quando estiver na iminência de interromper o oferecimento dos serviços (ROCHA, 2006).

Soma-se ao controle interno realizado pelo órgão da Administração Pública responsável pela fiscalização e acompanhamento da Organização Social, o controle externo, realizado pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União<sup>169</sup>. Apesar de não haver previsão expressa na Lei nº 9.637/1998, a entidade parceira tem o dever de prestar contas sobre a aplicação dos recursos públicos

---

<sup>169</sup> Considera-se que o controle do Tribunal de Contas da União sobre o contrato de gestão pode ser prévio, concomitante ou posterior à sua assinatura. O controle prévio se dá pela verificação, por parte da Corte de Contas, da observância, no caso concreto, dos requisitos formais previstos em lei para a assinatura da avença, tais como a obtenção da qualificação como Organização Social por parte da entidade firmatária, a constância das cláusulas e informações obrigatórias no instrumento do contrato e a correta realização de procedimento de seleção da entidade, quando for o caso. Janaina Schoenmaker aponta, ainda, como item de controle prévio, a verificação se o dispêndio dos recursos necessários ao custeio do contrato estavam previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (SCHOENMAKER, 2011). Já o controle concomitante e o controle posterior ocorre por meio da análise dos relatórios de execução produzidos pela Organização Social na constância do contrato, detalhando as ações realizadas e cotejando os resultados obtidos com as metas traçadas, bem como da prestação de contas apresentada pela entidade.

transferidos por parte do Estado, prestação de contas que é analisada pelo Tribunal de Contas da União<sup>170</sup>. Isso com fundamento no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 70 [...] Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária

Assim, considerando que os recursos são transferidos para a entidade parceira no bojo do contrato de gestão a título de custeio, e não de remuneração, permanecem sendo públicos<sup>171</sup>, ficando a sua aplicação sujeita, portanto, à fiscalização por parte do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União. Disso depreende-se que a prestação de contas não é ou deixa de ser obrigatória por conta da natureza jurídica de quem aplica os recursos, mas sim em razão da natureza pública dos recursos utilizados. Sobre o assunto, convém referir a clássico ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

Não é, pois, a natureza do órgão ou da pessoa que a obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar o zelo e bom emprego (MEIRELLES, 2011, p. 757).

Aliás, não poderia ser diferente. Afinal,

Não se compreenderia que entes públicos celebrassem com pessoas jurídicas privadas

---

<sup>170</sup> A prestação de contas deve obediência aos requisitos previstos na Instrução Normativa nº 47/2004, do Tribunal de Contas da União.

<sup>171</sup> Segundo Schoenmaker, a legislação de regência não deixa dúvidas sobre a manutenção do caráter público dos recursos após o repasse para as Organizações Sociais. Tanto é que existe previsão expressa sobre a reversão dos bens de uso permitido e dos valores repassados em caso de desqualificação da entidade. Além do caráter público dos recursos, outro fundamento para a incidência do controle dos Tribunais de Contas sobre a atividades das Organizações Sociais, segundo a autora, "consiste na finalidade pública e não privada (remuneração, ressarcimento, etc.) da transferência eventual dos recursos" (SCHOENMAKER, 2011, p. 76).

contratos de gestão, vocacionados à realização de atividades de interesse social e utilidade pública, repassando-lhe dinheiros bens e servidores ou empregados públicos, e não houvesse controle sobre a aplicação desses recursos de origem pública só pelo fato de serem geridos por particulares. A natureza pública da função atrai a tutela do direito público sobre as atividades da pessoa privada, impondo-se o controle sobre a fidelidade da aplicação desses meios aos resultados de interesse público almejados pelos contraentes (PEREIRA JUNIOR, 1999, p. 297).

Crê-se que, ao lume do referido dispositivo constitucional, o controle realizado pelo Tribunal de Contas é direto, ou seja, as Organizações Sociais têm o dever de remeter a sua prestação de ao Tribunal de Contas da União, que a analisará diretamente. Compartilha desse entendimento Jayme Baleeiro Neto (BALEEIRO NETO, 2004). Considera-se, inclusive, que o controle do Tribunal de Contas é abrangente: não avalia as contas somente no seu aspecto formal. É mais que um controle de legalidade, já que leva em consideração, também, o cumprimento das metas previstas no Contrato de Gestão.

Inicialmente, as decisões do Tribunal de Contas da União trilhavam esse caminho<sup>172</sup>. Todavia, mais recentemente, esse tribunal alterou o seu entendimento, passando a considerar indireto o seu próprio controle sobre as contas das Organizações Sociais. Em outras palavras, a sua análise dá-se sobre a prestação de contas encaminhada pelo Poder Público parceiro, que contemplaria a prestação de contas da Organização Social. Essa prestação seria, assim, analisada, indiretamente<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> "O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1 firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, dos arts. 6º e 7º, c/c o art. 5º, inciso VI, da Lei nº 8.443/92 e arts. 8º, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.637/98 [...]." (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 1998).

<sup>173</sup> "Nesse contexto, no caso das Organizações Sociais, o Tribunal, no uso do poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, decidiu pela não-obrigatoriedade de prestação de contas, tendo em vista que os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las. No

A legislação de regência possibilita, ainda, outra espécie de controle externo sobre as atividades desenvolvidas pelas Organizações Sociais: o controle social. Este se dá "seja por meio da participação direta no Conselho de Administração, seja através do Programa Nacional de Publicização, que terá o objetivo de estabelecer diretrizes para a qualificação de Organizações Sociais" (OLIVO, 2005, p. 57). A atuação dos representantes da sociedade civil nos órgãos diretivos da entidade funciona como um "controle social indireto", enquanto a fiscalização realizada pela população em geral configura o "controle social direto". Acabou, todavia, que nunca foi editado o Decreto que serviria para criar o referido Programa Nacional de Publicização - que, segundo o artigo 20 da Lei nº 9.637/1998 iria estabelecer diretrizes relacionadas à ênfase no atendimento do cidadão-cliente, nos resultados, e no controle social das ações de forma transparente.

Quanto ao controle social, convém reforçar, ainda, que o § 2º do artigo 37 da Constituição Federal garante a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União, inclusive os cometidos por dirigentes de Organizações Sociais.

Considera-se, porém, que para a existência de um verdadeiro controle social sobre as Organização Sociais, é necessário um "ambiente de transparência administrativa" (PINTO, 2013, p. 165), ainda inexistente em nosso sistema jurídico, mesmo que recentemente venham sendo tomadas medidas com esse objetivo (por exemplo, a edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, popularizada como "Lei de Acesso à Informação). Entende-se por "transparência administrativa", no mínimo, uma postura da Administração Pública e das entidades parceiras que represente disponibilidade para a sociedade, inclusive por meios eletrônicos e de fácil acesso, que, por sua vez, devem ser extensamente divulgados, relatórios de execução dos contratos de gestão com linguagem acessível, possibilitando uma mínima compreensão por leigos. É fundamental, ainda, a abertura de canais de relacionamento com a sociedade, de modo que os interessados possam apresentar colaborações voltadas ao incremento da qualidade dos serviços públicos oferecidos à população. Essas ideias estão presentes, ainda, no escólio de Pinto (PINTO, 2013).

---

entanto, os relatórios de gestão dos supervisores das OS, deverão conter informações sobre o acompanhamento e a avaliação das entidades que celebram contrato de gestão, conforme disposto no item 19 da parte 2 do anexo II da DN/TCU 85/2007" (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2008).



Por fim, há, igualmente, o controle do Ministério Público<sup>174</sup> e o controle jurisdicional das atividades realizadas pelas Organizações Sociais. Os dirigentes das Organizações Sociais, inclusive, estão sujeitos a serem alvo de ação de improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/1992, eis que as atividades dessas entidades são, ao menos parcialmente, custeadas com recursos públicos<sup>175</sup>.

O Ministério Público, inclusive, é legitimado para a proposição de ações de improbidade administrativa contra dirigentes das Organizações Sociais. Essas ações também podem ser movidas por qualquer cidadão, por meio de ação popular, na forma da Lei nº 4.717/1965.

Por fim, os atos praticados pelos colaboradores das Organizações Sociais, ao menos quando a parceria envolver a descentralização de serviços públicos por colaboração, podem ser objeto da impetração de mandado de segurança, por parte do ofendido, nas ocasiões em que violarem (ou estiverem na iminência de violar) direito líquido e certo de terceiro. Existe sólida jurisprudência dos tribunais superiores reconhecendo a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra dirigente de pessoa jurídica de direito privado, quando a atividade exercida pela instituição tiver de alguma forma sido delegada pelo Poder Público. Assim ocorre nas parcerias celebradas entre o Estado e as

---

<sup>174</sup> Fernando Grella Vieira, baseado em trabalho anterior de Márcio Fernando Elias Rosa, sistematizou o papel fiscalizatório do Ministério Público junto as entidades do Terceiro Setor, inclusive as Organizações Sociais: "1. fiscalização prévia e que incida no que estabelecer a lei local e sua compatibilidade com o sistema constitucional; 2. da outorga da qualificação (concessão da qualificação para entidades que não atendam aos requisitos fixados na lei de regência ou que decorram do regime jurídico-administrativo, que violem o princípio da impessoalidade ou da moralidade administrativa, por exemplo); 3. da formalização do ajuste (o conteúdo do contrato e a justificativa para a celebração e escolha da contratada, por exemplo); 4. da execução do contrato ou parceria (atuando, em regra, a partir da provação por representação ou peças de informação que lhe sejam encaminhadas pelo Tribunal de Contas, pelas Comissões de Avaliação, pelo Conselho Fiscal ou qualquer interessado)" (VIEIRA, 2011, p. 203).

<sup>175</sup> Ivan Barbosa Rigolin esclarece não importar a natureza ou a espécie da entidade para contra ela se admitir a proposição de ação de improbidade administrativa. Toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha praticado ato de improbidade administrativa é suscetível de ser ré em uma dessas ações (RIGOLIN, 2012).

Organizações Sociais que envolvem a transferência da gestão operacional de determinado serviço público para a entidade não estatal.

#### **4.4.5 Alteração e extinção do contrato de gestão**

A legislação específica não dispõe sobre a alteração e as hipóteses de extinção dos contratos de gestão. Assim, opina-se que se aplicam a essas avenças as disposições gerais previstas na Lei 8.666/93 para os contratos administrativos comuns.

As hipóteses de alteração dos contratos administrativos comuns estão previstas no artigo 65 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Segundo o referido dispositivo, os contratos podem ser modificados unilateralmente pela administração, sempre com as devidas justificativas. A modificação pode ocorrer nos seguintes casos: (i) unilateralmente pela Administração, a) para alterar as especificações do seu objeto, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e, b) para mudar o valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela lei; (ii) por acordo das partes, c) para readequar as metas de desempenho da entidade contratada; d) para alterar a forma de pagamento, quando justificada por circunstâncias supervenientes; e, e) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nesse sentido, segundo Maria Tereza Fonseca Dias, entende-se que a alteração será realizada

por meio de aditamento sempre que houver qualquer problema de gestão, ou seja, as metas e os objetivos poderão ser redimensionados se não puderem ser cumpridos, o mesmo ocorrendo com o repasse de recursos financeiros (DIAS, 2008, p. 297).

No que pertine à extinção do contrato de gestão, a maneira natural de isso acontecer é com o advento do final do seu prazo de vigência, quando não houver a sua renovação. Os casos, em teoria, excepcionais são os que envolvem a interrupção da vigência do contrato antes do seu final, hipóteses que se denomina genericamente de rescisão

contratual. Essas hipóteses estão previstas no artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, no que se refere aos contratos administrativos comuns, extensíveis, conforme sobredito, aos contratos de gestão.

A legislação específica das Organizações Sociais não faz referência direta à rescisão dos contratos de gestão. Todavia, ao dispor, no artigo 16, que a Administração "poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão", indiretamente alude à rescisão do contrato, dado ser impossível existir contrato de gestão sem a presença de entidade qualificada como Organização Social<sup>176</sup>.

Para esses casos em específico, crê-se que a solução adequada deve ser a aplicação do princípio da razoabilidade e da técnica da proporcionalidade, para evitar o rompimento de uma parceria por conta de pequenos e/ou irrelevantes descumprimentos de preceitos do contrato de gestão.

No mais, crê-se que o descumprimento de dispositivos do contratos de gestão motivado por circunstâncias alheias à Organização Social - como, por exemplo, o não alcance das metas mínimas de desempenho pactuadas por conta de greve geral dos funcionários - não deve gerar rescisão automática. Todavia, se essas circunstâncias acarretarem na impossibilidade de a Organização Social der continuidade na execução satisfatória das atividades, é legítimo que a administração retome o serviço ou rescindir a avença, conforme for o caso (descentralização ou fomento).

Por fim, é digna de destaque a aplicabilidade da hipótese de rescisão contratual por razões de interesse público, prevista no XII do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993. Assim, mesmo que a parceria com determinada entidade esteja sendo desenvolvida satisfatoriamente, caso haja modificações justificadoras do seu encerramento (como, por exemplo, o surgimento de novas técnicas de serviço que sejam ainda

---

<sup>176</sup> Em última análise, parece que as Organizações Sociais estão sujeitas, ainda, às consequências previstas no Decreto-Lei nº 41/1966, que prevê a dissolução das sociedades civis de fins assistenciais que recebam auxílio ou subvenção do Poder Público, nas hipóteses em que a entidade: "I - Deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina; II - Aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais; III - Ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores".

mais satisfatórias ao interesse público), há a possibilidade de rescisão do contrato, fundada na busca por uma maior satisfação do interesse público. Sílvio Luís da Rocha corrobora esse entendimento:

Não se nega a Administração o direito de resilir unilateralmente o contrato. Parece-nos que o exigir a presença de uma razão de interesse público que justifique a revogação objetiva por cobro à ideia de que basta a declaração da Administração para revogar o contrato. A declaração da Administração deve ser motivada, e esse motivo deve atender a um interesse público (ROCHA, 2006, p. 164).

Por fim, fica resguardado o direito da Organização Social em ser indenizada pelos eventuais prejuízos que sofrer com o encerramento prematuro do ajuste. Todavia, conforme bem apontado por Rocha, a indenização deve visar a suprir somente os danos emergentes, não compreendendo lucros cessantes, dada a ausência de interesse lucrativo por parte da Organização Social nas parcerias celebradas com o poder público (ROCHA, 2006).

#### **4.4.6 Previsão de "taxa de administração" ou similar no contrato de gestão**

Uma questão que gera controvérsia, notadamente na esfera dos Tribunais de Contas, é a possibilidade de inclusão de cláusula prevendo o repasse de valores a título de "taxa de administração" (também denominada de "taxa de operacionalização" ou "de gerência"), ou similar, nos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais.

Em linhas gerais, a previsão de "taxa de administração" significa a transferência de valores não diretamente vinculados ao custeio de itens previstos no plano de trabalho da parceria entabulada entre a entidade parceira e o Poder Público. Em geral, a justificativa para a inclusão desse tipo de taxa nos instrumentos de parceria é a necessidade do custeio das "despesas indiretas" suportadas pela entidade parceira na execução do contrato celebrado com o Poder Público. Tais custos não seriam mensuráveis com precisão, o que impediria a sua inclusão no plano de trabalho, que estabelece as diretrizes para a execução da parceria. Os opositores da inclusão da "taxa de administração", por sua vez, argumentam que, a todas as luzes, serviria somente para a

remuneração da entidade parceira, o que não se comprazeria com o fato de não serem dotadas de espírito lucrativo.

É por esse motivo que, inicialmente, a discussão envolvendo a possibilidade jurídica da previsão de taxa de administração recaiu sobre os convênios, espécie de avença em que não há remuneração da entidade conveniada. O Tribunal de Contas da União possui sólido entendimento sobre a impossibilidade de previsão de transferência de valores a título de "taxa de administração" em instrumentos de convênio<sup>177</sup>, ao mesmo tempo que permite "o ressarcimento de despesas administrativas suportadas pela entidade parceira em função da execução do objeto do ajuste"<sup>178</sup>.

Assim, em última análise, fica claro que o que é vedado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União é a remuneração das entidades conveniadas com a Administração Pública Federal, e não propriamente a cobrança de "taxa de administração", quando essa serve para o ressarcimento dos custos indiretos que incidem sobre as entidades para a execução do objeto da parceria. Desse modo, o Tribunal de Contas da União atribui natureza remuneratória à "taxa de administração", o que justifica a negativa da possibilidade de inclusão nos instrumentos de convênio.

Feitas essas considerações, é de se dizer que se considera legítima e perfeitamente legal a inclusão de taxa de administração nos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais. Inclusive em determinadas situações com natureza estritamente remuneratória.

Primeiro de tudo, no que se refere à possibilidade de previsão de taxa visando a cobrir os custos indiretos suportados pelas entidades parceiras do Estado na execução das parcerias, crê-se que não restam dúvidas sobre a sua legalidade, ao menos no que se refere às parcerias celebradas a título de descentralização por colaboração, onde há uma delegação, ainda que atípica, de serviços públicos sociais à Organização Social. Apesar de compartilhar o entendimento de que o ideal é que todos os custos inerentes à avença estejam regular e detalhadamente previstos no correspondente plano de trabalho, reconhece-se a possibilidade de sobrevirem gastos indiretos imprevistos, o que, se não

---

<sup>177</sup> Plenário, Processo nº 425.179/1996-6, Acórdão nº 191/1999, Data do Julgamento: 20/10/99, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues; Plenário, Processo nº 014.379/2001-7, Acórdão nº 235/2003, Data do Julgamento: 19/03/03, Relator: Min. Ubiratan Aguiar.

<sup>178</sup> Processo: 020.622/2010-4. Relator: Min. José Jorge. Data da decisão: 03 de junho de 2011.

forem suportados pelo Estado, trarão injusto encargo à entidade parceira, que nada mais está do que atuando em nome do Estado.

Ainda que instrumentos normativos infralegais<sup>179</sup> já amparassem esse entendimento há algum tempo, somente muito recentemente, com a promulgação da Lei Federal nº 13.019/2014, o tema mereceu positividade legal. A nova legislação, ainda fora de vigência, apesar de vedar expressamente a estipulação de despesas a título de “taxa de administração” (art. 45, I), permite, no art. 47, o pagamento dos custos indiretos inerentes ao ajuste, desde que incluídos no plano de trabalho, conforme assinalado a seguir:

Art. 47. O plano de trabalho poderá incluir o pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, em proporção nunca superior a 15% (quinze por cento) do valor total da parceria, desde que tais custos sejam decorrentes exclusivamente de sua realização e que:

I - sejam necessários e proporcionais ao cumprimento do objeto;

II - fique demonstrada, no plano de trabalho, a vinculação entre a realização do objeto e os custos adicionais pagos, bem como a proporcionalidade entre o valor pago e o percentual de custo aprovado para a execução do objeto;

III - tais custos proporcionais não sejam pagos por qualquer outro instrumento de parceria.

Considera-se, todavia, em acréscimo, ainda no que toca aos contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais a título de descentralização por colaboração, ser perfeitamente legal a previsão de transferência de valores com sentido remuneratório para a entidade parceira. Primeiro porque, conforme já argumentado, não se considera que os contratos de gestão têm natureza convencional, e sim contratual, não

---

<sup>179</sup> Como, por exemplo, a Portaria Interministerial nº 507/2011, que se refere aos convênios celebrados entre a Administração Pública federal e entidades do terceiro setor: Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado: I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; (...) Parágrafo único. Os convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, poderão acolher despesas administrativas até o limite de 15% (quinze por cento) do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho.

havendo, portanto, vedação na inclusão desse tipo de cláusula. Afinal, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho,

o convênio exclui o cabimento de apropriação de qualquer benefício pelos sujeitos participantes. Já a contratação entre o Estado e uma organização não governamental pode prever algum tipo de remuneração. Portanto, o contrato de gestão e o termo de parceria nem sempre terão a natureza de convênio. É perfeitamente possível que exista uma modalidade de contratação administrativa, ainda que a entidade não disponha de intuito lucrativo e não distribua lucros aos associados (JUSTEN FILHO, 2014, p. 468).

Segundo, porque o fato de as Organizações Sociais gestoras de serviços públicos não possuírem fins lucrativos não impede o seu interesse em possuir uma fonte adicional de renda, as quais podem ser aplicadas na melhoria das suas atividades próprias. Nesse caso, essa "taxa de administração", seja lá qual denominação que tiver, representa um instrumento de fomento social. Daí a sugestão de que seja denominada de "taxa de fomento". Esse entendimento encontra amparo na doutrina de Gustavo Justino de Oliveira:

Ou seja, o próprio pagamento de uma taxa de administração às organizações sociais, previstos no contrato de gestão, em um contexto de parcerias, consiste em um instrumento de fomento do Estado – e jamais remuneração ou pagamento por serviços prestados ao Estado – indispensável para que a entidade privada sem fins lucrativos possa organizar-se satisfatoriamente para bem cumprir suas tarefas.

Além disso, vedando-se às organizações sociais - parceiras privadas do Estado na consecução de objetivos públicos – a possibilidade de ver custeadas despesas operacionais previstas no plano de trabalho que legitimou a celebração do contrato de gestão, o Estado estará incorrendo em condutas que caracterizam locupletamento

indevido, em posturas espoliativas, as quais não se coadunam com o que se espera de um parceiro público, em um regime de colaboração público-privada formalizado por contrato de gestão, tendente à realização de atividades públicas em áreas sensíveis (OLIVEIRA, Gustavo, 2009, p. 30)<sup>180</sup>.

Por fim, considera-se que a transferência de valores a título de taxa de administração não é compatível com os contratos de gestão celebrados no sentido de fomento social. Nessas hipóteses, as atividades apoiadas pelo Estado já eram anteriormente desempenhadas pelas Organizações Sociais, não havendo, por um lado, justificativa para ressarcimento de valores que já eram de responsabilidade da entidade e, por outro, a necessidade de transferência de mais valores com o referido intuito, já que todos os recursos repassados no âmbito do contrato de gestão já possuem esse objetivo.

#### **4.4.7 Seleção da Organização Social firmatária do contrato de gestão**

Um último aspecto que deve ser objeto de discussão é o procedimento de seleção da Organização Social firmatária do contrato de gestão. Trata-se de mais um assunto sobre o qual há pouca convergência na doutrina. Contribui significativamente para isso o fato de a legislação não esclarecer com precisão o modo como ocorre a escolha da entidade.

---

<sup>180</sup> Fernandes, ainda que analisando o problema sob ângulo diverso, também reconhece a possibilidade de inclusão de taxa de administração nos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais: "O estabelecimento dos preços nos contratos de gestão deve ser analisado à luz do inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, que busca o preço justo da aquisição, aferido pela comparação com os preços praticados no mercado. Nesse sentido, se o valor pago pela Administração estiver condizente com os de mercado, nada obstante englobe eventual taxa de administração - que remunera os encargos operacionais da organização social, não percebo ilegalidade nessa composição de preços. Não é a denominação das parcelas componentes do preço que impõe sua ilegalidade, ou não, mas a discrepância do valor com os valores praticados pela Administração" (FERNANDES, 2005).



A legislação federal específica limita-se a informar que "na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade", não dispondo sobre o modo de seleção da entidade parceira. Em acréscimo, a Lei nº 8.666/93 dispõe ser dispensável a licitação para:

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.

Nesse cenário, existem três posicionamentos com amparo na doutrina: há os autores para quem a celebração do contrato de gestão deve ser precedida de procedimento licitatório, como qualquer contrato administrativo comum; há aqueles que creem ser dispensável a licitação pública, podendo a Organização Social ser contratada de forma direta; existem, por último, os que acreditam que, ainda que não seja obrigatória a realização de licitação pública para a celebração da parceria, é necessária a promoção de procedimento administrativo para a seleção da entidade, em observância aos princípios regentes da atividade administrativa, notadamente o princípio da isonomia.

Entre os defensores da primeira linha de pensamento está Sílvio Luís da Rocha, que estabelece como regra geral o dever de realização de licitação pública para a seleção da Organização Social firmatária do Contrato de Gestão. Na opinião do autor, a contratação direta somente se justificaria em caso de enquadramento em hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas na Lei nº 8.666/1993 (ROCHA, 2006). Essa opinião é compartilhada por Alberto Higa, para quem, o fato de a legislação específica das Organizações Sociais não ter previsto a realização de certame licitatório para a seleção da entidade parceira não abre margem para a desobediência aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa (HIGA, 2010). Corroboram esse entendimento Ferrari e Ferrari (FERRARI; FERRARI, 2007), Soares (SOARES, 2013) e Santos, que sugere a utilização da modalidade concurso, ou a adoção do critério da melhor técnica para a seleção da vencedora (SANTOS, 2007).

Na opinião de Soares, pouco importa

[...] enxergar a finalidade última do contrato de gestão como relação de parceria, fomento,

colaboração, sugerindo certa horizontalidade e convergência de interesses ente a parte pública e a parte privada. A Lei de Licitação e Contratos Administrativos preocupa-se com a estrutura jurídica da avença, colocando sob seu âmbito de incidência "todo e qualquer ajuste [...] em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas". As finalidades últimas do ajuste não são relevantes, num primeiro plano, para caracterizá-lo como contrato administrativo (SOARES, 2013, p. 90).

Nessa linha, o autor considera obrigatória a realização de prévia licitação toda vez que houver transferência de serviço público para a Organização Social. Quando o contrato envolver o fomento de atividades já antes desempenhadas pela Organização Social, pode haver a "contratação direta", desde que as singularidades que cerquem o caso concreto demonstrem ser inviável a competição (SOARES, 2013).

Tarso Cabral Violin, por sua vez, reconhece que as modalidades licitatórias ora existentes não foram desenvolvidas para a seleção de Organização Social firmatária de contrato de gestão com o Poder Público. Por esse motivo, o autor defende alteração na Lei de Licitações, de modo que seja criada modalidade mais compatível com a celebração de acordos entre o Estado e entidades do terceiro setor. Enquanto isso não ocorre, todavia, deve-se, segundo o autor, realizar licitação aplicando a legislação vigente (VIOLIN, 2010).

Um segundo grupo de autores considera desprocedente a realização de licitação pública para a celebração de contrato de gestão com Organizações Sociais. A opinião desses autores costumam sustentar-se em dois argumentos básicos: (i) os contratos de gestão teriam natureza de convênio, sendo dispensável a realização de prévia licitação para a celebração desse tipo de acordo<sup>181</sup>; e, (ii) a celebração de contratos de gestão com as Organizações Sociais subsume-se à hipótese de dispensa de licitação prevista no já descrito inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, o que justifica a contratação direta.

Citam-se, como exemplo de autores que argumentam nesse sentido, Gina Copola (COPOLA, 2006) e Maria Tereza Fonseca Dias,

---

<sup>181</sup> O Supremo Tribunal Federal possui decisões nesse sentido. Confira-se, por exemplo: Inq 1957, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2005.

para quem a hipótese de dispensa descrita no inciso XXIV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos "é para o contrato de gestão e não para a contratação da entidade para realizar outras atividades de interesse da administração pública" (DIAS, 2008, p. 228). Ainda nesse sentido, Gustavo Justino de Oliveira opina que não há quebra da isonomia em não se realizar licitação pública para a escolha da Organização Social firmatária do Contrato de Gestão, dado que esta avença estaria fora do campo de irradiação da Lei de Licitações (OLIVEIRA, 2008a).

Todavia, a razão parece estar com os autores da terceira via, os que apesar de crerem ser desnecessária a realização de licitação pública, consideram indispensável a realização de procedimento público para seleção da entidade firmatária do contrato de gestão, obediente aos princípios regentes do Direito Administrativo.

Explicando a razão pela qual se considera essa terceira linha de abordagem como a mais adequada, convém antes de tudo esclarecer que o significado atribuído por autores da segunda corrente à hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 não é o mais acertado.

O texto é claro: a licitação é dispensável "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". Ou seja, a dispensa não abrange a celebração do contrato de gestão em si, mas sim eventuais contratos de prestação de serviços extra, decorrentes do contrato de gestão previamente celebrado entre a Administração Pública e a Organização Social<sup>182</sup>. Não parece haver margem de ampliação hermenêutica do que se encontra descrito no texto legal. Afinal, se o objetivo do legislador fosse que a celebração do contrato de gestão tivesse a licitação dispensada, teria disposto tal intenção de forma expressa no texto legal, o que não fez<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> A legislação não especifica a informação, mas tudo leva a crer ser permitido as Organizações Sociais celebrarem mais de um contrato de gestão com o Poder Público, desde que tenham condições de desempenhar as atividades neles previstas satisfatoriamente. Nesse talante, o fato de a entidade já possuir um contrato de gestão firmado com determinada Administração Pública não justifica que seja a dispensável a licitação para a celebração dos seguintes, dado que o texto legal menciona somente "contratos de prestação de serviços".

<sup>183</sup> Tarso Cabral Violin também adere a este posicionamento, alertando, ainda, que "o dispositivo permite que as organizações sociais qualificadas e que

Comungam dessa interpretação sobre o referido texto legal Gustavo Justino de Oliveira (OLIVEIRA, 2008a), Francisco de Assis Alves (ALVES, 2000), Juarez Freitas (FREITAS, 1998), Joel de Menezes Niebuhr (NIEBUHR, 2011) e Leonardo Romano Soares, para quem o referido dispositivo garante apenas que

novos contratos com a mesma OS estariam isentos da licitação. Basta que: a) os novos compromissos tenham pertinência com as atividades previstas no contrato de gestão e b) seja a mesma entidade pública a contratar a OS. A *contrario sensu*, a contratação inicial, aquela que dá origem ao primeiro contrato de gestão, deve ser antecedida de licitação.

Em resumo, a interpretação legal mais consentânea com o espírito da lei conclui que para o "contrato-matriz", original, inicial demanda-se licitação; para as contratações derivadas e subsequentes, não (SOARES, 2013, p. 93).

Com isso, considera-se insustentável o argumento de que o inciso XXIV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos serve como suporte jurídico para a contratação direta da Organização Social pela Administração Pública. O próprio termo "contratação direta" é inadequado, uma vez que não se trata de uma contratação, e sim da celebração de uma parceria.

Por outro lado, mesmo se fosse reconhecida a natureza convenial dos contratos de gestão, posicionamento ao qual não se adere, conforme já exposto, ainda assim não estaria justificada a celebração da parceria de forma direta. Marçal Justen Filho está entre os que consideram que os contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais não possuem natureza de contratos administrativos, mas sim de convênio, motivo que afasta a obrigação da realização de licitação pública. Todavia, no olhar do autor, ainda assim, "será imperioso um processo seletivo quando

---

tenham firmado contrato de gestão sejam contratadas diretamente pelo próprio ente qualificador. Assim, exemplificativamente, uma organização social qualificada pela União, e que tenha firmado contrato de gestão com a Administração Pública federal, pode ser contratada por dispensa de licitação pelo art. 24, inc. XXIV, apenas pela própria União. Assim como uma organização social municipal não pode ser contratada, conforme o dispositivo em tela, por algum Estado da Federação (VIOLIN, 2010, p. 229).

existir uma pluralidade de particulares em situação equivalente, cada qual propondo soluções distintas e excludentes para a utilização de recursos públicos escassos" (JUSTEN FILHO, 2014). Em outra passagem, o autor especifica a sua visão: observa que permanece a obrigação do cumprimento ao "princípio da licitação" na firmatura dos contratos de gestão, uma vez que incidem sobre essas avenças os princípios que alicerçam a obrigação de realização de procedimentos licitatórios - os princípios da indisponibilidade do interesse público e da isonomia. Rafael Oliveira compartilha desse mesmo entendimento (OLIVEIRA, Rafael, 2009), que encontra amparo, ainda, no artigo 4º do Decreto Federal nº 6.170/2007<sup>184</sup>.

Assim, por um lado, o Estado tem o dever de selecionar a Organização Social que apresente as melhores condições e o melhor projeto para satisfazer o interesse que a parceria busca suprir; por outro, há a obrigação de dispensar às Organizações Sociais tratamento isonômico, concedendo idênticas condições de concorrer aos benefícios decorrentes da assinatura do contrato de gestão (JUSTEN FILHO, 2014).

Nesse talante, ainda na opinião de Justen Filho, o procedimento de contratação deveria obedecer aos modelo básico previsto na Lei nº

---

<sup>184</sup> Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. § 1º Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios. § 2º O Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no caput nas seguintes situações: I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

8.987/1995, já que as vantagens auferíveis pelo contrato de gestão são semelhantes às obtidas no regime de concessões. Além disso, a

[...] disputa seria norteada por ato convocatório simplificado, no qual estariam contidas as vantagens que o Estado dispõe-se a conceder. Os particulares teriam de apresentar projeto de atuação, como previsão minuciosa de seus deveres e responsabilidades. O critério de seleção terá de ser objetivo, tendo em vista as propostas apresentadas (JUSTEN FILHO, 2014, p. 466).

Voltando à discussão inicial, Rodrigo Pagani de Souza considera que a obrigação da realização de licitação pública para a assinatura de parcerias com o terceiro setor depende do sentido conferido à expressão "licitação pública". Se o entendimento for restrito, conforme previsto no direito positivo brasileiro por meio da Lei nº 8.666/93, a resposta seria não, já que, nessa acepção, licitação pública é o instrumento que serve para contratar fornecedores, e não parceiros. Mas se o termo for entendido em sentido amplo, como um procedimento administrativo de competição, informado pelos princípios da igualdade e do interesse público, a resposta é positiva (SOUZA, 2011).

Adere-se ao posicionamento de Pagani de Souza, por reconhecer que a licitação pública não é o meio adequado para a celebração de parcerias com o terceiro setor, dado que as suas modalidades foram desenhadas para o Estado contratar fornecedores junto ao mercado. Assim, muitos dos procedimentos e exigências previstos na Lei de Licitações não se coadunam com o regime de parcerias.

Por outro lado, a celebração de parcerias com entidades do terceiro setor está inserida no Direito Administrativo. Logo, deve obediência ao regime jurídico administrativo e, portanto, aos princípios norteadores da atividade administrativa, inclusive o da isonomia. Assim, para adequação ao regime jurídico administrativo, é necessário procedimento de escolha da Organização Social, para o qual deve ser dada ampla publicidade e existir a correta motivação das decisões tomadas (SOUZA, 2011). Afinal, apesar de

[...] a escolha de entidade privada sem fins lucrativos para celebração de acordo administrativo ser um poder discricionário da Administração Pública, tal discricionariedade não pode servir a burlar os princípios da isonomia,

moralidade e transparência. Seja qual for a denominação dada ao processo seletivo de entidades privadas sem fins lucrativos para agir em parceria com o Poder Público, é necessário que haja um critério que possibilite a escolha mais justa e vantajosa (SALIONE, 2010, p. 88).

Nesse sentido, ainda que seja inegável a existência de um déficit informacional na legislação, dado que não há previsão expressa sobre a necessidade da seleção pública, a realização do procedimento é devida. Inclusive porque, conforme já sobredito, "na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade", disposição que, por si só, ainda que de forma transversa e de maneira genérica, demanda a realização do procedimento de seleção impessoal<sup>185</sup>. A opinião de Rothenburg corrobora esse entendimento:

As exigências de impessoalidade e moralidade reclamam um procedimento objetivo de escolha do parceiro do Estado, para verificar-se se existem interessados em concorrer. Afinal, a perspectiva para o Terceiro Setor é abrir espaço e estimular a maior participação possível de sujeitos organizados da sociedade em atividades de interesse público (ROTHENBURG, 2007, p. 102).

O mais recente posicionamento do Tribunal de Contas da União também vai nesse sentido, quando refere que

[...] a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua

---

<sup>185</sup> Além disso, é certo que o modelo de Organizações Sociais é um instrumento para privilegiar um incremento na eficiência no exercício da função pública. É reconhecido que a profissionalização do exercício da função pública é essencial para privilegiar o princípio da eficiência administrativa. Assim, há mais uma justificativa para a realização de seleção da entidade parceira, já que, na opinião de Romeu Felipe Bacellar Filho, a licitação pública, junto com o concurso público, configuram as duas principais garantias de profissionalização da função administrativa (BACELLAR FILHO, 2011).

não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993 (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013).

O ideal seria, contudo, para conferir maior segurança jurídica ao procedimento de seleção da entidade parceira, que a forma de realização detalhada fosse positivada pelo legislador. A inspiração pode ser o "concurso de projetos" utilizado para selecionar a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público firmatária do termo de parceria com o Estado, nos termos do previsto no Decreto Federal nº 3.100/1999. A sistemática já foi adotada por determinados modelos estaduais de parcerias com Organizações Sociais, como, por exemplo, o de Santa Catarina.

Considera-se essencial que a normativa específica disciplinando a seleção da Organização Social parceira implante canais de comunicação entre a Administração e a sociedade civil organizada, possibilitando que constantemente sejam apresentados, e, mais do que isso, examinados e objeto de manifestação específica por parte da administração, projetos e propostas de parceria entre as entidades e o poder público, sem que necessariamente haja um procedimento de seleção em aberto. Na seara das concessões públicas, esses diálogos travados entre a Administração Pública e a sociedade, realizados de forma prévia ou mesmo sem que haja certame licitatório em aberto, são denominados de "Procedimento de Manifestação de Interesse" (SCHIEFLER, 2013). A recentíssima Lei Federal nº 13.019/2014, que [infelizmente, nesse caso] não se aplica às Organizações Sociais, contém previsão nesse sentido, fazendo alusão a um "Procedimento de Manifestação de Interesse Social"<sup>186</sup>. É essencial

---

<sup>186</sup> Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

Art. 19. A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá atender aos seguintes requisitos: I - identificação do subscritor da proposta; II - indicação do interesse público envolvido; III - diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida.



que a interpretação dominante seja no sentido de que a iniciativa deva ser estendida também para a celebração de parcerias com Organizações Sociais.

Por fim, o entendimento pela necessidade da realização de prévio procedimento de seleção não impede a eventual celebração de parcerias de forma direta, desde que obedecidos os requisitos legais específicos (que pode ser inspirada no mencionado art. 4º do Decreto nº 6.170/2007), aplicando-se, supletivamente, as normas relativas à dispensa e inexistência de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993.

## 4.5 PREVISÃO LEGAL

### 4.5.1 Evolução legislativa

Conforme já esclarecido, a primeira menção sobre as Organizações Sociais e as parcerias que firmariam com o Poder Público deu-se no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, documento desprovido de caráter normativo. Desde que se colocou em prática o que fora planejado para a reforma, iniciaram-se as produções legislativas visando a positivar os instrumentos que sustentariam as mudanças aplicadas na Administração Pública federal brasileira.

No que se refere às Organizações Sociais, a evolução legislativa ocorreu do seguinte modo: a inclusão do modelo no ordenamento jurídico brasileiro deu-se pela edição da Medida Provisória nº 1.591, de

---

Art. 20. Preenchidos os requisitos do art. 19, a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema. Parágrafo único. Os prazos e regras do procedimento de que trata esta Seção observarão regulamento próprio de cada ente federado, a ser aprovado após a publicação desta Lei.

Art. 21. A realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não implicará necessariamente na execução do chamamento público, que acontecerá de acordo com os interesses da administração. § 1º A realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não dispensa a convocação por meio de chamamento público para a celebração de parceria. § 2º A proposição ou a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse Social não impede a organização da sociedade civil de participar no eventual chamamento público subsequente.

9 de outubro de 1997<sup>187</sup><sup>188</sup>. A referida Medida Provisória foi reeditada inúmeras vezes, sob os seguintes números: Medida Provisória nº 1.591-1, de 6 de novembro de 1997; Medida Provisória nº 1.591-2, de 4 de dezembro de 1997; Medida Provisória nº 1.591-3, de 31 de dezembro de 1997; Medida Provisória nº 1.591-4, de 29 de janeiro de 1998; Medida Provisória nº 1.591-5, de 26 de fevereiro de 1998; Medida Provisória nº 1.648-6, de 24 de março de 1998; e, finalmente, Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1998.

A Medida Provisória nº 1.648-7, por sua vez, foi convertida na Lei Federal nº 9.637/1998, legislação de regência da matéria em nível nacional. Essa Lei será objeto de análise na próxima subseção.

#### **4.5.2 Lei Federal nº 9.637/1998**

A Lei Federal nº 9.637/1998 regula a figura jurídica das Organizações Sociais e as parcerias que estas celebram com a Administração Pública federal. Trata-se de legislação federal e não nacional, já que a Lei somente dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais pela Administração Pública federal. Como

---

<sup>187</sup> Há fundada dúvida sobre se houve o preenchimento dos requisitos formais para a edição da Medida Provisória (que tinha como objeto "a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de suas atividades por organizações sociais"), notadamente o da urgência. Acredita-se que não havia urgência para a implantação do modelo, motivo pelo qual se considera que a edição de Medida Provisória não foi o instrumento jurídico adequado para a positivação do modelo.

<sup>188</sup> Pouco antes da edição da primeira Medida Provisória, foi editado o Decreto nº 2.172, de 5 de maio de 1997, já revogado, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. O artigo 206 do Decreto dispõe que para "atender ao serviço social, conforme o disposto no art. 192, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderá celebrar convênio, contrato ou acordo com organizações sociais, empresas, profissionais autônomos e instituições públicas ou privadas, bem como credenciá-los, para realizar programas sociais e prestar assistência jurídica ao beneficiário". Todavia, o termo "organizações sociais" parece ter sido utilizado de forma genérica, nesse caso, sem fazer referência específicas à qualificação jurídica de Organização Social, conferida a entidades integrantes do terceiro setor que preencham requisitos legais. Até porque, esses requisitos somente foram instituídos meses depois, com a edição da Medida Provisória nº 1.591/1997.

consequência, somente esse nível de Administração Pública poderá celebrar contratos de gestão com as entidades assim qualificadas.

Os Estados, Municípios e o Distrito Federal devem editar sua legislação própria acerca da matéria, que deve obedecer às linhas gerais impostas pela Legislação federal. Esta pode servir de modelo para as leis estaduais e municipais, que devem ser adaptadas às peculiaridades regionais ou locais (MEIRELLES, 2010). Muitos Estados e Municípios já editaram legislação própria, conforme será demonstrado mais a frente.

Há quem considere que a Lei nº 9.637/1998 possui caráter nacional<sup>189</sup>, ou seja, que habilita também as Administrações Públicas estaduais, municipais e distrital a qualificar entidades como Organizações Sociais e celebrar contratos de gestão com essas. Conforme sobredito, essa não parece ser a interpretação mais acertada, mormente quando considerado o disposto no artigo 15 da Lei federal:

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3o, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

O dispositivo claramente, ainda que de forma indireta, dispõe que a qualificação de entidades como Organização Social em outras esferas da federação pressupõe a edição de legislação local.

A seguir, abordam-se alguns aspectos que se considera relevantes, dispostos na Lei nº 9.637/1998.

#### 4.5.2.1 Qualificação da entidade como Organização Social

O artigo 1º da Lei nº 9.637/1998 dispõe que

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

---

<sup>189</sup> Ivan Barbosa Rigolin está entre os que consideram que a Lei nº 9.637/1998 possui abrangência nacional, e não apenas federal. O autor argumenta que o artigo 1º refere-se genericamente a um "Poder Executivo", sem especificar o nível de governo a que pertence (RIGOLIN, 2008).

desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Assim, primeiro de tudo, a qualificação como Organização Social somente pode ser conferida a pessoas jurídicas de direito privado. Estão excluídas, portanto, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direito público, o que também serve para afastar a alegação de que essas entidades comporiam a Administração Pública indireta.

Em segundo lugar, as pessoas jurídicas de direito privado, para fazerem jus ao recebimento da qualificação de Organização Social, não podem possuir fins lucrativos. Conforme já apontado, a ausência de fins lucrativos mencionada no dispositivo relaciona-se com o fato de não haver distribuição de eventuais lucros aos dirigentes da entidade. Assim, não há impedimento de que a Organização Social eventualmente tenha lucro em suas atividades, desde que sejam reinvestidos no desenvolvimento dos fins sociais da entidade (ROCHA, 2006). É o que explica Marçal Justen Filho:

[...] a regra não exclui do benefício entidades que venham a apresentar circunstancialmente lucro. Ou seja, a questão não reside em obter lucro ou prejuízo, no plano dos fatos. Não se exige que somente sejam contratadas entidades deficitárias. O que se exclui é a contratação de entidades que, modeladas pelos princípios da iniciativa privada, sejam vocacionadas essencialmente para o lucro. Reitere-se que não estão excluídas as entidades administradas racionalmente e que buscam evitar desperdícios ou prejuízos. Também não estão excluídas entidades que buscam lucro eventual e acessoriamente, como instrumento de melhor realização de seus fins sociais. É essencial que a entidade não distribua lucros a seus associados nem lhes transfira benefícios a qualquer título (JUSTEN FILHO, 2014, p. 440).

Do requisito que impede as Organizações Sociais de possuírem fins lucrativos subentende-se que as mesmas, em regra, devem se organizar como associações ou fundações. O artigo 44 do Código Civil dispõe que são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos

políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. As sociedades e as empresas individuais de responsabilidade limitada são espécies de pessoas jurídicas voltadas ao lucro. Não lhes é facultado, portanto, requerer a qualificação como Organização Social<sup>190</sup>. Os partidos políticos e as organizações religiosas, apesar de não serem pessoas jurídicas voltadas ao lucro, são constituídas com fins específicos, que não estão entre os previstos no dispositivo, conforme detalhar-se-á em seguida.

Extrai-se do artigo primeiro, ainda, que somente estão aptas a receber a qualificação as entidades cujas atividades sejam dirigidas ao ensino<sup>191</sup>, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Essas searas de atuação, apesar de costumeiramente não serem de difícil identificação, devem ser interpretadas de forma ampla. Assim, uma instituição de ensino não necessariamente deve se dedicar ao ensino das matérias curriculares. Uma entidade que se dedique ao ensino de noções de política e civismo para crianças pode, por exemplo, pleitear o recebimento da qualificação como Organização Social (desde que, por óbvio, preencha os demais requisitos previstos em lei).

Na sequência, o artigo 2º estabelece os requisitos específicos que as entidades devem reunir para fazer jus ao recebimento da qualificação.

---

<sup>190</sup> Ivan Barbosa Rigolin faz a ressalva de que, no passado, por falta de rigor "taxinômico" muitas entidades sem fins lucrativos eram erroneamente denominadas de "sociedades" (sociedades protetoras do animais, por exemplo). Assim, segundo o autor, se uma entidade denominada como sociedade demonstre efetivamente não possuir fins lucrativos, ela poderá fazer jus ao recebimento da qualificação de Organização Social, desde que cumpra os demais requisitos previstos em lei (RIGOLIN, 2008). O elemento essencial é a forma de constituição e não propriamente a denominação da entidade.

<sup>191</sup> Ainda que uma das áreas em que as organizações sociais irão atuar seja a educação, isso, ao menos em nível federal, não implicou que organizações sociais pudessem passar a gerir as Universidades Federais. Isso não foi possível por conta da resistência dos professores e funcionários, que erroneamente identificaram a proposta como uma privatização do ensino público (BRESSER-PEREIRA, 1996a, p. 294). A situação é bem diferente em outros países, cujos sistemas de educação superior são considerados entre os melhores do mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, todas as universidades são organizações públicas não estatais, sendo parcialmente financiadas ou subsidiadas pelo Estado. No Reino Unido, as universidades estão sob controle das já mencionadas *QUANGOs*, assim como os hospitais (BRESSER-PEREIRA, 1998a, p.35).

Os requisitos a serem observados estão relacionados a informações que devem constar no ato constitutivo da entidade. Assim, é certo que as instituições que desejarem pleitear o recebimento da qualificação devem alterar seus atos constitutivos, de modo a adequá-lo ao que exige o dispositivo. Dispõe o referido artigo:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação,

ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Como se vê, os requisitos dispostos no inciso I do supracitado artigo são objetivos. Basta que as informações exigidas pelo constem no ato constitutivo da entidade para a mesma possa se habilitar ao recebimento da qualificação. Ocorre que o inciso II inclui um requisito subjetivo, relacionado à aprovação quanto à conveniência e oportunidade da sua qualificação por parte do "Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado".

Assim, pela sistemática proposta pelo dispositivo, não basta que a entidade preencha os requisitos legais para obter a qualificação de Organização Social. Deve, ainda, receber parecer positivo das autoridades mencionadas no referido dispositivo. Essa previsão será alvo de críticas no capítulo seguinte, dado o fundado risco de transformar a qualificação como Organização Social em instrumento de favorecimentos políticos e financeiros.

A alínea "c" do inciso I do artigo 2º da legislação em comento exige que as entidades que buscam o recebimento da qualificação comprovem possuir ato constitutivo prevendo, como órgãos de deliberação superior e direção, "um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas" previstas na Lei.

A composição e as atribuições do Conselho de Administração estão previstas, respectivamente, nos artigos 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998:

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

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

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;



II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

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

Primeiro, no que se refere à composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais, é de se dizer que as normas que o disciplinam são extremamente confusas, ao ponto de justificarem a afirmação de Ivan Barbosa Rigolin de que parecem "obra de um maníaco" (RIGOLIN, 2000, p. 175).

O aspecto de maior destaque é a obrigação de que o Conselho de Administração das entidades seja composto também por membros do Poder Público. Não se vê com bons olhos essa obrigação legal. O dispositivo não parece estar de acordo com o espírito do modelo das Organizações Sociais, alimentado pelos ideais de descentralização, fomento e gerencialismo.

Ademais, o dispositivo é inconveniente, ainda, porque não contribui para o enxugamento da máquina estatal, um dos objetivos das parcerias com as Organizações Sociais. Com essa obrigação, continua sendo necessário a manutenção de um considerável corpo de

funcionários para integrarem os órgãos diretivos das entidades (PINTO, 2013), o que pode, inclusive, em um caso extremo, impedir a qualificação de novas Organizações Sociais por falta de pessoal para compor o seu Conselho de Administração. Na opinião do autor, seria muito mais interessante "a construção de órgãos reguladores para os diversos segmentos sociais, que centralizassem e conferissem técnica e coerência ao controle das organizações sociais, otimizando os custos públicos com a sua fiscalização" (PINTO, 2013, p. 156). De fato, a criação dessas espécies de "agências reguladoras", desde que suficientemente equipadas, poderia resolver o problema da fiscalização contínua dessas entidades, substituindo a participação de membros do Poder Público no Conselho de Administração.

Todavia, fato é que a exigência legal existe e, ao menos por ora, deve ser cumprida. Considera-se interessante destacar o apontamento de Sílvio Luís da Rocha, para quem a entrada em vigor da composição do Conselho de Administração incluindo membros do Poder Público deve ficar condicionada ao recebimento da qualificação como Organização Social (ROCHA, 2006). A observação é pertinente, já que a legislação exige a previsão, no ato constitutivo da entidade, da participação de membros do Poder Público no seu Conselho de Administração como requisito para o recebimento da qualificação. Ou seja, a obrigação já consta no ato constitutivo antes da conferência da qualificação, sendo, na verdade, um pressuposto da certificação. Nada mais coerente - ou menos esdrúxulo, já que a intervenção do Poder Público na direção da entidade é absurda, em qualquer hipótese -, que a disposição somente passe a vigor com o recebimento da qualificação, já que não faria sentido que a instituição fosse obrigada a abrigar membros do Poder Público em seu corpo diretivo antes do recebimento da qualificação como Organização Social.

Por último, convém ressaltar mais dois aspectos relacionados aos requisitos para a qualificação das entidades: (i) o rol de exigências para qualificação é taxativo (COPOLA, 2006), o que significa que a Administração não pode condicionar a conferência do título ao cumprimento de novos requisitos estranhos à lei; (ii) a Organização Social tem o dever de manter o cumprimento dos requisitos enquanto perdurar a qualificação, sob pena de perda do título.

#### 4.5.2.2. Efeitos jurídicos da qualificação

São dois os efeitos ou consequências jurídicas decorrentes do recebimento da qualificação como Organização Social: (i) o

recebimento do título de instituição de utilidade pública e de interesse social (artigo 11 da Lei nº 9.637/1998); e, (ii) a possibilidade de firmar contrato de gestão com o Poder Público (artigo 5º da Lei nº 9.637/1998), passando a ser destinatária de dotação orçamentária (artigo 12 da Lei nº 9.637/1998) e podendo receber bens públicos via permissão de uso (§ 3º do artigo 12 da Lei nº 9.637/1998) e servidores públicos cedidos pela Administração (artigo 14 da Lei nº 9.637/1998). Sílvio Luís da Rocha classifica o primeiro como efeito imediato, já que é automático ao recebimento da qualificação, e o segundo de mediato, já que dependente de nova ação por parte da Administração Pública (ROCHA, 2006).

Segundo Francisco Assis Alves, o reconhecimento como entidade de interesse social e de utilidade pública garantiria que as Organizações Sociais estariam desobrigadas de recolhimento do encargos previdenciários e tributários (ALVES, 2000). Todavia, não são absolutamente claros os exatos efeitos do recebimento do título pelas Organizações Sociais. Para atenuar o problema, Rigolin recomenda que a Organização Social obtenha do Poder Público expressa enunciação e delimitação dos efeitos das declarações já no ato de qualificação (RIGOLIN, 2008).

No que se refere aos repasses financeiros, são "assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão" (§ 1º do artigo 12 da Lei nº 9.637/1998). Além disso, como se trata de Orçamento Público, a sua dotação deve ser renovada anualmente, por intermédio de Termo Aditivo ao Contrato de Gestão.

No que concerne à destinação de bens públicos às Organizações Sociais, será obrigatoriamente objeto de cláusula expressa no contrato de gestão. A destinação será formalizada via permissão de uso, ficando dispensada a licitação (§ 3º do artigo 12 da Lei nº 9.637/1998). Ademais, os "bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União" (artigo 13 da Lei nº 9.637/1998), que "dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público" (parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.637/1998).

Por último, mesmo com a cessão especial de servidores públicos para as organizações sociais, o ônus permanecerá com a origem (artigo 14 da Lei nº 9.637/1998), ou seja, com a Administração Pública cedente. Inclusive, o "servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz [sic] no órgão de origem, quando ocupante de cargo de

primeiro ou de segundo escalão na organização social" (§ 3º do artigo 14 da Lei nº 9.637/1998). Por fim, a legislação veda, ainda, (i) a incorporação "aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social" (§ 1º do artigo 14 da Lei nº 9.637/1998); e, (ii) o pagamento, por parte da Organização Social, com recursos provenientes do contrato de gestão, de vantagem pecuniária permanente a servidor cedido pela Administração, "ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria" (§ 2º do artigo 14 da Lei nº 9.637/1998).

#### 4.5.2.3. Desqualificação da entidade como Organização Social

O procedimento de desqualificação da entidade é descrito no artigo 16 da Lei nº 9.637/1998. O dispositivo prevê que o Poder Executivo "poderá" - trata-se, portanto, de uma faculdade, não de uma obrigação - desqualificar a entidade, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão<sup>192</sup>. A desqualificação será precedida de processo administrativo, "assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão" (§ 1º do artigo 16 da Lei nº 9.637/1998). Sobre o assunto, colhe-se a opinião de Sílvio Luís da Rocha:

---

<sup>192</sup> Juarez Freitas, considera imprópria a discricionariedade concedida ao Poder Executivo de desqualificar, ou não, a entidade, nos casos em que esta descumprir cláusulas previstas no contrato de gestão. O autor considera que a desqualificação, nesses casos, é um imperativo, e deve obrigatoriamente ser providenciada pela Administração (FREITAS, 2009). Ousa-se discordar do posicionamento do Professor gaúcho. Considera-se que a desqualificação, nesses casos, não deve ser compulsória, dado que o administrador público deverá avaliar se a falta cometida pela Organização Social é contundente o suficiente para ensejar a rescisão do contrato de gestão e a desqualificação da entidade. Ora, não é qualquer mínimo descumprimento de cláusula acessória do contrato do gestão que deve ter como resultado punição tão grave. Se assim agir, a Administração Pública estará ofendendo ao primado da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade. Essa atitude poderia ser atentatória, ainda, ao interesse público, já que a interrupção das atividades que vem sendo desenvolvidas pela Organização Social firmatária do contrato de gestão, mormente em segmentos estratégicos como saúde e educação, pode ir de encontro com os interesses da população.

A desqualificação é medida sancionatória a ser exercida por competência discricionária e não vinculada. A autoridade administrativa poderá - e não deverá - proceder à desqualificação da entidade como organização social (art. 16 da Lei 9.637) de modo que há margem de liberdade para a apreciação subjetiva do Administrador na aplicação da sanção. A ele caberá verificar se no caso concreto a melhor solução para a Administração é desqualificar a entidade. A discricionariedade prevista em lei para o conteúdo do ato - desqualificar ou não - exige que a autoridade escolha a alternativa que melhor atenda ao interesse público. Logo, em casos em que restou demonstrado a prática de atos considerados infrações graves, que atentam contra o interesse público, como o desvio de recursos, não restará à Administração alternativa senão a de desqualificar o ente, porque assim exige o interesse público em jogo (ROCHA, 2006, p. 171).

Assim, acredita-se que a desqualificação da entidade configura uma sanção pesada, devendo ocorrer, portanto, somente quando o descumprimento de dispositivos previstos no contrato de gestão for igualmente grave. Desse modo,

[n]ão é o descumprimento de qualquer cláusula que autoriza a desqualificação da entidade como Organização Social, mas o inadimplemento culposo ou doloso que tenha acarretado a resolução do contrato de gestão (ROCHA, 2006, p. 169)<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Ivan Barbosa Rigolin corrobora esse entendimento: "Um tal descumprimento, entretanto, haverá de ser notório, cabalmente demonstrado por todos os meios admissíveis em direito, e grave o suficiente para ensejar medida extrema. Uma pequena falha ou uma leve e compreensível ou justificável falha na execução do contrato de gestão por evidente não poderão suscitar a desqualificação da OS, por manifesta desproporcionalidade entre falta e pena" (RIGOLIN, 2008, p. 207). Para atenuar a discricionariedade do Poder Público em optar, ou não, pela desqualificação da entidade, o autor sugere que o contrato de gestão preveja "com a minúcia que for possível e conveniente, as hipóteses de inexecuções que justifiquem a desqualificação" (*Ibidem*).

Portanto, a decisão pela desqualificação da entidade deve levar em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade, ponderando-se os valores envolvidos e tomando-se a decisão mais consentânea com o interesse público.

A principal consequência da desqualificação da entidade como Organização Social é, como não poderia deixar de ser, a sustação dos efeitos da qualificação. Assim, a Organização Social deixa de possuir o título de utilidade pública e de poder firmar contratos de gestão com o Poder Público. Além disso, eventual contrato de gestão em andamento também deverá ser rescindido. Disso decorre a reversão dos bens públicos permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social para o Estado (§ 2º do artigo 16 da Lei nº 9.637/1998). O dever de reversão atinge tanto aos bens destinados pela Administração Pública à Organização Social quanto aqueles adquiridos pela entidade com verbas públicas na constância do contrato<sup>194</sup>.

Por último, existe dúvida sobre qual a autoridade competente para proceder à desqualificação da entidade como Organização Social, já que a lei não indicou a quem compete essa tarefa. O mais lógico parece ser a interpretação de que esse encargo é atribuição da mesma entidade responsável pela qualificação<sup>195</sup>.

#### **4.5.3 Legislação Estadual, Distrital e Municipal**

A Lei nº 9.637/1998 aplica-se somente à Administração Pública Federal. Trata-se, portanto, como já assinalado, de uma lei federal, mas

---

<sup>194</sup> Para Sílvio Luís da Rocha há uma imprecisão terminológica em utilizar o termo "reversão dos bens permitidos". Na opinião do autor, o termo reversão serve para referir à transferência dos bens utilizados por concessionário de serviço público para o seu mister ao Estado, quando findar a concessão. No caso ora em debate, como os bens nunca foram de propriedade da Organização Social, somente o seu uso foi permitido à essas entidades, não haveria que se falar em reversão (ROCHA, 2006). O que importante é que os bens públicos em posse da Organização Social deverão ser devolvidos ao Estado, em caso de desqualificação.

<sup>195</sup> Rocha compartilha deste entendimento, apesar de também considerar crível considerar ser de atribuição do órgão signatário do contrato de gestão, já que é o responsável por fiscalizar a execução do contrato. Todavia, essa não parece ser a melhor interpretação, já que, conforme o próprio Rocha dispõe, mesmo em caso de desqualificação decorrente de rescisão de contrato administrativo, esses dois atos jurídicos (o de desqualificação e o de rescisão do contrato) devem ocorrer em procedimentos administrativos próprios (ROCHA, 2006).

não nacional. A legislação autoriza, entretanto, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal a editarem sua legislação própria sobre a matéria. Muitos já o fizeram, sendo algumas delas inclusive, anteriores à legislação federal, tendo sido editadas à época da vigência da Medida Provisória que a originou.

São exemplos de Estados que possuem legislação própria disciplinando as parcerias com as Organizações Sociais, os seguintes: o Estado da Bahia, por meio da Lei Estadual nº 8.647, de 29 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 8.890, de 21 de janeiro de 2004; o Estado do Ceará, por meio da Lei Estadual nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997; o Estado do Espírito Santo, por meio da Lei Complementar Estadual nº 489, de 21 de julho de 2009, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 2.484, de 10 de março de 2010; o Estado de Goiás, por meio da Lei Estadual nº 15.503, de 28 de dezembro de 2005; o Estado de Pernambuco, por meio da Lei nº 11.743, de 20 de janeiro de 2000; o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual nº 5.498, de 7 de julho de 2009, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 42.506, de 10 de junho de 2010, da Lei Estadual nº 6.043, de 19 de setembro de 2011, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.261, de 27 de novembro de 2011, da Lei Estadual nº 6.339, de 06 de novembro de 2012 e da Lei Estadual nº 6.470, de 12 de junho de 2013; o Estado de Santa Catarina, por meio da Lei Estadual nº 12.929, de 04 de fevereiro de 2004, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 4.272, de 28 de abril de 2006; e o Estado de São Paulo, por meio da Lei Complementar Estadual nº 846, de 4 de junho de 1998, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.493, de 29 de setembro de 1998 e pelo Decreto Estadual nº 57.108, de 6 de julho de 2011. O Distrito Federal também conta com legislação específica, qual seja, a Lei Distrital nº 4.081, de 4 de janeiro de 2008.

Muitos Municípios também editaram legislação própria sobre o assunto. São exemplos de capitais que utilizam o modelo de parcerias com Organizações Sociais: o Município de Aracaju, por meio da Lei Municipal nº 4.383, de 22 de maio de 2013; o Município de Curitiba, por meio da Lei Municipal nº 9.226, de 23 de dezembro de 1997; o Município do Recife, por meio da Lei nº 17.875, de 10 de junho de 2013; o Município do Rio de Janeiro, por meio da Lei Municipal nº 5.026, de 19 de maio de 2009; o Município de São Paulo, por meio da Lei Municipal nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 52.858, de 20 de dezembro de 2011.

## 4.6 ASPECTOS CONTROVERTIDOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

### 4.6.1 Regime jurídico aplicável às Organizações Sociais

A relação de singular proximidade que existe entre as Organizações Sociais e a Administração Pública, especialmente após a celebração de contrato de gestão, traz questionamentos sobre o regime jurídico a que se submetem essas entidades e as parcerias que celebram com o Poder Público. Até porque, é cediço que o regime jurídico regente de uma determinada relação jurídica não varia somente em razão do caráter estatal ou não das partes envolvidas. Um aspecto que também deve ser levado em consideração é a natureza da atividade que está sendo executada, bem como se há interesse público envolvido. É a opinião de Marçal Justen Filho:

[e]ssas atividades equivalentes ao serviço público deverão sujeitar-se a regime jurídico similar. As atividades de educação e de saúde, embora desempenhadas por particulares, estão sujeitas a regime jurídico próximo ao do serviço público (JUSTEN FILHO, 2011b, p. 380).

Nesse cenário, conforme já sobredito, opina-se que as Organizações Sociais, enquanto firmatárias de contratos de gestão com o Poder Público, ficam submissas a um regime jurídico híbrido, parcialmente público e parcialmente privado. Essas entidades - que, originariamente, submetiam-se somente ao direito privado - ao celebrarem parceria com o Estado, passando a receber recursos materiais e humanos do Poder Público para desempenhar atividades de interesse coletivo<sup>196</sup>, optam por perder parte da sua autonomia, passando a sofrer influxos de normas de direito público. Essa opinião é corroborada por Paulo Modesto, para quem o

[...] regime é híbrido nas parcerias, porque as entidades privadas parceiras permanecem distintas

---

<sup>196</sup> Diogo Figueiredo Moreira Neto considera que o critério teleológico para definição do regime aplicável a determinada relação jurídica deverá permanecer sendo utilizado enquanto não houver a unificação dos direitos público e privado (MOREIRA NETO, 2006).



do Poder Público, mas, ao manejarem recursos públicos e ao celebrarem contratos de colaboração, sujeitam-se a deveres públicos de transparência, impessoalidade e fidelidade aos fins sociais da parceria que atraem, necessariamente, a disciplina do direito administrativo (MODESTO, 2011, p. 28)<sup>197</sup>.

Aderem a esse entendimento, ainda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2006); Bruno Pinto (PINTO, 2013); e, o próprio Bresser-Pereira, idealizador do modelo (BRESSER-PEREIRA, 2000). Gustavo Justino de Oliveira traça um paralelo com as hipóteses de aplicação do regime jurídico privado às atividades administrativas, em que estas ficam sujeitas a observância de certas normas e princípios do direito público. Segundo o autor, a mesma lógica aplica-se aos seus colaboradores privados, "quando a estes forem transferidas verbas públicas para a consecução de atividades de interesse público, desde que isso esteja expressamente previsto em lei" (OLIVEIRA, 2010, p. 133).

O grau de incidência dessas normas de direito público varia de acordo com a espécie de parceria firmada com o Poder Público, sendo precisamente verificável somente com a análise do caso concreto. A intensidade da incidência das normas típicas do regime jurídico administrativo é maior quando existir atividade substitutiva da Organização Social, por meio de descentralização por colaboração, do que quando houver simples fomento de atividades próprias da entidade. Para ilustrar o que se entende por regime jurídico híbrido, especialmente a possibilidade de gradação da aplicação do regime jurídico administrativo sobre o direito privado, é essencial trazer a colação o seguinte trecho do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Se fôssemos alinhar todas as normas jurídicas, públicas ou privadas, poderíamos, em uma extremidade, colocar aquelas que disciplinam

---

<sup>197</sup> Segundo o entendimento do autor, está-se atravessando uma "via expansiva" do Direito Administrativo brasileiro, dado que o mesmo não mais se aplica somente à Administração Pública, mas também a entidades privadas sujeitas à deveres públicos, que manejam recursos públicos vinculados a atividades socialmente relevantes. Ocorre que o Direito Administrativo não incide sobre essas entidades da mesma maneira que incide sobre a Administração Pública. Circunscreve-se a aspectos de proteção do bom emprego do dinheiro público e aos fins do fomento (MODESTO, 2011, p. 26).

institutos do direito privado, como a família e as sucessões; de outro lado, no outro extremo, aquelas que regem institutos próprios do direito público, como a polícia administrativa e o controle da Administração Pública; entre uma e outra poderíamos ir acrescentando, a partir de cada extremidade e na mesma direção central, de um lado as normas de direito privado que sofrem influência do direito público e, do outro, as normas de direito público que se mesclam com as do direito privado. Nos dois extremos, o regime jurídico de direito privado e o regime jurídico de direito público; nos pontos intermediários, o regime jurídico híbrido, em que predominam ora o direito público, ora o direito privado (é o chamado direito privado administrativo) (DI PIETRO, 2013, p. 8).

Porém, mesmo que não seja possível, *in abstracto*, traçar um panorama completo das hipóteses de aplicação do regime jurídico de direito privado e o de direito público sobre as Organizações Sociais, é possível adotar como regra geral, na linha do proposto por Modesto, a premissa de que o direito público incide no campo dos princípios<sup>198</sup>, enquanto o privado incide no das regras. Assim esclarece Juarez Freitas:

A regência, no campo das regras, será predominantemente privada. Já, no campo dos princípios, quando desempenharem atividades de complementação à atividade estatal (não de substituição) - ou seja, de protagonismo na concretização do interesse público - a regência não poderá deixar de receber forte influxo publicista (FREITAS, 2009, p. 439).

---

<sup>198</sup> No olhar de Luís Roberto Barroso, "é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos do direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa" (BARROSO, 2006, ps. 169-170).

Em texto específico sobre o tema, Freitas disserta que, sobre as Organizações Sociais, há uma "dominância de regras de direito privado e simultânea preponderância de princípios de direito público, uma vez que se encontram imantadas pelas suas próprias e inescapáveis finalidades de cogentes matizes sociais" (FREITAS, 1998, p. 102).

José Eduardo Sabo Paes corrobora esse entendimento (PAES, 2004b). Nos casos em que houver a transferência da gestão operacional de serviços públicos para a Organização Social, esta tem a obrigação de observar em sua atividade, ainda, os princípios norteadores dos serviços públicos. Por outro lado, as Organizações Sociais não emanam atos administrativos (não são dotados de presunção de legalidade, por exemplo), e tampouco fazem jus à prerrogativas processuais da Fazenda Pública (ERHARDT, 2001).

No mais, é de se dizer que as atividades das Organizações Sociais, no âmbito dos contratos de gestão celebrados com o Poder Público, orientam-se para a satisfação do interesse público. É por isso que se diz que essas entidades perdem autonomia ao firmarem parceria com a Administração Pública, pois não é possível afirmar que são plenamente dotadas de autonomia da vontade, principal características das entidades submissas ao regime jurídico de direito privado.

A incidência do regime híbrido sobre as Organizações Sociais ocorre somente quando estas são fimatárias de contrato de gestão, cingindo-se às atividades realizadas no âmbito da avença. Em outras palavras, enquanto a entidade não assinar contrato de gestão com o Poder Público, não há incidência do regime especial, mesmo que já for dotada da qualificação como Organização Social. Até porque, nesse período, a entidade ainda não estará administrando recursos ou atividades, não justificando, assim, a incidência do regime híbrido. No que se refere às suas atividades próprias, permanece a regência das normas de direito privado, mesmo após a celebração da parceria.

Assim, mostra-se equivocada a ideia de que a celebração de parcerias com as Organizações Sociais teria como propósito somente uma fuga do regime jurídico administrativo. O regime jurídico especial continua incidindo sobre as atividades transferidas a essas entidades, ainda que de forma atenuada<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Figueiredo demonstra preocupação com o fato de que setores da Administração Pública partem da premissa que considera equivocada, de que as Organizações Sociais não estariam sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento, finanças, compras e contratos característicos do regime jurídico administrativo (FIGUEIREDO, 2002).

## **4.6.2 Responsabilidade civil por danos decorrentes do contrato de gestão**

### 4.6.2.1 Responsabilidade civil no âmbito do Direito Público

Conforme é cediço, a responsabilidade civil por danos causados a terceiros é, em regra, subjetiva. Ou seja, a responsabilização de um agente por dano cometido a outrem demanda a comprovação de que tenha agido com dolo ou culpa. Essa regra geral, porém, não se aplica aos danos causados pelo Estado. Aos danos cometidos pelo Estado, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, em que a responsabilização e o dever de indenizar prescindem da comprovação da presença de dolo ou culpa.

Essa regra encontra-se insculpida no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que disciplina o seguinte:

Art. 37 [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme previsto no dispositivo, a responsabilidade objetiva não se aplica somente às pessoas jurídicas de direito público, mas também às pessoas jurídicas "de direito privado prestadoras de serviços públicos". Com isso em vista, e tendo sido absorvidas as características de cada uma das espécies de parcerias entre Estado e Organizações Sociais, é possível analisar a responsabilidade civil das partes por danos causados a terceiros pela execução do contrato de gestão.

### 4.6.2.2 Responsabilidade civil da Organização Social

Tanto a responsabilidade civil da Organização Social quanto a do Estado variam de acordo com a espécie de parceria celebrada. É que, conforme já explicado, o influxo das regras publicísticas que sempre passa a existir sobre as Organizações Sociais após a firmatura do contrato de gestão, tem seu grau de incidência dissonante nas duas espécies de parceria. Quando a Organização Social atua em substituição ao Estado via descentralização por colaboração, o influxo do regime

jurídico público é maior. Quando, ao revés, a atuação é complementar ao Estado, por meio do exercício da função pública de fomento, esse influxo é menor.

Antes de tudo, é conveniente ressaltar que o regime jurídico de direito público não incide sobre as atividades próprias da Organização Social, seja qual for a espécie da parceria. Essa influência ocorre somente nas atividades realizadas no bojo do contrato de gestão firmado com o poder público. Sendo assim, *a priori*, em suas atividades próprias a responsabilidade civil que incide sobre as Organizações Sociais segue a regra geral das pessoas jurídicas de direito privado. É, portanto, subjetiva.

Quando a Organização Social atua em regime de colaboração com o Estado, substituindo-o no papel de responsável pela gestão operacional de determinadas atividades públicas, há uma alteração nesse regime, e passa a incidir sobre a entidade, nos atos realizados no âmbito do contrato de gestão, a responsabilidade objetiva. Nessa espécie de parceria, a influência das normas de direito público sobre a Organização Social é intensa a ponto de alterar o regime originário de responsabilidade civil da entidade.

Nessa forma de parceria, conforme já visto anteriormente, as atividades realizadas pela Organização Social possuem caráter de serviço público, tendo sido transferidas para a entidade colaboradora por meio de uma espécie de delegação atípica de serviços públicos, via descentralização por colaboração. Desse modo, fica clara a incidência da norma descrita no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, já que a Organização Social, nesses casos, é uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos.

Compartilha dessa opinião Alberto Higa, que também considera aplicar-se a regra da responsabilidade civil objetiva sempre que a Organização Social atuar em substituição ao Poder Público, o que, na opinião do autor, só é passível de verificação no exame do caso concreto (HIGA, 2010).

Outros autores também opinam pela aplicação da regra da objetividade da responsabilidade civil sobre as atividades realizadas pelas Organizações Sociais no âmbito do contrato de gestão, sem, todavia, expressamente indicar a ressalva de que isso ocorre somente quando a entidade atua em substituição ao Estado. Não obstante, a argumentação promovida nesse sentido leva a crer que os mesmos referiam-se a essa espécie de parceria quando externaram a sua opinião.

É o caso das autoras Ferrari e Ferrari, para quem a regência publicista que dá suporte às Organizações Sociais "[...] exige que sua

responsabilidade esteja submetida ao disposto no § 6º, do art. 37 da Constituição Federal" (FERRARI; FERRARI, 2007, ps. 144-145). Cristiana Fortini também crê, ao abordar as Organizações Sociais, que pela posição peculiar que estas ocupam e por submeterem-se aos princípios que regem a atividade administrativa, a responsabilidade civil dessas entidades deve ser guiada pelo disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal (FORTINI, 2006). Juarez Freitas, no mesmo sentido, também disserta que a responsabilidade civil das entidades recebe influxo parcial da regência publicista (FREITAS, 1998). Corroborar a tese Manoel de Oliveira Erhardt, que também defende a aplicação da responsabilidade objetiva às entidades pelos danos decorrentes da execução do contrato de gestão (ERHARDT, 2001).

Todavia, o entendimento altera-se quando a parceria celebrada com a Organização Social for a título de fomento público, em que não há substituição do Estado na gestão de serviços públicos. Em situações dessa natureza, em que o influxo do regime administrativo é menor, a responsabilidade civil da Organização Social continua sendo subjetiva.

Nesses casos, conforme supraexplanado, as atividades realizadas pelas Organizações Sociais não se enquadram no conceito de serviço público. Trata-se das mesmas atividades que já eram realizadas pela entidade antes da celebração do contrato de gestão, melhoradas e ampliadas por conta do subsídio financeiro fornecido pelo Estado por meio da avença. Assim, pelo fato de as atividades desenvolvidas pela entidade não configurarem serviços públicos, não se subsumem à regra prevista no § 6º, do art. 37 da Constituição Federal, de modo que a sua responsabilidade civil, nesses casos, permanece subjetiva.

#### 4.6.2.3 Responsabilidade civil do Estado

No que pertine à responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros pela execução do contrato de gestão por parte da Organização Social, a situação é semelhante. Também há variação na extensão da responsabilidade do parceiro estatal de acordo com a espécie de parceria realizada entre o Estado e a Organização Social.

Na primeira espécie de parceria, em que há a delegação atípica de serviços públicos por meio de descentralização por colaboração, o Estado responde solidariamente com a Organização Social pelos danos causados pela entidade na execução do contrato de gestão. E, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade civil do Estado é, nesses casos, objetiva, ficando ressalvado o direito de regresso contra o responsável

direto pelo dano, em caso de dolo ou culpa. Mais uma vez, portanto, aplica-se ao caso o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Conforme sobredito, nessas hipóteses, há uma espécie de delegação de serviços públicos, que aproxima as Organizações Sociais das concessionárias desses serviços. Assim, como naquelas hipóteses, o dever de indenizar estende-se ao Estado, fundado no seu dever de fiscalização das atividades realizadas pela entidade parceira.

Esse ponto de vista é corroborado por Higa. Na opinião do autor, nos casos em que houver substituição do Estado pela Organização Social na gestão de serviços públicos, aquele responde solidariamente pelo atos perpetrados no seio da parceria. A responsabilidade civil nesses casos é, portanto, compartilhada entre o Estado e a Organização Social (HIGA, 2010).

A situação é diferente quando o dano decorrer da execução de contrato de gestão formalizado a título do exercício da função estatal de fomento. Nesses casos, conforme já sobredito, o Estado passa a incentivar uma atividade já previamente executada pela Organização Social, atividade essa que, conforme também já ressaltado, não configura serviço público.

Nesse caso, o Estado não compartilha da responsabilidade pelo ressarcimento de danos causados pela Organização Social na execução do contrato de gestão. Como a atividade é própria da entidade, quer dizer, não foi delegada pelo Estado, este, em regra, não possui responsabilidade pela mesma.

Há, todavia, duas exceções a essa regra, muito bem apontadas por Sílvio Luís da Rocha. O autor compartilha do entendimento segundo o qual, em regra, o Estado não possui responsabilidade por atos cometidos por Organizações Sociais, salvo em dois casos: "[...] o ato praticado por agente público cedido a Organização Social e a omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da Organização Social" (ROCHA, 2006, p. 187).

A legislação de regência das Organizações Sociais permite ao Estado ceder servidor público para a entidade, de modo a criar condições para que a mesma execute corretamente o contrato de gestão. Assim, sendo o dano diretamente causado por servidor público disponibilizado à organização social, passa a incidir sobre o caso a regra do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que disciplina que o Estado responderá pelos danos que seus "agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros". Nesses casos, portanto, a responsabilidade do Estado é objetiva.

A segunda hipótese também é fundada no dever do Estado de fiscalizar as ações da Organização Social. É que, mesmo no caso de contrato de gestão firmado com Organização Social a título de fomento público, também há previsão de fiscalização e controle estatais das atividades desenvolvidas pela Organização Social, ainda que estes sejam mais amenos do que nos casos em que há descentralização da gestão de serviços públicos para essas entidades.

Assim, nesses casos, também é possível a responsabilização do Estado fundada no seu dever de fiscalizar as ações desenvolvidas pela Organização Social. Todavia, nesses casos, o dever não é absoluto, necessitando da efetiva comprovação de que houve culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Nesses casos, portanto, a responsabilidade é subjetiva, dado que demanda a comprovação de culpa do Estado.

Note-se, portanto, que apesar de possível, mostra-se excepcional a responsabilização do Estado nos casos de contratos de gestão firmados a título de fomento público. Para que tal ocorra, é necessário provar que o dano tenha sido causado por servidor público cedido ou por culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do Estado.

Na visão de Sílvia Luís da Rocha, a responsabilidade civil do Estado nesses casos é subsidiária, ou seja, o Estado somente é chamado a concorrer para o ressarcimento dos prejuízos quando findo o patrimônio da Organização Social (ROCHA, 2006). Essa, entretanto, não parece ser a melhor alternativa, dado que o objetivo do instituto é proporcionar ao ofendido maiores chances de ter o dano ressarcido. Assim, considera-se mais consentânea à natureza do instituto a interpretação de que o Estado responde solidariamente com a Organização Social por esses danos. Em outras palavras, a responsabilidade é compartilhada entre o Estado e a entidade. Registre-se que, também nesse caso, como nas demais hipóteses, fica assegurado o direito de regresso contra o causador direto do dano.

Convém registrar, por fim que as teses ora defendidas não são unânimes na doutrina. Com efeito, as opiniões são divergentes. Um exemplo é o posicionamento de Patrícia Carvalho, para quem a responsabilidade civil assumida pela Organização Social com a assinatura do contrato de gestão é somente perante o Estado, restando a este a responsabilidade objetiva perante a sociedade, por conta do seu dever constitucional de prestar os direitos e garantias fundamentais (CARVALHO, 2012). Assim, na opinião da autora, a responsabilidade civil por danos causados pela execução do contrato de gestão é somente do Estado, cabendo a este valer-se do direito de regresso contra a Organização Social, se for o caso. O entendimento aqui defendido é que



tal ponto de vista não é o mais consentâneo à legislação de regência da matéria, e, ainda, que a aplicação de procedimento assim baseado representa injusto prejuízo ao terceiro sofredor do dano, que somente poderia cobrar a indenização do Estado.

Por último, ressalte-se que para o ressarcimento de dano provocado pelo Estado em face da própria Organização Social parceira, aplica-se a regra geral inserta no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (HIGA, 2010).

#### **4.6.3 Compras e contratações de obras e serviços junto ao mercado**

##### **4.6.3.1 Procedimento para compras e contratações de obras e serviços**

Conforme já assinalado, os recursos públicos são repassados pelo Estado às Organizações Sociais no bojo do contrato de gestão a título de custeio, e não de remuneração pelos serviços prestados. Assim, esses recursos permanecem públicos quando aplicados pela Organização Social para compras e contratações de obras e serviços junto ao mercado. Daí decorre a incidência dos princípios de direito público sobre o relacionamento da Organização Social com o mercado, consubstanciado no seu dever de adotar procedimentos especiais nas compras e contratações que realiza com verbas oriundas do contrato de gestão.

À vista disso, considera-se que as compras e contratações de obras e serviços realizados pelas Organizações Sociais devem obediência aos princípios regentes das licitações públicas, procedimentos administrativos utilizados pelo Estado nos seus próprios ajustes realizados junto ao mercado. Isso não significa que as Organizações Sociais sejam obrigadas a realizar licitação pública, seguindo exatamente as regras previstas na Lei nº 8.666/1993. Isso quer dizer que as compras e contratações de obras e serviços devem ser precedidas de procedimento obediente aos princípios gerais das licitações públicas, descritos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. Tais princípios são, além do princípio da isonomia, os "da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

Daí advém a regra disposta no artigo 17 da Lei Federal nº 9.637/1998, que disciplina o seguinte:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Assim, é obrigação da Organização Social elaborar e publicar regulamento prevendo os procedimentos que adotará para compras e contratação de obras e serviços. Entretanto, a entidade não possui autonomia para instituir os seus procedimentos para contratações como bem entender, já que deve obediência aos referidos princípios regentes das licitações públicas. Esse entendimento parece consonante com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a matéria:

[...] 1. Os recursos repassados às organizações sociais por força dos contratos de gestão não se tratam de doação pura, sem encargo, mas da transferência financeira de recursos públicos vinculados à consecução de metas previamente estabelecidas no contrato de gestão, as quais visam, em última instância, ao atendimento ao interesse público.

2. Embora não submetidas integralmente à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nem ao regime jurídico de Direito Público, as organizações sociais devem obediência às normas legais aplicáveis e aos princípios da Administração Pública - mormente os indicados no art. 7º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 -, na aplicação dos recursos recebidos e sempre que possível. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2011)

Nesse cenário, cumpre traçar as diretrizes gerais que devem ser observadas pelas Organizações Sociais na elaboração dos seus regulamentos de compras e contratações de obras e serviços.

Um ponto de partida parece ser o previsto no artigo 11 do Decreto Federal nº 6.170/2007, que estabelece ser necessária, nas aquisições e contratações realizadas por entidade sem fins lucrativos no bojo de convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere celebrados com a Administração Pública Federal, no mínimo, a

realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

O referido decreto foi editado com vistas a superar o entendimento externado no Decreto Federal nº 5.504/2005, que havia estabelecido o dever de as entidades do terceiro setor realizarem licitação pública nas compras e contratações de obras e serviços que envolvessem recursos públicos<sup>200</sup>. A partir da sua edição, restou erigida a obrigação de as entidades do terceiro setor realizarem, no mínimo, cotação prévia de preços antes da assinatura do contrato, consubstanciada na realização de pelo menos 3 orçamentos com empresas especializadas, somado ao dever de selecionar o melhor dele, se não houver diferença na qualidade do produto ou serviço<sup>201</sup>.

Todavia, o mínimo previsto no referido decreto não parece ser o suficiente para o atendimento dos princípios básicos regentes das licitações públicas. É preciso que o regulamento preveja, ainda, o seguinte: (i) de forma concomitante à cotação de preços, o dever de publicação do edital de contratação (ou documento congêneres, ainda que simplificado) no sítio eletrônico da entidade, de modo a possibilitar a participação de entidades que não foram instadas a apresentar orçamento; (ii) o dever de publicação dos resultados dos procedimentos de contratação no sítio eletrônico da Organização Social; (iii) o dever de, a cada procedimento de contratação para um objeto idêntico ou

---

<sup>200</sup> Art. 3º As transferências voluntárias de recursos públicos da União subsequentes, relativas ao mesmo ajuste, serão condicionadas à apresentação, pelos convenientes ou consorciados, da documentação ou dos registros em meio eletrônico que comprovem a realização de licitação nas alienações e nas contratações de obras, compras e serviços com os recursos repassados a partir da vigência deste Decreto.

<sup>201</sup> O posicionamento mais recente do Tribunal de Contas da União é nesse sentido, vide o conteúdo do Acórdão nº 3239/2013, julgamento em que essa Corte externou o seu posicionamento quanto a várias questões polêmicas relacionadas ao modelo de parcerias com as Organizações Sociais: "[...] 9.8.2.5. as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado" (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013). Houve, portanto, a superação do entendimento anterior, tomado antes da edição do Decreto Federal nº 6.170/2007, pelo qual a Corte exigia dessas entidades a realização de licitação pública para as compras e contratações de obras e serviços junto ao mercado (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2007).

assemelhado, havendo mais de 3 empresas hábeis a fornecer o produto no mercado, existir um rodízio nas destinatárias da cotação de preços, consoante o disposto na Lei de Licitações para a modalidade convite; e, (iv) a obrigação de a contratação ocorrer exatamente conforme previsto no edital ou instrumento congêneres, utilizando critérios objetivos para a seleção da melhor proposta<sup>202</sup>. Além disso, é essencial que as contratações sejam realizadas partindo de uma competente atuação da área técnica na fase interna do procedimento de contratação (SANTOS, 2007). Assim, sempre que se mostrar necessário, devem ser produzidos projetos básicos e termos de referência, de modo a garantir a observância do interesse público na fase competitiva da contratação.

Em acréscimo, José Anacleto Abduch Santos considera indispensável a exigência da regularidade jurídica e fiscal dos contratados, nos moldes do previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Segundo o autor, em observância dos princípios da isonomia, da moralidade e da razoabilidade, não seria tolerável erigir tais exigências à Administração Pública e não o fazer aos entes que gerem recursos públicos. O autor também considera obrigatória a observância do artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, que veda a contratação pelo Poder Público de pessoa jurídica em débito com a seguridade social (SANTOS, 2007).

Por fim, há que se dizer que existem autores que entendem que as Organizações Sociais deveriam realizar licitação pública nas suas aquisições e contratações de obras e serviços. Um exemplo é Alcantara, que aduz, ainda que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná vem

---

<sup>202</sup> Sobre o assunto, pertinente trazer a baila os critérios que Jessé Pereira Junior creditou como adequados para constar no estatuto geral de compras e contratações da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, de forma a regulamentar o previsto no artigo 173, § 1º, III, da Constituição Federal, após as reformas perpetradas pela Emenda Constitucional nº 19/1998: "I - divergir das normas regentes das licitações e contratações da administração direta, autárquica e fundacional, posto que as empresas não mais se sujeitam às normas gerais sobre a matéria; II - simplificar procedimentos e ritos do processo licitatório, inclusive suprimindo ou invertendo fases, desde que respeitados os princípios da igualdade, da competitividade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros de sede constitucional; [...] IV - traçar as regras a serem observadas no exercício dos controles interno e externo das licitações e contratações dessas entidades; V - definir sanções a que estão sujeitos os gestores dessas empresas, por descumprimento das normas estatutárias concernentes às licitações e contratações (PEREIRA JUNIOR, 1998a, p. 8).

orientando as Organizações Sociais qualificadas no âmbito daquele Estado (notadamente no Município de Curitiba) a Lei nº 8.666/93 (ALCANTARA, 2009).

Não se concorda com esse entendimento. Primeiro, porque a legislação de regência expressamente permite que as Organizações Sociais produzam o seu próprio regulamento de compras, sendo ilógico que esse regulamento deva estrita obediência à Lei nº 8.666/1993. Segundo, porque a "submissão de uma entidade privada ao estrito regime licitatório configura-se como algo potencialmente oneroso e apto a gerar a redução da eficiência na gestão dos recursos" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 50). Seria um paradoxo, por um lado, instituir um modelo de parcerias com Organizações Sociais visando ao incremento da eficiência e por outro obrigar que as entidades observem os mesmos exigidos da Administração Pública. Em terceiro lugar, a Constituição Federal admite que entidades integrantes da Administração Pública indireta, com personalidade jurídica de direito privado, editem seus próprios regulamentos de compras e contratações de serviços. Nesse talante, seria no mínimo incoerente que exigisse das entidades privadas sem fins lucrativos que sigam à risca a Lei nº 8.666/1993 (PELEGRINI, 2007).

#### 4.6.3.2. Natureza jurídica dos contratos firmados entre a Organização Social e fornecedores

Do mesmo modo que as Organizações Sociais não se submetem à obrigação de realizar prévia licitação pública para adquirir bens e contratar obras e serviços junto ao mercado, os contratos que celebra com os seus fornecedores também não possuem a natureza de contratos administrativos, nos estritos termos da Lei nº 8.666/19993. Assim, os contratos celebrados por essas entidades, mesmo quando empregando dinheiro público, são civis, regidos preponderantemente pelo direito privado, ainda que sofram parcial derrogação por normas publicísticas. Compartilha desse entendimento Ivan Barbosa Rigolin:

Os contratos serão civis, comuns, jamais administrativos, porque uma entidade civil não celebra contratos administrativos - e quanto a isso, se adotado o modelo da lei nacional de licitações, a adaptação de institutos contratuais publicísticos será indispensável (RIGOLIN, 2008, p. 210).

Sobre a intensidade da incidência das normas de direito público sobre os contratos celebrados entre a Organização Social e terceiros com o emprego de recursos públicos, são válidas as lições de Fernando Dias de Menezes Almeida acerca dos contratos administrativos e os contratos de direito privado firmados pela Administração Pública. Segundo o autor, a aplicação do regime jurídico administrativo aos contratos privados pode se dar de forma gradativa, parcial. Ou seja, segundo o autor, não há a necessidade de que todo contrato seja completamente regido por normas de direito privado ou de direito administrativo. Em muitas situações, ambos os regimes podem coexistir, mesmo em um mesmo contrato. Assim, a incidência do regime jurídico de direito público sobre um determinado contrato não exclui, ou não repele a incidência do direito privado. Bem ao contrário, é possível que ambos estejam presentes em uma mesma relação contratual.

Nesse cenário, considera-se essencial que o regulamento de compras e contratações de obras e serviços elaborado e publicado pela entidade dedique um capítulo aos contratos por ela celebrados. Essas normas devem buscar adequar os contratos ao regime híbrido a que se submetem as Organizações Sociais. Devem, pois, estar de acordo com os princípios regentes da atividade administrativa.

Em linhas gerais, crê-se que o regime contratual das Organizações Sociais, previsto no seu regulamento de compras e contratações, deve observar, no mínimo, os seguintes parâmetros: (i) estabelecer claramente os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, tudo em conformidade com o previamente previsto no edital do procedimento de contratação; (ii) limites para alterações no contrato, de modo a não prejudicar a isonomia do procedimento de seleção previamente realizado; (iii) limites para a vigência do contrato, sendo possível utilizar o prazo previsto na Lei e Licitações e Contratos Administrativos (5 anos), observando, ainda, o prazo de vigência do contrato de gestão; (iv) expressa menção que o contrato é custeado com recursos públicos, indicando expressamente a rubrica; (v) publicização dos instrumentos contratuais no sítio eletrônico da entidade, inclusive das alterações realizadas via termo aditivo ou apostilamento; e, (vi) os prazos e as condições de pagamento, incluindo os critérios para recebimento dos produtos, obras e serviços.

#### **4.6.4 Recursos humanos a serviço da Organização Social na execução do contrato de gestão**

##### **4.6.4.1 Política de contratação de pessoal**

As Organizações Sociais podem contratar e alocar profissionais próprios na execução do contrato de gestão. Esses profissionais não são servidores públicos, submetendo-se, portanto, ao regime trabalhista celetista.

A contratação desses profissionais independe da realização de prévio concurso público, já que a regra constitucional que institui essa obrigação limita a sua incidência à assunção de cargo ou emprego público. Tendo em vista que os contratados por aquelas entidades não ocupam essas posições, não há ofensa à Constituição. De todo modo, as Organizações Sociais não integram a Administração Pública, ficando excluídas, portanto, do âmbito de incidência do referido dispositivo. Nessa toada, Justino de Oliveira e Dorna opinam que não há ofensa a regra do concurso público mesmo no caso de concurso, concluído ou ainda em curso, não ser levado a efeito por força da superveniência de parceria com Organização Social, suprimindo as necessidades públicas com a contratação de celetistas. É até possível discutir o planejamento estatal e a habilidade do administrador, mas não há como alegar a ocorrência de fraude a concurso público (OLIVEIRA; DORNA, 2013).

Todavia, em razão da submissão das Organizações Sociais ao regime jurídico híbrido, que sofre a influência dos princípios regentes da atividade administrativa, a Organização Social tem o dever de realizar processo seletivo, pautado exclusivamente por critérios técnicos objetivos, para a contratação de pessoal com uso de dinheiro público<sup>203</sup>.

Aliás, apesar de a legislação federal assim não exigir, é recomendável que as Organizações Sociais editem regulamento indicando os procedimentos utilizados para seleção e contratação de pessoal. O processo seletivo deve ser de provas e/ou títulos, com

---

<sup>203</sup> Assim entende o Tribunal de Contas da União: "[...] não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade" (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013).

critérios objetivos de julgamento, e deve ser devidamente publicizado, de modo a alcançar o maior número de candidatos possível. Mais uma vez, o sítio eletrônico da entidade parece um meio adequado para a divulgação do certame.

Convém, ainda, que a Organização Social elabore um plano de cargos e salários, criando uma carreira interna, de modo a incentivar que os bons colaboradores permaneçam na entidade, principalmente nas carreiras valorizadas pelo mercado, como a de médico, por exemplo. É interessante que a Organização Social consiga manter bons profissionais em seus quadros.

Por último, é importante que, nos casos de parcerias celebradas com vistas à descentralização por colaboração, em que há a substituição do Poder Público pela Organização Social na gestão operacional de determinado serviço público social, a remuneração dos profissionais celetistas engajados por conta do contrato de gestão deve ser compatível com a dos servidores públicos cedidos pelo Estado, sob pena de quebra do princípio da isonomia<sup>204</sup>.

#### 4.6.4.2 Cessão especial de servidores públicos para as Organizações Sociais

Conforme sobredito, o artigo 14 da Lei Federal nº 9.637/1998 permite, a título de fomento, a cessão especial, com ônus para a origem, de servidores públicos para Organizações Sociais firmatárias de contrato de gestão, desde que sejam alocados na execução deste<sup>205</sup>. Não se trata de uma obrigação,

a cessão de servidores é mera faculdade que pode ser utilizada ou dispensada conforme peculiaridades de cada caso concreto, inclusive

---

<sup>204</sup> Nesse sentido, Rafael Rezende Carvalho considera que, nessas hipóteses, a falta de um teto salarial para os funcionários das Organizações Sociais poderia servir como uma burla indireta ao artigo 37, XI, da Constituição Federal, que institui a regra do serviços público, eis que abriria flancos para que funcionários celetistas recebessem remuneração diferenciada, mesmo executando funções semelhantes aos servidores públicos, também sendo pagos com essa sorte de recursos (OLIVEIRA, Rafael, 2009).

<sup>205</sup> Há autores que não veem com bons olhos a cessão de servidores públicos à Organização Social. Alcantara, por exemplo, considera que essa prática demonstra a dependência ao gestor público que a Organização Social possui (ALCANTARA, 2009).



porque o Contrato de Gestão, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.637/1998, é elaborado de comum acordo entre o Poder Público e a Organização Social (OLIVEIRA; DORNA, 2013, p. 651).

Considera-se, pois, essencial que haja a cessão de servidores nos casos de parcerias celebradas com sentido de descentralização por colaboração. Afinal, nesses casos, a Organização Social assumirá a gestão operacional de serviços públicos. Ora, por maior que seja a expertise da Organização Social na execução desses serviços, é quase impossível que ela conheça tão bem a entidade que assumiu a gestão quanto os funcionários que nela laboram. Portanto, estes possuem papel fundamental no processo de transição da administração da entidade.

No mais, é digno de nota que a cessão de servidores públicos à Organização Social, cumulada com a contratação de celetistas pela entidade, resultará em uma duplicidade de regimes trabalhistas nos quadros da entidade. Acredita-se que isso não gera qualquer dificuldade. Afinal, a duplicidade de regime jurídico não é uma novidade nem mesmo para a Administração Pública, já que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, por exemplo, os funcionários vinculados às fundações públicas eram regidos pelo regime celetista.

Por fim, crê-se que os servidores públicos não são obrigados a aceitar serem cedidos à Organização Social. A cessão depende da sua aprovação. Em caso de negativa do servidor, a Administração Pública deverá alocá-lo em outro cargo equivalente. Todavia, o inciso I do artigo 22 da Lei nº 9.637/1998<sup>206</sup> dispõe que, nos casos em que houver a extinção do órgão ou entidade que desempenhava o serviço público descentralizado, a cessão dos servidores públicos daqueles órgãos é irrecusável por sua parte. Não se pode concordar com esse entendimento, na medida em que se reputa direito do servidor público permanecer laborando para a Administração Pública, mesmo que suas vantagens sejam garantidas na mudança. Ora, não foi o servidor que

---

<sup>206</sup> Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos: I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1o e 2o do art. 14; [...].

decidiu pela descentralização daquelas atividades, motivo pelo qual não pode ser compelido a ser cedido à Organização Social, se não for do seu interesse.

#### **4.6.5 Regime jurídico dos bens permitidos pelo Estado e dos adquiridos pela Organização Social com recursos públicos na constância do contrato de gestão**

Conforme sobredito, o *caput* e o § 3º do artigo 12 da Lei Federal nº 9.637/1998 permitem a conferência, dispensando licitação<sup>207</sup>, da permissão de uso dos bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão à Organização Social, consoante cláusula expressa no instrumento do contrato<sup>208</sup>.

Como não poderia ser diferente, os bens permitidos continuam sendo públicos. Submetem-se ao regime jurídico dos bens públicos. São, portanto, impenhoráveis. A Organização Social tem o dever de zelar pela conservação dos bens sob sua custódia, respondendo, quando houver dolo ou culpa, pelos danos que sobrevierem sobre os mesmos. À Organização Social não é facultado desfazer-se dos bens públicos permitidos sem prévia e expressa autorização do Poder Público. Os bens móveis, porém, poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, desde que os novos bens integrem o patrimônio da União (artigo 13). A permuta dependerá, porém, de prévia avaliação do bem e de expressa autorização do Poder Público (artigo 13, parágrafo único).

Já no que se refere aos bens adquiridos com recursos públicos pela Organização Social durante o transcorrer do contrato de gestão, esses são em regra submetidos ao regime jurídico de direito privado.

---

<sup>207</sup> Sobre a dispensa de licitação para a outorga de bens via permissão de uso para as Organizações Sociais, Francisco Assis Alves observa que, por mais que seja altamente compatível com os desígnios da entidade, o dispositivo pode entrar em conflito com o artigo 2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que expressamente exige licitação para o ato (ALVES, 2007). Considera-se que não existe o conflito, porém, dado ser facultado ao legislador instituir novas hipóteses de dispensa de licitação, desde que obedeça aos requisitos legislativos formais e seja amparada por razões de interesse público, o que parece ser o caso da hipótese descrita no § 3º do artigo 12 da Lei Federal nº 9.637/1998.

<sup>208</sup> Sobre o uso de bens públicos pelas Organizações Sociais, considera-se válido rememorar que já era facultado à Administração Pública a cessão de uso de bens para as empresas concessionárias de serviços públicos, desde que os mesmos sejam empregados em prol da coletividade (FERREIRA, 1999).

Todavia, é provável que os regimentos internos das Organizações Sociais, que são entidades constituídas sob a forma de associação ou fundação, prevejam limitações à disposição dos seus bens pelos seus dirigentes. No caso das fundações, os bens são, ainda, velados pelo Ministério Público.

Todavia, considera-se que mesmo os bens adquiridos pela Organização Social na constância do contrato de gestão - bens privados, portanto -, se estiverem diretamente afetados à prestação de um serviço público, submetem-se a um regime jurídico próximo ao dos bens públicos. Essa é a opinião de Walter Claudius Rothenburg, em comentário relativo às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mas que se aplica também às Organizações Sociais. Para o autor, os bens

afetados à realização da atividade de interesse público não podem sofrer as vicissitudes ordinárias do processo judicial de execução, que, ademais, é incompatível com a destinação que a lei fixa para o patrimônio dessas entidades em caso de dissolução ou desqualificação (ROTHENBURG, 2007, p. 103).

Corroborar esse entendimento Rafael Rezende Oliveira. Na opinião do autor, é factível o entendimento de que, em determinadas ocasiões, certos bens das entidades privadas sejam considerados impenhoráveis, em razão da observância do princípio da continuidade dos serviços públicos. O referido preceito, "ainda que se dirija, normalmente, aos serviços públicos, pode ser aplicado, também, às atividades privadas socialmente relevantes" (OLIVEIRA, 2009, p. 290), sendo possível sua aplicação também às atividades próprias das Organizações Sociais, apoiadas pelo Estado mediante o exercício da sua função de fomento.

Ademais, o fato de os bens adquiridos pela Organização Social com recursos públicos não configurarem bens públicos não significa que a entidade pode utilizá-los ao seu livre alvedrio. Bem ao contrário, os mesmos devem sempre ser empregados visando ao alcance dos objetivos estabelecidos no contrato de gestão, de forma consentânea à satisfação do interesse público. Aliás, conforme previsto nos artigos 9º e 10, é obrigação dos responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por parte da entidade,

dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, ou, até, representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que tomem as medidas judiciais cabíveis para a proteção do Erário.

Além disso, a legislação de regência impõe como exigência para a conferência da qualificação como Organização Social que a entidade comprove o registro do seu ato constitutivo, que deve conter, dentre outras coisas, segundo a alínea "i" do inciso I do artigo 2º,

previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados

Assim, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, fica garantido que todo o patrimônio adquirido pela Organização Social durante a vigência do contrato de gestão continue sendo empregado para fins sociais, seja por outra Organização Social, seja pelo Estado.

#### **4.6.6 Regime tributário das Organizações Sociais**

A legislação brasileira prevê exceções à obrigação de toda pessoa física e jurídica de recolher tributos aos cofres públicos. Essas exceções, quando previstas no texto constitucional, são denominadas de "imunidades tributárias". Pode-se, inclusive, considerar que as imunidades tributárias previstas na Constituição Federal representam instrumento de fomento, de modo a auxiliar que as instituições beneficiadas alcancem seus objetivos.

É possível identificar na Constituição Federal ao menos dois dispositivos, estabelecendo limitações ao poder estatal de tributar, de que podem ser beneficiárias as entidades componentes do terceiro setor, incluindo nesse grupo as Organizações Sociais, desde que preencham os requisitos previstos em lei. A primeira dessas possibilidades encontra-se na alínea "c" do inciso VI do artigo 150, da Constituição Federal, complementada pelo § 4º do mesmo dispositivo. A segunda consta no § 7º do artigo 195 do texto constitucional.

Nesse talante, o primeiro dos dispositivos citados estabelece o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

A Constituição Federal, portanto, confere imunidade tributária às instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, no que se refere ao patrimônio, renda e serviços dessas entidades relacionados com as suas finalidades essenciais, desde que atendidos os requisitos descritos em lei. Resta, portanto, identificar quais entidades são destinatárias do permissivo legal, para, a partir daí, concluir se as Organizações Sociais estão incluídas entre as potenciais beneficiárias.

Primeiro de tudo, o dispositivo informa que as entidades beneficiárias constituem "instituições", que, segundo Fernando Borges Mânica, "são pessoas jurídicas de origem privada e finalidade pública" (MÂNICA, 2008). Em segundo lugar, depreende-se que essas instituições devem ser voltadas à educação ou à assistência social. Quanto ao termo educação, entende-se que seu sentido é amplo, tal qual já exposto quanto à interpretação do vocábulo no artigo 1º da Lei nº 9.637/1998. A interpretação ampliativa, crê-se, também deve ser aplicada ao termo assistência social, cujo significado não deve ser restrito às atividades exercidas pelos profissionais graduados no cursos de assistência social. Na opinião de José Eduardo Sabo Paes,

no contexto constitucional, a expressão "assistência social" pode ser dividida em *lato*

*sensu e stricto sensu*, sendo o primeiro composto da saúde à previdência e assistência social, (arts. 194 e 197, § 7.º, da CF) e o segundo da assistência social propriamente dita, sendo esta tratada pelo disposto no art. 203 da Constituição Federal [...] (PAES, 2004a, p. 566).

O autor lembra que o Supremo Tribunal Federal, referindo sobre o significado lato de assistência social a que alude o § 7.º do artigo 195 da Constituição Federal, considera que o mesmo abrange entidades beneficentes de assistência à saúde (ADIn n.º 2.085-5) e educação (RMS 22.192; RMS 22.366; MI 232 e ADIn n.º 2.036-6) (PAES, 2004a).

A interpretação ampliativa justifica-se, inclusive porque "a imunidade ora tratada não visa a beneficiar as instituições que prestam serviços de educação e assistência social, mas a prestação de tais serviços" (MÂNICA, 2008, p. 265). Desse modo, a imunidade "não opera efeito excludente, ao revés, alcança as entidades de filantropia, benemerência, confessionais, beneficentes, sob forma de organizações sociais, porque elas têm natureza assistencial" (NASCIMENTO, 2009). O objeto da prestação assistencial é variável, podendo, por exemplo, ser direcionada à saúde, ao esporte ou à cultura. Entretanto, o vocábulo "assistência social" impõe que ao menos parte dos serviços seja oferecido gratuitamente à população, já que o pagamento retiraria o caráter assistencial dos mesmos (MÂNICA, 2008).

Em terceiro lugar, o dispositivo menciona que as instituições, para beneficiarem-se da imunidade tributária não devem possuir fins lucrativos, o que nos remete à observância dos requisitos legais, mencionados no próprio dispositivo constitucional. Com efeito, os artigos 14 do Código Tributário Nacional (o dispositivo faz menção à alínea "c" do inciso IV do artigo 9º do CTN, em que há disposição idêntica à constitucional) e 12 da Lei Federal nº 9.532/1997 estabelecem os requisitos que devem ser atendidos pelas entidades que buscam enquadrar-se no aludido preceptivo constitucional dispõe:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

[...]

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;
- b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;
- c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;
- d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;
- e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;
- f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos

empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;

g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Desse modo, as Organizações Sociais, para se beneficiarem da imunidade tributária ora em discussão, devem, além de não distribuírem patrimônio ou rendas (o que já é requisito necessário para o recebimento da qualificação, conforme já abordado nesse texto), aplicar os recursos visando a manutenção dos seus objetivos institucionais no país. Devem, além disso, manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades capazes de assegurar exatidão, além dos demais requisitos previstos no artigo 12 da Lei nº 9.532/1997<sup>209</sup>. É exceção a exigência prevista na alínea "a" deste dispositivo, que não se aplica às Organizações Sociais, por força do previsto no artigo 34 da Lei nº 10.637/2002<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Na opinião de Eduardo Szazi, para fazer jus ao recebimento da imunidade, não basta a previsão no estatuto social da entidade de que a mesma não possui fins lucrativos, mas também, que "desde a sua criação, fique claramente demonstrado, pelo objetivo estatutário e pela prática cotidiana, que a entidade não se destina à satisfação de interesses dos seus instituidores ou dirigentes, mas, sim, à realização de atividades de caráter altruístico, voltadas ao interesse coletivo e ao desenvolvimento e bem-estar da comunidade em que atua" (SZAZI, 2006, p. 46).

<sup>210</sup> Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2o, III, b, da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2o, a, da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, e



Por último, o § 4º do referido dispositivo constitucional esclarece que a imunidade restringe-se ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades<sup>211</sup>. Desse modo, a instituição não fica imune de todos os tributos, somente dos relacionados às suas atividades sociais. Para aclarar a situação, vale a reprodução de exemplo apresentado por Mânica: no caso da locação, por parte da instituição beneficiária da imunidade, de determinado imóvel fora de uso para terceiros, a verba recebida a título de contraprestação pelo aluguel fica imune de tributação, dado que será aplicada aos fins sociais da instituição. Todavia, isso não significa que os tributos inerentes ao imóvel, como o IPTU, também sejam objeto de imunidade, já que o imóvel não estará sendo utilizado nos fins sociais da entidade (MÂNICA, 2008).

O segundo dispositivo constitucional que pode ensejar imunidade tributária às Organizações Sociais é o § 7º do artigo 195. Segundo o referido preceito, "são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei". Segundo Fernando Borges Mânica, essa hipótese alcança a contribuição para o INSS (quota patronal), a COFINS e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (MÂNICA, 2008).

Para fazer jus ao recebimento dos benefícios decorrentes dessa hipótese de imunidade tributária, a entidade tem que pleitear o recebimento da certificação<sup>212</sup> como Entidade Beneficente de Assistência Social, nas áreas de assistência social, saúde ou educação, na forma do disposto na Lei nº 12.101/2009, regulamentada pelo Decreto nº 8.242/2014.

---

pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

<sup>211</sup> Segundo Fernando Borges Mânica, a definição de quais os tributos de que a entidade fica imune " não se deve pautar na classificação infraconstitucional dos impostos, mas na proteção dos valores que pretende a imunidade tributária prestigiar" (MÂNICA, 2008, p. 257).

<sup>212</sup> Fernando Borges Mânica entende ilegal a exigência de certificações complementares para a obtenção, por parte da entidade interessada, da imunidade prevista na Constituição Federal, pois "a imunidade tributária é garantida às entidades que cumpram os requisitos estabelecidos em lei complementar, independente de qualquer ato da Administração Pública" (MÂNICA, 2008, p. 304).

Por fim e em resumo, da análise dos dispositivos constitucionais que regulam a matéria, Cancellier de Olivo ensina que, potencialmente, se forem cumpridos os requisitos legais: (i) sobre o patrimônio das Organizações Sociais, não incidirão (a) Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano (IPTU), (b) Imposto sobre Transmissão Causa *Mortis* ou Doação de Bens e Direitos (ITCD); (c) Imposto sobre Transmissão Intervivos de Bens Imóveis (ITBI) e (d) Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA); (ii) sobre a sua renda, não incidirá o Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza (IR); (iii) sobre os seus serviços, o (a) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), e o (b) Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) (OLIVO, 2005)<sup>213</sup>. Em acréscimo, se a entidade cumular a certificação como Entidade Beneficente de Assistência Social, a imunidade alcança o INSS (quota patronal), a COFINS e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

#### **4.6.7 Cumulação de qualificações pelas Organizações Sociais**

Além da qualificação como Organizações Social, existem outras certificações destinadas a entidades pertencentes ao terceiro setor. A conferência de qualificações por parte do Poder Público a essas entidades é uma espécie de "fomento honorífico" (TEIXEIRA, 2011), instaurando um regime jurídico diferenciado sobre a beneficiada (VIOLIN, 2010).

Essa sistemática de qualificações destina-se "a comprovar publicamente a vocação ou a especialidade de atuação dessas entidades, além de conferir a elas benefícios legais variados, sobretudo de ordem tributária (isenções fiscais)" (OLIVEIRA, 2011, p. 217). Mais ainda, atendem a três propósitos: além de diferenciar as entidades qualificadas

---

<sup>213</sup> Sandra Lewis também afasta a incidência do ISSQN sobre as atividades realizadas pelas Organizações Sociais no âmbito dos contratos de gestão, por conta de uma gama de motivos: "não subsunção de tais programas e projeto ao conceito de serviços, bem como ao rol taxativo da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003, a inexistência de intuito lucrativo em decorrência da execução dos mesmos, a relação de coordenação com o Poder Público que evidenciam, ao caráter público dos recursos envolvidos, o que prioriza a considerações também da imunidade recíproca, a impossibilidade das OSCIPs e das OSs serem consideradas sujeitos passivos do ISSQN, dada a ausência de intuito lucrativo, e a imunidade conferida a tais entidades" (LEWIS, 2008, p. 100).

das entidades comuns, visa a outorgar-lhes um regime jurídico específico, conforme sobredito; servem para padronizar o tratamento normativo destinado a entidades possuidoras de características semelhantes, evitando tratamento legal casuístico dessas entidades; e objetiva representar mecanismo de controle sobre as atividades dessas entidades por parte da Administração Pública. Assim, as razões de existência dessas qualificações estão relacionadas à certificação, à padronização e ao controle jurídico das entidades do terceiro setor (MODESTO, 1998).

Nesse talante, Gustavo Justino de Oliveira sistematizou as qualificações atualmente existentes na esfera federal, passíveis de serem pleiteadas por entidades do terceiro setor junto à Administração Pública federal:

(a) o Título de Utilidade Pública, previsto na Lei Federal 91/1935; (b) o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), antes previsto na Lei federal 8.742/1993 e no Decreto 2.536/1998, e hoje disciplinado pela Lei federal 12.101/2009 (conhecida como Lei da Filantropia) e Decreto 7.237/2010 [esse recentemente revogado pela edição do Decreto 8.242/2014, que passou a regulamentar a matéria]; (c) a qualificação de Organização Social (OS), prevista e disciplinada pela Lei federal 9.637/1998; e (d) a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), disciplinada pela Lei federal 9.790/1999 e pelo Decreto 3.100/1999 (OLIVEIRA, 2011, p. 218).

É possível para as entidades qualificadas como Organizações Sociais junto à Administração Pública Federal cumular o título de Utilidade Pública e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, já que os requisitos essenciais para o seu recebimento não são antagônicos. Todavia, por expressa disposição

legal<sup>214</sup>, não é facultado a essas entidades o recebimento da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público<sup>215</sup>.

O recebimento da qualificação como Organização Social já garante à entidade a outorga do título de Utilidade Pública, conforme previsto no artigo 11 da Lei nº 9.637/1998. Esse título é antigo no direito brasileiro, tendo sido instituído pela Lei nº 91/1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517/1961. Quando criada, a declaração somente era dotada de um caráter honorífico e cívico, sem configurar condição ou requisito imediatamente prévio à obtenção de qualquer benefício pela entidade (PAES, 2004b. Hoje, porém, as entidades agraciadas com o título são destinatárias de benefícios, assim resumidos por Paes:

- a) receber subvenções, auxílios e doações na União;
- b) realizar sorteios (art. 4.º da Lei n.º 5.768, de 20 de dezembro de 1971);
- c) requerer a isenção da cota patronal para o INSS, se observados os outros requisitos para tanto (art. 55 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991);
- d) receber doações de empresas, dedutíveis do lucro operacional da pessoa jurídica doadora, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem (art. 13, § 2º inciso III, da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e art. 28, § 3º, a, da IN nº 11/96. da Secretaria da Receita Federal) (PAES, 2004a, p. 565).

---

<sup>214</sup> Lei Federal nº 9.790/1999, Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei: [...] IX - as organizações sociais.

<sup>215</sup> Entende-se que a vedação refere-se somente à qualificação em uma mesma esfera de governo. Assim, nada impede que uma entidade qualificada como Organização Social junto ao Estado de Santa Catarina pleiteie o recebimento da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público junto a Administração Pública federal.

Já o Certificado de Entidade Beneficente e de Assistência Social - CEBAS é regulado pela Lei nº 12.101/2009, regulamentada pelo Decreto nº 8.242/2014. A normativa infraconstitucional regulou, por sua vez, o já mencionado artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, que concede os já mencionados benefícios fiscais às entidades certificadas.

Dentre os requisitos a serem observados pelas entidades para o recebimento da certificação está o de que devem possuir prestação própria de serviços. Assim, entidades que somente administrem serviços públicos, por exemplo, não fazem jus ao recebimento do certificado.

## **5 CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE PARCERIAS ENTRE O ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

O terceiro capítulo teve como objeto o modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais. Essas entidades foram conceituadas e foram expostas as espécies de parcerias que celebram com o Poder Público. Além disso, abordaram-se os principais elementos do instrumento que formaliza essas parcerias: o contrato de gestão. Foram analisados, ainda, os pontos mais relevantes da Lei nº 9.637/1998 e discutidos os aspectos controvertidos relacionados ao modelo.

Este capítulo examina a conformidade do modelo de parcerias descrito na Lei nº 9.637/1998 com a Constituição Federal. Primeiramente, são apresentados os fundamentos constitucionais da atuação do Estado em parceria, especialmente nas áreas de atuação das Organizações Sociais federais. Depois, são apresentadas e discutidas as principais críticas doutrinárias direcionadas ao modelo e são esmiuçadas as discussões desenvolvidas nas ações diretas de inconstitucionalidade que têm esse objeto ora em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, são referidas algumas experiências práticas da utilização do modelo e são explorados os potenciais riscos relacionados à sua adoção por parte da Administração Pública federal. Ao final, elencam-se sugestões com o objetivo de contribuir para a correção das deficiências imputadas ao modelo.

### **5.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO ESTADO EM PARCERIA NO CAMPO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS**

Conforme já sustentado, a Constituição Federal de 1988 prevê diversas formas de participação da sociedade na gestão da coisa pública. Especificamente no que se refere aos serviços não exclusivos do Estado, que, conforme já dito, identificam-se sobremaneira com os chamados serviços públicos sociais, há vários dispositivos que alicerçam a celebração de parcerias para a prestação mais eficiente desses serviços. No olhar de Fernando Borges Mânica,

o próprio Texto Constitucional prescreve a colaboração da sociedade na promoção de valores albergados pela Constituição, diretamente vinculados à dignidade da pessoa humana, independentemente do grau de eficiência do

Estado no desenvolvimento de suas atividades (MÂNICA, 2008, p. 189).

Um primeiro e genérico fundamento constitucional que alicerça a celebração de parcerias entre o Estado e organizações sem fins lucrativos, pertencentes ao Terceiro Setor, consta no inciso II do artigo 74 da Constituição Federal. O assunto do dispositivo é o controle interno que deve ser mantido, de forma integrada, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O inciso II dispõe ser dever dos Poderes "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado". Como se vê, a Constituição Federal prevê que o controle realizado pelo Poder Público inclui a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, que, por sua vez, ocorre no seio das parcerias celebradas entre entidades do terceiro Setor e o Estado.

O terreno de atuação das Organizações Sociais limita-se às áreas do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, conforme previsto na Lei Federal nº 9.637/1998. Especificamente sobre esses assuntos, a Constituição Federal também deixa clara a possibilidade de colaboração entre o Estado e particulares para o seu oferecimento de forma pública.

No campo da saúde, o artigo 197 da Constituição Federal dispõe que a saúde pública deve ser executada diretamente pelo Estado ou através de terceiros<sup>216</sup>. O dispositivo deixa claro, portanto, que não é o fato de o Estado prestar diretamente serviços de saúde que alça tais serviços à condição públicos. São serviços públicos de saúde aqueles oferecidos eficiente e gratuitamente à população, mesmo que por meio de uma entidade parceira não estatal<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>217</sup> Na opinião de Floriano Marques Neto, essa situação é completamente diferente de uma em que o Estado, por necessidade, tiver que se socorrer de um hospital privado, em caráter complementar. Nesse caso, o hospital privado contratado não passa a ser uma infraestrutura atuando em nome do Poder Público, "operado por um agente seu, contratado seu, em termos de um contrato de gestão. Não. É um hospital privado que faz um atendimento complementar à rede pública" (MARQUES NETO, 2011a, p. 64). Na opinião de Sílvio Luís da

Além disso, ainda no que se refere aos serviços públicos de saúde, o artigo 198 da Constituição Federal, que versa sobre o Serviço Único de Saúde - SUS, dispõe, no seu inciso III<sup>218</sup>, que uma de suas premissas é a participação da comunidade na sua organização. Ademais, o § 1º do artigo 199<sup>219</sup> da Constituição Federal determinou que

as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos<sup>220</sup>.

Por último, o § 1º do artigo 227 estabelece que o "Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do

Rocha, o percentual de serviços oferecidos de forma gratuita devem corresponder, no mínimo, no regime de parcerias, ao total do volume de recursos repassados pelo Estado à Organização Social, sob pena de haver, por parte dessas, apropriação de recursos públicos sem a devida contraprestação (ROCHA, 2006).

<sup>218</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade.

<sup>219</sup> Fernando Borges Mânica aduz, no que se refere à saúde pública, que os artigos 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal dizem respeito aos serviços públicos de saúde prestados por particulares. Na opinião do autor, o que se buscou foi transformar os serviços privados conveniados ou credenciados em serviços públicos de saúde. Nesses termos, o autor considera que há três possibilidades de prestação de serviços públicos de saúde por particulares, a serem instrumentalizados por meio de contratos: (i) um serviço ou grupo de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde; (ii) a prestação de serviços por uma unidade privada, dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das unidades ajustadas; ou, (iii) toda a gestão de uma unidade pública de saúde - incluindo, obviamente, atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias (MÂNICA, 2011).

<sup>220</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.



adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais"<sup>221</sup>.

Já no que pertine à educação, o artigo 205 da Constituição Federal expressamente indica que o mesmo é dever do Estado e da família, sendo "promovida e incentivada com a colaboração da sociedade"<sup>222</sup>. Ademais, o artigo 206 da Constituição, que estabelece os princípios sob os quais será ministrado o ensino, garante, no seu inciso VI, "a gestão democrática do ensino público"<sup>223</sup>. Por gestão democrática, entende-se aquela em que é garantida e incentivada a ampla participação da sociedade.

Ainda no que concerne à educação, o artigo 213 da Constituição Federal determina que:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Sobre a cultura, o § 1º do artigo 216 da Constituição Federal estabelece que o "Poder Público, com a colaboração da comunidade,

---

<sup>221</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...].

<sup>222</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>223</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei.

promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro<sup>224</sup>, por diversos meios.

No que se refere ao meio ambiente, o artigo 225 da Constituição Federal impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a geração presente e para as futuras<sup>225</sup>.

Por último, o artigo 218 da Constituição Federal dispõe que o Estado, além de promover, incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas<sup>226</sup>. Igualmente, o artigo 219 define que o "mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País".

Assim, parece não haver dúvidas de que a Constituição Federal resguarda a atuação do Estado em parceria com entidades não estatais, nas áreas de atuação em que atuam as Organizações Sociais<sup>227</sup>. As

---

<sup>224</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

<sup>225</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>226</sup> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º - A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

<sup>227</sup> Além das áreas de atuação das Organizações Sociais, existem outros segmentos em que a Constituição Federal abre margem para a atuação do

diferentes sistemáticas de parcerias previstas na legislação infraconstitucional, em variados diplomas legais, entre eles o modelo das Organizações Sociais, serviu para conferir eficácia aos referidos dispositivos constitucionais (MOREIRA NETO, 1997).

À vista disso, no olhar de Gustavo Justino de Oliveira, a Constituição Federal refere a três possibilidades de oferecimento de serviços sociais à população: (i) por meio de atuação direta do Estado; (ii) mediante atuação do particular, isoladamente; (iii) por intermédio de atuação colaborativa entre Estado e particular (OLIVEIRA, 2008a). Desse modo,

entendendo o Poder Público que a melhor opção para o desenvolvimento de determinadas atividades seria a realização de uma parceria com a iniciativa privada, e desde que respeitados os princípios e regras porventura aplicáveis ao caso concreto, nada obsta que tais parcerias sejam firmadas. Portanto, deve ficar claro que a Constituição de 1988 não veda a parcerização público-privada para realização dessas atividades sensíveis; ao contrário, as alberga e incentiva, sobremaneira (OLIVEIRA, 2008a, p. 23).

Desse modo, no que se relaciona ao administrador público, a Constituição Federal concedeu duas opções para o oferecimento dessa sorte de serviços públicos à população: prestação direta ou em parceria. Em outras palavras, as prerrogativas conferidas pela Constituição Federal ao administrador público equipam-no com discricionariedade para escolher o formato jurídico adequado ao oferecimento de cada um dos serviços satisfatoriamente. É possível que o Estado preste esses serviços diretamente como também é perfeitamente legal que lance mão de parcerias com entidades não estatais para esse fim. Não é necessário que a definição do melhor modelo seja geral. A escolha deve, ao contrário, ser tomada em cada caso concreto, em que o administrador deverá sopesar os prós e os contras da adoção de cada sistemática, fazendo a opção pela alternativa mais consentânea ao interesse público. Essa é a opinião de Justino de Oliveira e Dorna:

---

Estado em parceria com entidades do terceiro setor. Por exemplo: em atividades de assistência social (art. 204, I e II), relacionadas à criança e ao adolescente (art. 227, § 1º), aos idosos (art. 230) e ao desporto (art. 217).

[...] ao administrador é legítimo optar, conforme a situação enfrentada, por ambos os modelos de gestão, tanto o de execução direta pelo Estado quanto o de execução indireta, neste último contando com a participação de particulares com ou sem fins lucrativos. O importante é perceber que são diferentes modelos de gestão pública, a serem adotados conforme a vontade política, sem fundamento, portanto, a alegação de que o Estado deve ser o executor direto de todas as atividades de interesse social (OLIVEIRA; DORNA, 2013, p. 652).

Opina-se que não existe nem uma preferência entre os modelos de gestão à disposição do administrador públicos. Tanto o modelo de prestação direta, como o de prestação indireta, são alternativas legais e igualmente possíveis de serem adotadas, desde que de forma fundamentada, pelo gestor público. Assim, não há a necessidade de que, por exemplo, determinado serviço público de saúde esteja em situação calamitosa, para justificar que a sua gestão seja descentralizada para uma Organização Social. A alteração do método de gestão pode recair até sobre serviços que estejam sendo oferecidos de forma adequada, desde que haja justificativa de que eles seriam ainda melhor executados pela Organização Social. Certamente, a justificativa pressupõe a produção de documentos técnicos e financeiros comprovando a viabilidade e o incremento de eficiência representado pelo novo modelo. O mesmo raciocínio aplica-se à retomada da prestação direta de serviço descentralizado por parte do Estado.

Desse modo, considera-se que

[n]ão há, portanto, impedimento constitucional algum à assunção por particulares de tarefas e missões de interesse social em colaboração com a administração pública. Desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos, a cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição da República (MODESTO, 2001b, p. 15).

Corroborar esse entendimento Gustavo Binenbojm:

As organizações sociais [...] não significam ou representam qualquer renúncia de tarefas públicas por parte do Estado. [...] não há uma reserva constitucional para o desempenho de serviços sociais por órgãos ou entidades estatais, senão apenas a exigência de que o Estado atue na promoção de determinados fins. Assim, as “OS” se afiguram como um modelo legal de fomento público, acompanhado de intensa regulação estatal, por meio do qual o Estado pretende atingir objetivos públicos de forma mais eficiente do que pela via de entidades próprias. Trata-se da indução da atividade do particular na direção do cumprimento de metas e obtenção de resultados de interesse público (BINENBOJM, 2011, ps. 1-2).

Ainda assim, crê-se fazer-se necessária uma detida análise das principais críticas articuladas pelos opositores ao modelo de parcerias com as Organizações Sociais, de modo a precisar as conclusões sobre o instituto.

## 5.2 COMPILAÇÃO E ANÁLISE DOS PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS CRÍTICOS AO MODELO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O modelo de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais, assim como quase toda inovação no âmbito do Direito Administrativo, mormente no que se refere ao tema da gestão de serviços públicos, é alvo de diversas críticas por parte da doutrina. Há, inclusive, os que sustentam que o modelo não encontra respaldo na Constituição Federal, ao contrário do que se apresentou na seção anterior.

As críticas são variados, mas costumam girar em torno de dois grupos de argumentos: (i) o primeiro, que sustenta que o modelo configuraria uma irregular "privatização" ou "terceirização" de serviços públicos; (ii) o segundo, que defende que a sistemática serviria como uma burla à obrigatoriedade de observância do regime jurídico administrativo.

Segundo o primeiro grupo de argumentos, o modelo de parceria com as Organizações Sociais configura um meio para a completa "privatização" ou terceirização dos serviços públicos sociais, desincumbindo o Estado do seu dever constitucional de garantir o

oferecimento desses serviços à população, notadamente à sua parcela mais necessitada.

Sílvio Luís da Rocha é um dos autores que pensa dessa forma. O autor considera inconstitucional a transferência da gestão de serviços públicos de saúde para Organizações Sociais. Ao seu olhar, ao Estado não é facultado, por exemplo, transferir a responsabilidade sobre a administração integral de um hospital público para o particular, já que configuraria a ilegal terceirização de atividade fim da Administração Pública. Além do mais, a Constituição Federal teria criado um sistema de saúde em que a participação do particular é somente complementar à do Estado (ROCHA, 2006, ps. 106-107).

Não se concorda com a opinião de Sílvio Luís da Rocha. Primeiro, versando especificamente sobre o exemplo elaborado pelo autor, é de se dizer que o modelo das Organizações Sociais não concede ao administrador a prerrogativa de transferir a gestão integral de serviços público para a entidade parceria, somente a gestão operacional desses serviços. A gestão estratégica permanece a cargo do Estado. Segundo, a natureza dessa relação não configura "terceirização", ou "privatização", ao menos no preciso sentido jurídico desses termos, conforme já exposto nesse trabalho.

A rigor, toda essa polêmica existe em razão de os serviços de saúde e educação estarem no espectro de atuação das Organizações Sociais. E, mais do que isso, por conta de o modelo abrir margem à faculdade de o Estado exercer a gestão compartilhada de serviços públicos de educação e saúde (na doutrina, a polêmica é ainda maior quanto à saúde, talvez pela maior difusão de parcerias nessa área) com entidades não estatais. Afinal, há razoável consenso sobre a possibilidade do desenvolvimento de serviços relacionados ao meio ambiente, à cultura, à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico por entidades não estatais. Não há grandes discordâncias em torno disso, tratando-se de prática consagrada. Os holofotes estão direcionados para os serviços de saúde e educação públicos, o que reflete a sua condição de serviços mais sensíveis à população em geral.

O receio é que o modelo de gestão compartilhada com as Organizações Sociais, se popularizado, venha a extinguir os serviços públicos de saúde e educação. O cerne da questão, todavia, está na discussão sobre o que se entende por serviços públicos de saúde e educação. A superação da noção de que tais serviços são aqueles oferecidos diretamente pelo Estado é pressuposto para a compreensão e aceitação do modelo de parcerias com as Organizações Sociais.

Considera-se que, uma vez absorvido esse entendimento, não se demora a chegar à conclusão de que a valorização das parcerias celebradas com as Organizações Sociais tendo como objeto os serviços de saúde e educação, em vez de servir para eliminar os serviços públicos relacionados a esses segmentos, potencializa, bem ao contrário, a sua ampliação e o incremento da sua eficiência.

Nessa toada, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, o exame dos contornos jurídicos das parcerias na área da saúde (pensamento pode ser estendido às demais áreas de atuação das Organizações Sociais) demanda uma correta definição do sentido da locução "público", tarefa essa que o autor considera "hercúlea" (MARQUES NETO, 2011a). Segundo o autor, há quem entenda tal locução como os serviços de saúde oferecidos sob um regime jurídico público, ou, mais do que isso, que saúde pública é aquela em que o Estado internaliza todas as atividades relacionadas à sua prestação. Esses olhares sobre o termo "público" partem da noção de "Estado" e são manifestados desse ângulo.

Todavia, há, também, a possibilidade de se entender o público a partir do cidadão. Nesse ideário, saúde pública seria aquela "universal, gratuita, compreensiva, que tem a capacidade de oferecer assistência à saúde a todo o cidadão independente de condição de renda, de domicílio, eleitoral, etc." (MARQUES NETO, 2011a, p. 63). Explica o autor:

Para a primeira acepção, o importante é que o médico seja servidor público concursado. Que o medicamento, o bisturi sejam comprados por licitação pública. Que o tomógrafo tenha a plaqueta de patrimônio do ente estatal. Se isso ocorrer, o serviço pode falhar e o doente morrer por falta de atenção, mas estaremos diante de saúde pública.

Na segunda acepção, desde que regidos por disciplinas constitucionais, o que importa é que o Estado dirija, planeje, discipline o serviço e assegure que o doente terá toda assistência para que não venha a falecer por falta de estrutura no serviço de saúde. Que o doente tenha um atendimento de qualidade, que ele não perca sua condição de salubridade por deficiência na condição de atendimento e que, quem quer que seja ele, receba um atendimento de saúde

adequado. Portanto, se o médico é contratado por uma OS ou se os insumos hospitalares são contratados por um privado que recebe um valor fixo por gesto, isso será irrelevante, pois é em nome do Estado que este particular está atuando. O fundamental é que quem esteja no comando, quem determine quais são as políticas de assistência à saúde, seja o Estado (MARQUES NETO, 2011a, ps. 63-64).

Nos segmentos de atuação das Organizações Sociais, o que é relevante é que o Estado garanta o oferecimento público desses serviços à população, entendendo-se como "prestação pública" a ampla e eficiente oferta dos serviços, com acesso garantido a toda população - e, especificamente no que concerne à saúde e educação, de forma gratuita -, e não necessariamente a sua prestação pelo Estado de forma direta. Afinal, conforme aduz Fernando Borges Mânica, "[...] não é aceitável nos dias de hoje que serviços passíveis de exploração econômica, com pagamento pelos usuários, tenham maior grau de eficiência do que os serviços dos quais dependem direitos fundamentais" (MÂNICA, 2011, p. 172), como se verifica na maioria dos direitos sociais.

São esses os elementos que interessam aos usuários de serviços públicos: que os serviços sejam oferecidos suficientemente, em termos quantitativos e qualitativos. Essa ideia está presente na obra de Marcos Juruena Villela Souto, versando especificamente sobre os serviços públicos de saúde:

Ao indivíduo pouco interessa se o hospital está situado em imóvel próprio do Estado, se foi construído por execução direta ou através da contratação de terceiros, ou se os medicamentos são produzidos por fábricas estatais ou privadas, nacionais ou estrangeiras, o mesmo podendo se dizer relativamente ao vínculo jurídico que une o Poder Público, da União, dos Estados ou dos Municípios aos serviços e recursos humanos voltados para a concretização das ações de saúde. Importa sim, assegurar acesso universal igualitário e oportuno, às ações e serviços e, acima de tudo, uma atuação eficaz, eis que é direito de todos uma adequada prestação de serviços públicos (SOUTO, 1999, ps. 260-261).



Assim, por esses motivos, consideram-se improcedentes os referidos argumentos contrários à constitucionalidade das parcerias celebradas com as Organizações Sociais.

Conforme sobredito, o segundo grande argumento contrário ao modelo sustenta que o mesmo para nada mais serviria do que como um subterfúgio para a relativização da obrigação constitucionalmente imposta de observância do regime jurídico administrativo por parte da Administração Pública. Essa é a opinião, por exemplo, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem

[...] fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a Organização Social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao interesse público (DI PIETRO, 2012b, p. 274).

A partir dessas considerações, a autora argumenta que as Organizações Sociais seriam "entidades fantasma", criadas unicamente com o propósito de burlar o regime jurídico administrativo (DI PIETRO, 2012b). Maria Paula Dallari Bucci, no mesmo sentido, argumenta que a flexibilização dos controles formais prévios, característicos do regime jurídico administrativo, em favor do controle por resultados, que considera "de pequena consistência", põe em questão a observância dos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade e da publicidade (BUCCI, 2006).

No que se refere a esse segundo grupo de críticas, é de se dizer que, conforme já exposto, a adoção do modelo de parcerias com Organizações Sociais não importa em uma completa supressão do regime jurídico administrativo e dos controles formais prévios que lhes são característicos. As Organizações Sociais submetem-se a um regime jurídico híbrido, majoritariamente privado, mas derogado por normas de direito público, de modo a garantir a observância dos princípios regentes do Direito Administrativo.

Também não se considera possível atacar a constitucionalidade do modelo de parcerias com as Organizações Sociais por considerá-lo

ofensivo ao regime jurídico administrativo. Afinal, conforme sustentado na seção anterior, a Constituição Federal alberga a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos visando à consecução de fins públicos nas áreas de atuação das Organizações Sociais.

Certo é que o Estado de Direito é uma conquista da sociedade contra a arbitrariedade dos detentores do poder, típica dos modelos absolutistas, em que o conceito de justiça costumava estar vinculado à vontade do soberano. Todavia, é igualmente certo que o Direito é uma ciência social, criada pelo homem. Possui, portanto, caráter instrumental, somente sendo útil quando estiver a serviço dos homens. Seguindo essa linha de pensamento, é inaceitável que os homens fiquem reféns do Direito, quando este não mais se adéqua às circunstâncias da sociedade, quando este se torna inútil. A situação assemelha-se com a da criatura que domina o criador.

Sendo assim, chegada à conclusão de que o modelo tradicional de oferecimento de serviços públicos sociais é ineficiente, ineficaz, que esta esgotado - o que, em território brasileiro, é verificado empiricamente -, considera-se que o Direito não pode ser um argumento contrário à busca de alternativas para o seu aperfeiçoamento. Afinal, o que importa é a consecução do interesse público. O Direito é somente instrumento para a sua garantia. O Direito serve para solucionar problemas, não para criar novos.

Nesse talante, Floriano de Azevedo Marques Neto, referindo-se ao que considera ser um bem concatenado desenho constitucional dos serviços públicos de saúde brasileiros, aduz que

[...] é preciso que ele seja considerado de maneiras diferentes para que o Direito não seja um instrumento de estagnação, um instrumento de constrangimento da Administração Pública - e falo em constrangimento não no sentido ético-moral, mas no sentido de gestão - e acabe por ser o Direito, ao invés de um instrumento de efetivação, viabilização e adequação da ação pública, quase que um mantra, uma locução que se basta por si. Não se pode interpretar o mandamento da Constituição sob um viés dogmático, como se houvessem valores nele implícitos, que impedissem qualquer evolução na forma de organizar tais serviços, mesmo e quando os modelos hoje disponíveis se revelem

ineficientes ou insuficientes (MARQUES NETO, 2011a, p. 59).

Ainda nesse sentido, colhe-se depoimento, em tom de desabafo, de Leonardo Cavalcanti Morais:

Contraditoriamente, sempre que se cogita modernizar a máquina estatal, conferir-lhe certa leveza de movimentos, livrá-la um tanto da carga de eterna desconfiança que sobre o gestor público pesa, entevando-lhe os movimentos e as rotinas, enfim, sempre que uma tal agenda reformadora busca fazer surgir um novo perfil de governança para a Administração Pública, bem se veem os esbirros do conservadorismo, os teóricos do atraso a professarem a fé segundo a qual o Estado é o que é - paquidérmico em sua lentidão e desconhecedor da lógica meritocrata - por imposição do constituinte, quase como se houvesse um pacto constitucional em prol da irracionalidade e da indolência (MORAIS, 2010, p. 916).

Na opinião de Paulo Modesto,

parece possível interpretar e refletir sobre o que representa o programa das organizações sociais para a redefinição do modo de intervenção do Estado no âmbito social apenas se adotarmos uma atitude de abertura, de ânimo desarmado, negação da mentalidade burocrática antes referida, que desconfia do novo e o renega de plano, adulterando o seu sentido próprio a partir de antigos esquemas conceituais.

Na verdade, a atitude oposta à de abertura, a atitude de bloqueio “*a priori*”, é impensável e inaceitável entre juristas, que são profissionais do diálogo, acostumados a tratar cotidianamente com novas demandas político-sociais (MODESTO, 2001b, p. 4).

Conforme já visto em passagem anterior, o advento dos serviços públicos teve como escopo a garantia da prestação das atividades assim consideradas para toda a população. Assim, é paradoxal que justamente

o fato de determinados serviços serem considerados públicos represente maior dificuldade para o seu oferecimento, de maneira eficiente, à população. Ataliba Pinheiro Espírito Santo bem aponta que "o público nasce privado e por decisão política se torna estatal" e que "o caráter público é a exigência da própria sociedade para tornar efetiva a proteção dos valores que consagra, proteção esta que, como ente formal que é, o Estado tem função de garantir", seja por prestação direta, ou, quando as circunstâncias assim exigirem, indiretamente (ESPÍRITO SANTO, 2002, p. 93)<sup>228</sup>.

Essa situação fica ainda mais patente no casos dos serviços não-exclusivos do Estado, cuja prestação é, também, aberta à sociedade. É difícil imaginar que o Direito confira aos particulares melhores condições de realizar esses serviços do que ao próprio Estado, uma abstração criada para, ao menos teoricamente, garantir melhores condições de vida aos homens.

Assim, parece inapropriado considerar inconstitucional uma iniciativa que tem por escopo a criação de um instrumento para o incremento da qualidade e a ampliação da oferta de serviços públicos sociais aos cidadãos, sob o argumento de uma pretensa ofensa ao regime jurídico administrativo, este que foi positivado justamente visando a garantia da vinculação da atividade administrativa à perseguição do interesse público.

No mais, além desses dois principais grupos de argumentos críticos, que atacam o modelo de parcerias com Organizações Sociais como um todo, há, ainda, críticas sobre aspectos pontuais da Lei nº 9.637/1998. Juarez Freitas, por exemplo, apesar de classificar como potencialmente valiosas as parcerias entre Estado e terceiro setor com o objetivos públicos, e, conseqüentemente, valorizar modelagens jurídicas que permitam ampliar o espectro dessas colaborações, acredita que a Lei nº 9.637/1998 em específico possui muitas falhas, motivo pelo qual merece ser revista "legislativamente e interpretativamente". O autor qualifica como um grave defeito da referida lei a sua generalidade, o que, somado ao fato de tais entidades ocuparem zona mesclada dentro do Direito Administrativo - o que, por si só, já traz dificuldades -, impõe alta nebulosidade jurídica ao regime (FREITAS, 2009).

---

<sup>228</sup> Nesses termos, segundo o autor, por mais que a doutrina, capitaneada por Bresser-Pereira, tenha o costume de classificar os serviços sociais como "não-exclusivos do Estado", na verdade, eles são "não-exclusivos da sociedade", uma vez que o Estado foi criado para, por dever de ofício, tomá-las como de sua responsabilidade (ESPÍRITO SANTO, 2002).

Além disso, o autor vê com ressalvas a possibilidade de as Organizações Sociais assumirem as funções de entidades públicas extintas. Ao se olhar, essa possibilidade desfiguraria "a natureza complementar e não-substitutiva do Terceiro Setor - algo que, em vez de fortalecê-lo, suscita resistências significativas naturais" (FREITAS, 2009, p. 448). Celso Antonio Bandeira de Mello também considera inconstitucional a absorção de serviços públicos por Organizações Sociais (BANDEIRA DE MELLO, 2010a).

Apesar de considerar não recomendável a extinção dos órgão e entidades responsáveis pelos serviços públicos descentralizados, nas hipóteses de parcerias que envolvem atuação substitutiva por parte da Organização Social, conforme já previamente argumento, não se considera a medida ilegal. Afinal, nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, se "[...] a Administração pode até tomar a decisão política de extinguir ou remover a entidade (ato discricionário de conteúdo político), pode mantê-la sob gestão privada mediante contratação de um administrador" (SOUTO, 1999, p. 268).

Celso Antônio Bandeira de Mello considera, ainda, que a Lei federal disciplinadora das Organizações Sociais inclui aspectos de inconstitucionalidade "aberrante". De início, não há a exigência de demonstração de habilitação técnica ou econômica de qualquer espécie para a entidade candidatar-se a celebrar contrato de gestão, recebendo bens públicos, recursos orçamentários e servidores públicos. Segundo o autor,

[e]nquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação s simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'" (BANDEIRA DE MELLO, 2010a, p. 240).

O autor considera, ainda, como inconstitucional a celebração de contrato de gestão por dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (BANDEIRA DE MELLO, 2010a). Corroborar esse entendimento Francisco de Assis Alves (ALVES, 2000).

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a escolha da entidade firmatária do contrato de gestão não pode prescindir da realização de prévio procedimento licitatório ou outro procedimento que garanta o princípio da isonomia. Além disso, a autora entende que deveria ser exigido qualificação técnica e idoneidade financeira das entidades firmatárias das parcerias. Defende, ainda, que seria preciso praticar limitações salariais para os colaboradores da entidade (DI PIETRO, 2012b). Segundo a autora, para o modelo de parcerias com as Organizações Sociais enquadrarem-se ao regime constitucional brasileiro, far-se-ia necessário:

- a. exigência de licitação para escolha da entidade.
- b. comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c. demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d. submissão aos princípios da licitação;
- e. imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f. prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato dela administrar patrimônio público (DI PIETRO, 2012b, p. 275).

Conforme já supra-argumentado nesse trabalho, não se considera que o inciso XXIV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos represente fundamento para a celebração de contrato de gestão por dispensa de licitação. A contratação direta somente deve ocorrer quando se enquadrar em alguma das outras hipóteses previstas

nos artigos 24 ou 25 da Lei nº 8.666/1993<sup>229</sup>. Crê-se, ainda, que a assinatura do contrato de gestão demanda a realização de procedimento prévio de seleção, pautado por critérios objetivos de escolha que garantam a observância do princípio da isonomia. Nesse procedimento, devem ser impostas as exigências necessárias para a correta escolha da entidade parceira, o que inclui a exigência de critérios técnicos e demonstração de saúde financeira, na medida que o caso concreto exigir.

Quanto à exigência de estabelecimento de teto financeiro para os funcionários da Organização Social, considera-se que, nos casos de contratos de gestão celebrados a título de descentralização por colaboração, em que há atuação substitutiva por parte da Organização Social, é necessário que os salários dos funcionários celetistas sejam compatíveis com os dos estatutários, nas circunstâncias em que houver identidade de função, em cumprimento às leis trabalhistas.

Visto tudo isso, é de se dizer que a tendência parece ser a prevalência do entendimento pela constitucionalidade dos modelos que preveem a colaboração entre Administração Pública e entidades do terceiro setor. Prova disso é a recentíssima promulgação da Lei Federal nº 13.019/2014, que disciplina o regime jurídico das parcerias celebradas entre a Administração Pública e entidades pertencentes ao terceiro setor, a título de fomento ou colaboração, em consonância com as ideias defendidas nesse trabalho.

### 5.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1923, EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei Federal nº 9.637/1998, legislação de regência das parcerias celebradas entre a Administração Pública federal e entidades qualificadas como Organizações Sociais, tem a sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal. O tema é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta pelo Partido dos

---

<sup>229</sup> Aliás, o simples fato de a Organização Social firmatária do contrato de gestão estar apta a receber bens públicos permitidos e cessão especial de servidores não impede a celebração direta da parceria, quando as circunstâncias permitirem. A própria Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos permite, por meio do artigo 17, II, "a", a alienação de bens para fins de interesse social, com licitação dispensada. Ora, se há previsão nesse sentido para a alienação do bem, porque seria vedado assim proceder para mera conferência de permissão de uso?

Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT em dezembro de 1998, especificamente contra a integralidade da Lei nº 9.637/1998 e o inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/1998<sup>230</sup>. A ação continua a tramitar no Supremo Tribunal Federal, mesmo depois de terem transcorrido mais de 16 anos desde a sua proposição.

Na petição inicial, os partidos argumentam ser despendida a criação da figura jurídica das Organizações Sociais, pois o direito brasileiro já contemplaria instrumentos de participação das entidades filantrópicas no oferecimento de serviços sociais à população. Insinua-se que o real propósito da criação do modelo seria a substituição das instituições públicas prestadoras desses serviços por instituições privadas, o que teria como propósito somente a fuga das amarras a que estão submetidos os administradores públicos, já que as Organizações Sociais seriam instituições criadas pelos dirigentes do órgão público prestador dos serviços, que seria extinto. Tudo isso faria parte de um processo de privatização dos aparatos públicos que, além de tudo, ocorreria sem a realização de licitação pública.

Ainda na petição inicial, é discutida a natureza jurídica das Organizações Sociais, constatando-se que as mesmas não pertencem à Administração Pública e não configuram entes paraestatais (referindo-se aos serviços sociais autônomos), já que estes são criadas por lei. Tratar-se-ia, segundo os partidos autores da ação, de um "modelo mal acabado

---

<sup>230</sup> A proposição da referida ação direta de inconstitucionalidade foi consequência dos debates que se deram no Congresso Nacional sobre o Projeto de Lei nº 10/1998, que originou a Lei nº 9.637/1998. Alexandre Veronese condensou os argumentos opostos pelos partidos de oposição ao projeto de lei: "A primeira premissa (A) seria a de que o projeto é apenas uma maneira de burlar a Lei nº 8.666/93 e, assim, fugir das licitações públicas. Já a segunda (B) seria a de que o projeto é, também, uma burla ao art. 37, II, da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade dos concursos públicos. De acordo com a terceira premissa (C), as Organizações Sociais configuram uma maneira de transferir dinheiro público, sem qualquer critério legítimo, para particulares, o que importava afirmar que as instituições "publicizadas" receberiam fundos públicos, sem que houvesse mecanismos adequados de controle social de seu emprego. Conjugando-se as premissas [(A) + (B) + (C)], chegaremos à conclusão (D), de que as Organizações Sociais seriam um novo disfarce para que o processo de privatização tivesse prosseguimento, o que levaria ao fim do Estado brasileiro, valorativamente concebido" (VERONESE, 2011, p. 59). Conforme ver-se-á adiante, são esses os argumentos básicos que fundamentam a ação direta de inconstitucionalidade.



de transferência de responsabilidades públicas a entes privados que, efetivamente, não se destacam da Administração Descentralizada, nem prescindem da atuação subsidiária do Estado"(STF, 1998, ps. 34-35). Indo mais, além, dá-se, ainda segundo os autores

[...] artificialmente, aos entes públicos já constituídos, uma nova roupagem para que de sua gestão possam apropriar-se os mesmos grupos de interesse que outrora levaram o Constituinte a objetivar as figuras jurídicas integrantes da Administração Pública aos princípios moralizadores da Carta de 1988, como se isso fosse suficiente para despi-las de sua natureza de entes integrantes da administração pública, prestadores de serviço público (STF, p. 35).

Tudo isso representaria a privatização dos serviços públicos transferidos para as Organizações Sociais, dada a apropriação patrimonialista e clientelista dessas entidades. Desse modo, percebe-se que os dois principais fundamentos da petição inicial para requerer a inconstitucionalidade da lei são os mesmos mencionados por parte da doutrina: privatização de serviços públicos e fuga do regime jurídico administrativo.

Mais objetivamente, os dispositivos constitucionais supostamente ofendidos, segundo os autores, seriam os seguintes: (i) artigo 22, XXVII, artigo 37, XXI e artigo 175 da Constituição Federal, ofendidos pelo artigo 4º, VIII, artigo 11, artigo 12, §3 e artigo 17, todos da Lei nº 9.637/1998 e pelo artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93; (ii) artigo 37, *caput* e inciso II, e artigo 169 da Constituição Federal, ofendidos pelos artigos 4º e 7º, II, da Lei nº 9.637/1998; (iii) artigo 40, *caput* e § 4º da Constituição Federal, ofendido pelo artigo 14 da Lei nº 9.637/1998; (iv) artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal, ofendidos pelo artigo 4º da Lei nº 9.637/1998; (v) artigos 196, 197 e 199, § 1º da Constituição Federal, ofendidos pelo artigo 1º e artigo 18 da Lei nº 9.637/1998; (vi) artigos 205, 206, 208 e 209 da Constituição Federal, ofendidos pelo artigo 1º da Lei nº 9.637/1998; (vii) artigos 23, 215, 216, § 1º, 218 e 225, ofendidos pelo artigo 1º da Lei nº 9.637/1998; (viii) artigo 129 da Constituição Federal, ofendido pelo artigo 10 da Lei nº 9.637/1998; e, (ix) artigo 5º, XVII e XVIII e artigo 37 da Constituição Federal, ofendidos pelos artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998.

Requeru-se liminarmente a suspensão dos efeitos da Lei nº 9.637/1998 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 enquanto a

ação estivesse pendente de julgamento. Ao final, no mérito, o requerimento era para o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/1998, em sua inteireza, e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

O processo foi recebido e distribuído para o Ministro Ilmar Galvão, que solicitou informações da Presidência da República e do Senado Federal. Juntadas as informações, houve a análise do pedido de concessão de medida liminar, que foi julgado improcedente.

O julgamento do pedido de concessão de medida liminar perdurou 8 anos: iniciou-se no ano de 1999 e findou no ano de 2007, o que dificulta a análise sobre o resultado do julgamento, já que a composição do Tribunal sofreu alterações antes de encerrado o julgamento. Ao final, votaram pelo indeferimento da concessão da medida liminar os Ministros Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Cezar Peluzo e Gilmar Mendes, que completou o julgamento já iniciado pelo seu antecessor, Ministro Néri da Silveira, que, antes de sua aposentadoria, havia parcialmente se manifestado sobre o mérito do discutido, acompanhando o voto do relator. Votou, ainda, pelo indeferimento do pedido, o Ministro Eros Grau, modificando o seu voto anterior, que havia sido pelo deferimento da medida liminar para suspender os efeitos de alguns dos dispositivos questionados na ação.

Divergiram os Ministros Joaquim Barbosa, que acompanhou o primeiro voto do Ministro Eros Grau (Joaquim Barbosa completou o voto iniciado pelo seu antecessor, Ministro Moreira Alves, que, assim como Néri da Silveira, havia se manifestado parcialmente sobre os assuntos em pauta, acompanhando o relator), o Ministro Ricardo Lewandowski, que opinou por suspender a eficácia somente do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, e o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Celso de Mello não participou da sessão, por ausência justificada.

Com a aposentadoria do Ministro Ilmar Galvão, assumiu a relatoria da ação o Ministro Carlos Ayres Britto, que solicitou a manifestação da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal sobre o mérito da demanda. O primeiro órgão, opinou pelo desprovimento de todos os pedidos formulados na ação, com a manutenção do julgamento liminar. O segundo, manifestou-se pelo provimento parcial dos pedidos, para que sejam reconhecidos os seguintes aspectos relacionados à legislação: (i) que a celebração do contrato de gestão fique condicionada à prévia realização de um procedimento público para seleção da entidade; (ii) que seja afastada

qualquer discricionariedade sobre o ato de qualificação como Organização Social das entidades interessadas; (iii) que seja afastada qualquer interpretação limitadora da competência fiscalizadora do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, e dos demais órgãos de controle externo sobre as atividades desempenhadas pelas Organizações Sociais.

Logo em sequência, após a manifestação dos participantes do feito a título de *amicus curiae*, foi iniciado o julgamento do mérito da ação. O Ministro Carlos Ayres Britto, relator do processo, proferiu seu voto na sessão do dia 31 de março de 2011. Em seu voto, Ayres Britto manifestou-se pelo parcial provimento da ação, conforme detalhar-se-á adiante. Após pedido de vista formulado pelo Ministro Luiz Fux, o julgamento foi suspenso, sendo retomado na sessão do dia 19/05/2011, oportunidade em que o Ministro proferiu seu voto, no sentido de se conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 9.637/1998. Em seguida, o julgamento foi novamente suspenso, agora por conta de pedido de vistas formulado pelo Ministro Marco Aurélio. O processo encontra-se em seu gabinete, para análise, desde então. No dia 10 de fevereiro de 2015, entretanto, houve nova movimentação do processo, indicando a "devolução dos autos para julgamento" por parte do gabinete do Ministro, o que sugere que o julgamento será retomado em breve.

### **5.3.1 Julgamento do pedido de concessão de medida liminar**

O julgamento do pedido liminar envolveu interessantes manifestações dos Ministros já sobre o mérito da demanda, ainda que, em vários momentos, a opinião dos julgadores acerca de determinados aspectos inerentes a o tema não parecesse estar suficientemente amadurecida. De todo modo, é válido um exame, ainda que perfunctório, sobre o que foi discutido nessa fase decisória.

A prolação dos votos teve início na sessão do dia 24 de junho de 1999, oportunidade em que o relator, o já aposentado Ministro Ilmar Galvão, manifestou-se pelo indeferimento da concessão da medida liminar, sob o argumento de que não vislumbrava na Lei atacada as inconstitucionalidades apontadas pelos partidos autores da ação. No seu olhar,

o legislador não estaria a violar a Carta da República tão-somente porque atua criativamente, gerando alternativas de gestão pública (como fez

o Governo Federal, ao instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, e o Governo do Distrito Federal, ao adotar o programa de saúde que atende aos cidadãos em sua própria residência, mediante a contratação de médicos por entidade privada, sob o regime celetista), incentivando o controle social da administração pública, a gestão direta, pela comunidade, dos serviços sociais, a flexibilização da gestão dos controles e processos e o aumento da qualidade dos serviços destinados ao usuário.

Na opinião do relator, a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir que os serviços sociais alcancem a todos os cidadãos. Não estabelece, todavia, a obrigação de que deva fazê-lo por meio de órgãos ou entidades públicas, tampouco elimina a possibilidade de que cumpra esse seu dever por meio de iniciativas como as parcerias com as Organizações Sociais.

Segundo o Ministro Ilmar Galvão, o sistema de controle de resultados previsto na Lei nº 9.637/1998 não exclui os métodos de controle externo tradicionais, realizados pelos órgãos competentes. O relator considera, ainda, que os benefícios e as características das parcerias celebradas com as Organizações Sociais justificam a sua contratação direta pelo Estado, por meio de licitação. Por último, o relator opina pela constitucionalidade da cessão de servidores a entes que se dediquem ao desempenho de serviços de interesse público, como as Organizações Sociais.

Acompanharam o voto do relator os Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Cezar Peluzo e Ellen Gracie. Néri da Silveira acompanhou o relator no que se refere à legalidade da assinatura de parcerias com Organizações Sociais na área da saúde.

Após requerer vista dos autos, o Ministro Eros Grau prolatou o seu voto na sessão do dia 2 de fevereiro de 2007 (quase oito anos após o início do julgamento, portanto). Divergiu do relator, opinando pelo deferimento parcial da medida liminar pleiteada pelos autores da ação, para que sejam suspensos os efeitos dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/1998 e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/1998.

O revisor considerou de "inconstitucionalidade chapada" os dispositivos que permitem a assinatura de contrato de gestão, a destinação de recursos orçamentários, de bens públicos e a cessão de

servidores públicos para Organizações Sociais sem a realização de licitação pública. Reputou, ainda, como inconstitucionais, o artigo 5º da Lei nº 9.637/1998, que "coloca sob um indefinido e difuso regime de 'parceria' o cumprimento da função [- dever-poder] do Estado" quanto aos serviços públicos sociais, e o artigo 20, que prevê a criação do Programa Nacional de Publicização "cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais".

O pronunciamento de Eros Grau foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no que não conflitasse com o voto parcialmente proferido pelo seu antecessor, Ministro Moreira Alves, e pelo Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, externou, em seu voto, o entendimento preliminar de que a legislação analisada "incorpora alguns mecanismos que se prestam a escamotear, a fugir do regime de Direito Público que rege a prestação de serviços públicos por parte do Estado". Observou, porém, que se estava em sede de julgamento de pedido liminar, não de mérito. Assim, como já havia transcorrido 9 anos desde a proposição da ação, não pareceria haver *periculum in mora* que justificasse a concessão da medida cautelar. Desse modo, o Ministro manifestou-se no sentido de conceder a medida liminar apenas parcialmente, somente para suspender os efeitos do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, evitando, por conseguinte, a celebração de novos contratos de gestão por dispensa de licitação.

Na sequência, na sessão de 1º de agosto de 2007, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes, que, conforme sobredito, no que não conflitou com o voto parcial proferido pelo seu antecessor, Ministro Néri da Silveira, acompanhou o voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, no sentido de indeferir o pedido de concessão de medida liminar. O voto do Ministro Gilmar Mendes, porém, trouxe argumentos que inovaram e aprofundaram o posicionamento de Galvão, sendo dignos de nota.

O jurista situou a criação do modelo de gestão compartilhada de serviços sociais com Organizações Sociais em um movimento mundial de Reforma do Estado, que objetiva, mais que tudo, propor soluções para incrementar a capacidade do Estado de cumprir os desígnios constitucionais. Destacou que o modelo federal foi seguido por vários Estados membros, sendo amplamente inspirado pelo caso da Associação das Pioneiras Sociais, que se mostrou bastante exitoso. Segundo Mendes,

[...] o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.

Prolatado o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau resolver alterar o seu entendimento anterior. O Ministro retomou a palavra para reafirmar que não foi convencido por nenhum dos argumentos em favor da constitucionalidade do modelo. Todavia, considerando que o julgamento já durara 8 anos, e que o seu objeto era a concessão de medida liminar, argumentou que a melhor decisão seria indeferir o pedido, dada a ausência de situação de urgência que justificasse o deferimento. Esse foi o entendimento que acabou prevalecendo, sendo o Ministro Eros Grau designado para redigir o acórdão, que o fez nos termos seguintes:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida

cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.

Na sequência, abordam-se os assuntos discutidos no julgamento do mérito da ação.

### 5.3.2 Julgamento do mérito da ação

O julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade ora em discussão ainda está em andamento. Até o momento (fevereiro de 2015), foram proferidos somente dois votos, os dos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux.

O Ministro Ayres Britto, relator do feito à época, hoje já aposentado, votou pelo provimento parcial da demanda. Em seu voto, afirmou que a Constituição Federal reservou ao Estado o papel de "protagonista-mor" no oferecimento de serviços públicos à população. Há, todavia, segundo o Ministro, atividades que, muito embora tenham sido estipuladas como de competência do Estado, não foram completamente retiradas da zona de atuação dos particulares. Essas atividades, quando oferecidas pelo Estado, configuram serviços públicos. Quando organizadas por particulares, são serviços de relevância pública<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Esclarece o relator o seu posicionamento: "Já no que toca às atividades de senhorio misto, serão elas de natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado, ou em parceria com o setor privado. E se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sua definição é como atividades ou serviços de relevância pública (inciso II do art. 129 e art. 197, ambos da CF). Assim é que o art. 199 da Constituição Federal dispõe, categoricamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art. 209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art. 202 da CF); b) à colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (§ 1º do art. 216 da CF); c) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§ 4º do art. 218 da CF); d) ao dever da

Nesse talante, Ayres Britto não vislumbra inconstitucionalidade no modelo de gestão positivado pela Lei nº 9.637/1998. Afinal, tendo em conta que a competência para atuação na área dos serviços sociais é compartilhada entre o Poder Público e os particulares, não há qualquer impeditivo constitucional para que os mesmos atuem em parceria nessa seara. Pelo contrário, a Constituição incentivaria essa prática.

Acerca do contrato de gestão, Ayres Britto considera que teria natureza de convênio. Assim, não haveria violação constitucional por parte do inciso XXIV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já que não é exigível licitação pública para a celebração de convênios. O Ministro promove, todavia, as seguintes ressalvas quanto à desnecessidade do procedimento licitatório:

[...] a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua

---

coletividade de defender e preservar o meio ambiente (caput do art. 225 da CF). Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF); b) a vedação de auxílios ou subvenções na área de saúde apenas às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º do art. 199 da CF); c) a participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a previsão, inclusive, de subsídios públicos (inciso VI do § 3º e § 1º, ambos do art. 227 da CF); d) o aporte de recursos do Estado a entidades de previdência privada, na qualidade de patrocinador (§ 3º do art. 202 da CF); e) a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, bem como a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio (art. 213 e § 1º da CF); f) o apoio financeiro do Poder Público às atividades universitárias de pesquisa e extensão (§ 2º do art. 213 da CF)".



específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.

A necessidade de observância desses aspectos, segundo o Ministro, advém da própria Lei nº 9.637/1998, já que,

[...] no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: sem a realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão – não, necessariamente, de um processo licitatório –, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.

Desse modo, o Ministro propôs interpretação conforme à Constituição Federal, que já estaria implícita no *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.637/1998, no sentido de ser necessária a realização de um procedimento prévio de seleção da entidade firmatária do contrato de gestão, em atendimento aos princípios da Administração Pública, notadamente os preceitos da impessoalidade e da publicidade.

Ayres Britto, por outro lado, considerou inconstitucional o "Programa Nacional de Publicização", que, segundo seu entendimento, incentivaria a extinção de órgãos e entidades públicas prestadores de serviços sociais, cujas atividades passariam a ser responsabilidade de Organizações Sociais. No seu entendimento, tal proposição poderia levar, no longo prazo, ao aniquilamento das estruturas públicas de prestação de serviços públicos sociais, em ofensa ao disposto na Constituição Federal. Por conseguinte, votou pela inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/1998. Quanto a esse aspecto, o Ministro votou, ainda, pela modulação dos efeitos da decisão, de modo que as Organizações Sociais que até o final do julgamento já tiverem absorvido atividades de órgãos ou entidades públicas extintas poderão

continuar desempenhando suas atividades. Ou seja, em respeito ao preceito da segurança jurídica, "não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de extratificação".

O relator atribuiu inconstitucionalidade, ainda, ao fraseado "quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social", presente no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/1998, que concede margem de discricionariedade ao administrador no ato de qualificação das entidades como Organizações Sociais. Segundo o Ministro, o ato de qualificação das entidades pleiteantes deve ser vinculado e não discricionário.

Por último, sustenta o Ministro que

inconstitucional é o § 1º do art. 14 da Lei 9.637/98, atinente a cessão especial "com ônus para a origem", na parte em que permite a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize. Mais: a parte final do § 2º do mesmo artigo prevê o pagamento de "adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria" com recursos públicos, o que, além de ofender o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, vulnera o § 1º de seu art. 169. Pelo que julgo inconstitucional 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 da Lei 9.637/98. Consequentemente, e por ficar vedado o pagamento, pela organização social, de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, perde sua razão de ser o § 1º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa).

Em resumo, foram esses os aspectos que permearam o voto do Ministro Ayres Britto. O posicionamento do segundo membro da Corte a proferir voto, o Ministro Luiz Fux, foi em outro sentido. Segundo o Ministro, para o correto julgamento da ação, é necessário

identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à

escolha das maiorias políticas prevalecentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas têm de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

O Ministro inicia a sua manifestação assentando o entendimento de que a responsabilidade pelos serviços públicos sociais é compartilhada entre o Estado e a sociedade. Quando prestados pelo Estado, essas atividades são serviços públicos. Quando prestados pelo particular, existe divergência doutrinária sobre a natureza dessas atividades. Todavia, para Fux, seguindo o entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal, essas atividades igualmente configurariam serviços públicos.

Em seguida, o Ministro estabelece o entendimento de não se aplicar às atividades em que atuam as Organizações Sociais o artigo 175 da Constituição Federal, por cujo teor os serviços públicos serão prestados pelo Estado, ou por terceiros, em regime de concessão ou permissão. Para Fux, esse dispositivo dirigir-se-ia somente aos serviços públicos exclusivos. No que se refere aos serviços sociais, a Constituição Federal autoriza que os Estado os ofereça à população direta ou indiretamente:

[...] cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Em outra passagem, o Ministro detalha o seu posicionamento: "Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº 9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares.

Após concluir pela constitucionalidade do modelo, o Ministro passou a examinar aspectos pontuais do marco legal das Organizações Sociais. Fux afastou a necessidade de incidência da regra da licitação na fase de qualificação das entidades interessadas como Organização Social, já que o ato de qualificação não configuraria contratação propriamente dita. O Ministro relaciona essa etapa a um credenciamento das entidades interessadas em celebrar parcerias com o Poder Público, as quais, para tanto, devem preencher os critérios objetivos previstos em lei, o que inclui o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. Esse último, o juízo de conveniência e oportunidade descrito no inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.637/1998, deve, para Fux, ser interpretado conforme à Constituição Federal. É mandatório, portanto, que sejam obedecidos os princípios norteadores da atividade administrativa, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos. Desse modo, só é legítimo o indeferimento do pedido de qualificação quando for devidamente motivado, a partir de critérios comprovadamente objetivos e impessoais, sendo vedada qualquer decisão arbitrária do administrador.

No que pertine à fase de celebração do contrato de gestão, Fux também afasta a obrigatoriedade da realização de prévia licitação pública. Reconhece, porém, a necessidade de aplicação dos princípios regentes da atividade administrativa, da qual decorre a obrigação de o Poder Público conduzir "a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93". Ainda quanto a esse assunto, Fux argumenta não haver inconstitucionalidade quanto à hipótese de dispensa de licitação descritas no inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e no § 3º do artigo 12 da Lei nº 9.637/1998, desde que, igualmente, incidam sobre essas contratações os princípios característicos da atividade administrativa. Em sua opinião, esses preceptivos legais caracterizam instrumentos de fomento para as Organizações Sociais.

No mais, no olhar de Fux,

---

Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade".

as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. [...] Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

No concernente ao regime jurídico dos servidores contratados pelas Organizações Sociais, Fux considera que não estão submissos às regras impostas aos servidores públicos, motivo pelo qual não há inconstitucionalidade na legislação também nesse aspecto. Há, porém, a obrigação de que esses servidores sejam selecionados a partir de um procedimento de seleção objetivo e impessoal, obedecendo, assim, aos preceitos constitucionais relativos ao tema. Já no que tange aos dispositivos atinentes ao regime jurídico dos servidores cedidos à Organização Social pela Administração Pública, o Ministro considera inexistirem máculas constitucionais. A legislação preserva a remuneração a que o servidor fazia jus no órgão de origem, e faculta à Organização Social acrescer vantagens à remuneração pela ocupação provisória de cargo de direção ou assessoria, as quais não serão incorporados aos vencimentos do servidor. Não há necessidade de que tais pagamentos sejam previstos em lei, já que a Constituição Federal assim exige somente quando a concessão da vantagem ou do aumento de remuneração seja efetuada por órgãos da Administração Direta ou Indireta, o que não é o caso das Organizações Sociais.

Por fim, o Fux entende que a Lei nº 9.637/1998 garante a fiscalização dos órgãos de controle externo sobre as atividades desempenhadas pelas Organizações Sociais, motivo pelo qual não vislumbra qualquer inconstitucionalidade quanto a esse aspecto.

Após a prolação do voto de Luiz Fux, o Ministro Marco Aurélio requereu vistas dos autos. Desde então, a ação encontra-se parada em seu gabinete, aguardando a retomada do julgamento.

### **5.3.3 Perspectivas sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998**

Da análise dos votos que embasaram a decisão sobre o indeferimento da medida liminar e dos dois votos já prolatados quanto ao julgamento de mérito, não é possível antever qual será o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Principalmente porque dos doze Ministros que participaram daquela votação, apenas três permanecem integrando a Corte Constitucional. Dos três, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se a favor da constitucionalidade do modelo, no julgamento liminar, enquanto os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio externaram posicionamento tendente ao reconhecimento da inconstitucionalidade.

Porém, ainda que não seja possível prever de forma segura o resultado final do julgamento, tem-se a expectativa de que os demais votos sigam o tom dos dois primeiros, prolatados pelos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux. As duas primeiras manifestações, apesar de apresentarem conclusão parcialmente divergente, convergiram quanto ao entendimento de que o modelo de parcerias com as Organizações Sociais é constitucional e legítimo. Não há inconstitucionalidade no fato de o Estado e entidades sem fins lucrativos unirem esforços em prol de uma satisfatória prestação de serviços sociais para os cidadãos.

Ambos os Ministros, por outro lado, identificaram, em determinados assuntos acessórios, que apenas circundam o tema principal (que precisamente é a constitucionalidade do modelo de parcerias), como questões que merecem melhor reflexão por parte do intérprete. Todavia, enquanto Ayres Britto optou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos versantes sobre esses temas, Luiz Fux reputou suficiente disciplinar que a interpretação desses preceptivos se dê conforme à Constituição Federal.

Nesse talante, Gustavo Binenbojm, ao comentar o voto proferido por Luiz Fux no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ora em debate, reconheceu que o aludido Ministro acertadamente e felizmente optou por descartar o uso do discurso constitucional como instrumento de oposição político-ideológica contra modelos de gestão cujos contornos não foram exauridos pelo legislador constituinte, mas que, justamente por isso, ficam sujeitos à liberdade de conformação do

legislador. O autor considera que o posicionamento de Fux é o mais consentâneo à Constituição Federal brasileira, na medida em que a "nossa moldura constitucional é suficientemente dúctil para abarcar diferentes desenhos institucionais e distintos projetos de intervenção estatal nos domínios econômico e social" (BINENBOJM, 2011, p. 1).

Gustavo Justino de Oliveira possui entendimento semelhante. Segundo o autor, ainda que se façam necessários pequenos ajustes para a plena sintonia entre a legislação das Organizações Sociais e o sistema jurídico brasileiro, a Lei nº 9637/1998 "não está eivada de vícios de inconstitucionalidade, razão pela qual a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal deveria caminhar para a sua final e definitiva validação" (OLIVEIRA, 2008a, p. 38).

Concorda-se com a ideia geral do voto de Luiz Fux e das manifestações de Binenbojm e Justino de Oliveira. Mais adiante, com esse espírito, apresentar-se-ão sugestões para a melhor adequação de pontos específicos da Lei Federal nº 9.637/1998 ao ordenamento jurídico pátrio.

#### **5.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1943, também em trâmite no Supremo Tribunal Federal**

Além da discutida ação direta de inconstitucionalidade nº 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT contra a Lei Federal nº 9.637/1998, existe outra ação direta de inconstitucionalidade com esse mesmo objeto, identificada sob o nº 1943, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Em análise da petição inicial, conclui-se que os argumentos que fundamentam essa ação são semelhantes aos presentes na ação já discutida. Não serão aqui cansativamente repetidos, portanto.

Os trâmites iniciais assemelharam-se aos da ação já discutida, com a oposição das manifestações da Presidência da República, do Senado Federal, da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal. O processo igualmente foi de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, este sucedido, quando aposentado, pelo Ministro Ayres Britto, que, por sua vez, quando deixou a Corte, foi sucedido pelo Ministro Teori Zavascki, atual relator da demanda.

Em 20 de fevereiro de 2003, o então relator da ação, Ministro Ilmar Galvão, decidiu pelo sobrestamento do feito enquanto não fosse julgada a medida liminar da ação nº 1923, já discutida. Posteriormente,

em 22 de setembro de 2010, findo o referido julgamento da liminar, o então Ministro relator, Ayres Britto, ordenou novo sobrestamento do feito, desta vez até o julgamento final do mérito daquele processo. Sendo assim, o deslinde da ação proposta pelo Conselho Federal da OAB está, pois, atrelada ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1923, motivo pelo qual se mostram desnecessários maiores comentários sobre essa demanda.

#### 5.4 EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DE PARCERIAS CELEBRADAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Conforme já discutido, a primeira menção à figura jurídica das Organizações Sociais ocorreu no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, documento produzido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado no ano de 1995, servindo como uma espécie de guia contendo as propostas para as reformas a serem realizadas na Administração Pública federal brasileira nos próximos anos. A inclusão do modelo no ordenamento jurídico brasileira via medida provisória e a sua posterior conversão na Lei Federal nº 9.637/1998 foram consequência do planejado no Plano Diretor.

Inicialmente, conforme infere-se da leitura do Plano Diretor, a intenção parecia ser a transformação de todas as instituições e órgãos públicos prestadores de serviços não-exclusivos em Organizações Sociais. Depois, com o aumento e o aprimoramento dos estudos sobre o modelo, concluiu-se que uma mudança assim radical não traria os resultados positivos esperados, motivo pelo qual a utilização do modelo, na prática, foi bem mais tímida e gradual.

Em âmbito federal, a utilização do modelo iniciou-se em 1998, com a própria promulgação da legislação de regência, que permitiu a qualificação da Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus e da Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP, que absorveram as atividades do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto, entidades extintas pela mesma Lei. A qualificação de entidades como Organizações Sociais e a assinatura de contratos de gestão foi crescente até 2002. Todavia, após a alteração no comando do governo federal, a celebração de novas parcerias cessou nesse nível da Administração Pública, muito embora a grande maioria das parcerias com Organizações Sociais já estabelecidas tenha sido preservada. Isso não foi propriamente uma surpresa,



considerando que o Partido que assumiu o Governo é o mesmo que contesta judicialmente a constitucionalidade do modelo<sup>233</sup>.

Em 2013, porém, o Governo Federal deu mostras de que pode estar modificando o seu posicionamento quanto ao modelo de gestão em parceria com Organizações Sociais. Em agosto daquele ano, procedeu à primeira qualificação de entidade como Organização Social em onze anos, o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE. No mês seguinte, houve nova qualificação, agora do Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial - EMBRAPPII.

Essas recentes qualificações e celebrações de parcerias parecem ser indício de que a sistemática de gestão passará a ser mais utilizada pela Administração Pública federal nos próximos anos. Inclusive, notícias dão conta que o Governo federal estaria cogitando transferir a responsabilidade pela contratação de docentes para as Instituições Federais de Ensino Superior, que passariam a atuar sob o regime celetista, para entidade a ser qualificada como Organização Social (SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR, 2014).

Nas esferas estadual, distrital e municipal, a utilização do modelo é crescente e vem se expandindo cada vez mais. Segundo estudo elaborado por Abrucio e Sano, no final do ano de 2007 existiam cerca de 70 Organizações Sociais qualificadas no âmbito dos governos estaduais, distribuídas por todas as regiões do país, concentrando-se mais, porém, no Sudeste e Nordeste (SANO; ABRUCIO, 2008). Mais recentemente, levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, revelou que, no ano de 2013, 17 unidades da Federação, espalhadas por todas as regiões do País, possuíam contratos de gestão firmados com Organizações Sociais na área da saúde. São elas: Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina e São Paulo (DCI, 2013).

Diante disso, analisar-se-á brevemente, primeiro, a utilização prática do modelo em âmbito federal, com supedâneo na Lei Federal nº 9.637/1998. Depois, também perfunctoriamente, serão abordadas

---

<sup>233</sup> Em contrapartida, o que se verificou nesse período foi a ampliação do número de entidades organizadas de forma tradicional (houve um considerável aumento no número de mistérios e secretarias, por exemplo) (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005).

experiências de utilização da sistemática no Estado e no Município de São Paulo, e no Estado de Santa Catarina.

#### **5.4.1 Experiência na Administração Pública federal**

Conforme sobredito, não eram celebrados desde o ano de 2003, pela Administração Pública federal, novos contratos de gestão com entidades qualificadas como Organizações Sociais, nos termos do prelecionado na Lei Federal nº 9.637/1998. Isso mudou em agosto de 2013, quando houve a qualificação do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE. Desde a positivação do modelo, foi celebrado um total de nove contratos de gestão com Organizações Sociais, sendo que oito dos quais ainda permanecem vigentes.

Sem dúvidas, os setores em que houve maior difusão do modelo, na esfera federal, foram os de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico. Nada menos do que seis dos atuais oito contratos de gestão são supervisionados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Os contratos de gestão ora vigentes foram celebrados com as seguintes entidades:

(i) Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais - CNPEM, nova denominação da Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 2.405, de 26 de novembro de 1997. O atual contrato de gestão possui vigência até setembro de 2016.

(ii) Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá - IDSM, qualificada como Organização Social pelo Decreto sem número, de 04 junho de 1999. O atual contrato de gestão possui vigência até maio de 2016.

(iii) Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada - IMPA, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 3.605, de 20 de setembro de 2000. O atual contrato de gestão possui vigência até maio de 2016. O IMPA recentemente mereceu amplo destaque na mídia, quando Artur Ávila, pesquisador do instituto, foi agraciado com a Medalha Fields, equivalente ao prêmio Nobel da matemática (PORTAL BRASIL, 2014).

(iv) Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 4.077, de 09 de janeiro de 2002. O atual contrato de gestão possui vigência até dezembro de 2016.

(v) Centro de Gestão e Estudos Estratégicos - CGEE, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 4.078, de 09 de janeiro de 2002. O atual contrato de gestão possui vigência até maio de 2016.

(vi) Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial - EMBRAPPII, qualificada como Organização Social pelo Decreto sem número, de 02 de setembro de 2013. O atual contrato de gestão possui vigência até dezembro de 2019.

Situam-se na área da educação os outros dois contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais. As entidades parceiras são as seguintes:

(i) Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 2.442/1997, de 23 de dezembro de 1997. Originariamente, a entidade era vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República - SECOM. Todavia, no ano de 2008, houve a promulgação da Lei Federal nº 11.652/2008, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Comunicação - EBC, que absorveu grande parte das atividades que eram desenvolvidas pelas ACERP. A referida Lei determinou, ainda, que o contrato de gestão então vigente com a ACERP fosse repactuado. Desse modo, houve a rescisão do contrato de gestão originário e a celebração de um novo, com a EBC, por meio da qual a entidade deixou de ser uma radiodifusora, passando a representar um papel de auxiliar no Sistema Público de Comunicação. Assim ocorreu até muito recentemente, em 30 de dezembro de 2014, data em que foi publicado o Decreto nº 8.395/2014, que dispõe sobre o novo contrato de gestão que será celebrado entre a União e a ACERP, que passará a ser fiscalizado pelo Ministério da Educação.

(ii) Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE, qualificada como Organização Social pelo Decreto nº 8.078, de 19 de agosto de 2013. O contrato de gestão, celebrado em 18 de fevereiro de 2014, possui vigência até fevereiro de 2020.

Por último, já houve um contrato de gestão celebrado na área do meio ambiente, com a Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia - BIOAMAZÔNIA, qualificada como Organização Social pelo Decreto sem número, de 19 de março de 1999.

A BIOAMAZÔNIA foi, todavia, desqualificada como Organização Social pelo Ministério do Meio Ambiente. Segundo avaliação realizada pelo órgão técnico do Ministério, a entidade não cumpriu integralmente as cláusulas do contrato de gestão celebrado com a Administração Pública federal. Irresignada com a decisão, a entidade

buscou a guarida do Poder Judiciário para recuperar a qualificação. Impetrou Mandado de Segurança, alegando que teria sofrido cerceamento de defesa no procedimento administrativo que levou à sua desqualificação. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça não acolheu os argumentos da entidade, reconhecendo a legalidade do procedimento administrativo e, por consequência, chancelando a desqualificação (DCI, 2005).

#### **5.4.2 Experiência no Estado de São Paulo**

São Paulo é um dos Estados da federação onde o modelo de parcerias com Organizações Sociais mais se desenvolveu. A sistemática foi implantada durante a administração do Governador Mário Covas e viabilizou a transformação de nove esqueletos de obras paradas em modernos hospitais públicos (MONTONE, 2011). A adoção do modelo mostrou-se, à época, a única alternativa viável para a colocação daqueles hospitais em funcionamento. É que a operacionalização daquelas unidades de saúde demandavam a contratação de quinze mil novos funcionários, o que teria como resultado a elevação do percentual do gasto acima do patamar permitido. Com a transferência da responsabilidade pela contratação de pessoal para as Organizações Sociais, esse problema foi resolvido (FERREIRA JUNIOR, 2003).

A implantação dos referidos hospitais ocorreu em tempo recorde, o que somente foi possível pela sistemática de financiamento inicial, que previa um repasse suplementar de valores para a entidades gestora, em montante baseado na produção faturada junto ao Ministério da Saúde (FERREIRA JUNIOR, 2003, p. 254).

Nos anos seguintes, a utilização do modelo registrou ampliação. No ano de 2011, do total de unidades públicas de saúde do Estado de São Paulo, eram geridos por Organizações Sociais: 24 hospitais (17 gerais e 7 especializados), 3 Ambulatórios Médicos de Especialidades - AME, 3 Centros Estaduais de Análises Clínicas - CEAC, 3 Serviços de Diagnóstico por Imagem - SEDI, e 1 Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde - CEADIS. As referidas unidades empregavam mais de 30.000 profissionais, o que correspondia, à época, a mais de 25% do total de trabalhadores da área da saúde no Estado de São Paulo (TABORDA; GOMES; PASCHOA; BARATA, 2011).

Quanto ao incremento da eficiência proporcionado pela adoção do modelo de gestão em parceria com as Organizações Sociais, estudo realizado por Taborda *et al* referente aos meses de julho a setembro de 2010, evidenciou que os 17 hospitais gerais gerenciados por

Organizações Sociais no Estado de São Paulo superaram as metas previstas nos contratos de gestão correspondentes ao período da pesquisa, situação que foi semelhante nas AMEs (TABORDA; GOMES; PASCHOA; BARATA, 2011).

Ainda segundo os autores, os resultados obtidos nos doze anos de implantação do modelo denotam que os hospitais estaduais gerenciados por Organizações Sociais são 30% mais produtivos e 8% mais baratos do que hospitais similares diretamente administrados pelo Estado (TABORDA; GOMES; PASCHOA; BARATA, 2011).

Nilton do Rosário Costa refere a estudo realizado sobre as Organizações Sociais atuantes na área da saúde no Estado de São Paulo. Nessa pesquisa, foram tomados como grupos de comparação doze unidades hospitalares gerenciadas por Organizações Sociais e dez administradas diretamente pelo Estado. As unidades que integram os grupos examinados detinham estrutura e grau complexidade técnica semelhantes.

O resultado apontou que o grupo de unidades gerenciadas por Organizações Sociais foi mais eficiente do que as unidades gerenciadas diretamente pelo Estado. Segundo a pesquisa, empregando a mesma quantidade de recursos, as unidades administradas por Organizações Sociais produziram: (i) 35% mais altas em geral em relação aos leitos que ofertaram; (ii) 61% mais altas cirúrgicas em relação aos leitos que ofertaram; (iii) 62% mais altas de clínica médica em relação aos leitos que ofertaram; e, (iv) 65% mais altas de clínica obstétrica em relação aos leitos que ofertaram. O estudo revelou, ainda, que as unidades administradas por Organizações Sociais possuíam um padrão médio de ocupação de leitos mais elevado (80%, contra 63,2% dos hospitais administrados diretamente pelo Estado). O tempo médio de desuso dos leitos foi menor no hospitais administrados por Organizações Sociais (1,2 dias, contra 3,9 dias nos hospitais administrados diretamente pelo Estado). Os índices de mortalidade geral também foram menores nos hospitais administrados por Organizações Sociais, ainda que os índices de mortalidade específicos (cirúrgica, clínica médica e clínica pediátrica) tenham sido semelhantes. Por último, o estudo indicou, ainda, que a autonomia decisória das Organizações Sociais possibilitou que fossem realizadas melhores composições de pessoal e definição de cargos e salários. As Organizações Sociais contrataram menos horas-extras de profissionais médicos e empregaram mais profissionais de nível superior de enfermagem do que o Poder Público (COSTA, 2011).

Ibañez *et al.*, por sua vez, em estudo realizado sobre o desempenho de hospitais administrados por Organizações Sociais no Estado de São Paulo, concluíram que

os pontos e parâmetros apontados no plano operacional/metabolis anexo ao contrato de gestão, Resolução SS 106, foram alcançados de maneira satisfatória por todas as OSS. Esta análise considerou os fatores de ameaça e oportunidades a que estiveram submetidas, bem como os ajustes e readaptações intrínsecos a uma fase inicial de implementação, que reforça o êxito alcançado pelo projeto (IBAÑEZ; BITTAR; SÁ; YAMAMOTO; ALMEIDA; CASTRO, 2001, p. 403).

O estudo desenvolvido por Carneiro Junior e Elias teve como objeto especificamente o Hospital Geral de Itapetecica da Serra, gerido pelo Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo - SECONCI, entidade qualificada como Organização Social. Na pesquisa, os autores constataram que as metas estipuladas no contrato de gestão foram todas alcançadas, a maioria em um tempo menor do que o previsto. Segundo os autores,

[é] nesse aspecto que a modalidade de gestão OSS se apresenta como possibilidade de efetivar a tão almejada melhoria no padrão da gestão pública, sob a perspectiva da reforma do aparelho estatal direcionada para a eficácia social. A experiência do HGIS aponta que a autonomia administrativa e gerencial possibilita resultados satisfatórios na operacionalização da assistência médico-hospitalar, principalmente no que tange às relações de trabalho, ao possibilitar a seleção de profissionais mais aderidos à missão da instituição sob um padrão de gestão que requer capacidade técnica, desempenho satisfatório e avaliação do resultado do trabalho (CARNEIRO JUNIOR; ELIAS, 2003, p. 219).

A legislação estadual paulista disciplina que o modelo de parcerias com Organizações Sociais também contemple projetos na área da cultura. Um interessante exemplo de parceria celebrada entre a

Administração estadual e Organização Social nessa área tem como objeto a Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, instituição criada em 1954, vinculada à Secretaria Estadual de Cultura. Desde 2005, a Orquestra vem sendo administrada pela Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, entidade qualificada como Organização Social. O objeto do contrato de gestão refere-se à gestão da Orquestra e da sua sede, a Sala São Paulo de Concerto.

O Poder Público chegou à conclusão de que as atividades inerentes à gestão da Orquestra, como a contratação de músicos, o agendamento das turnês e outras relacionadas à atividade artística, eram incompatíveis com o regime jurídico administrativo tradicional (CARVALHO, 2012). Com vistas a solucionar o problema, adotou-se o modelo de gestão em parceria com Organizações Sociais.

Segundo Carvalho, a

[...] Osesp, como parâmetro de análise das organizações sociais, corresponde a um grande sucesso, destacadamente quanto à democratização do acesso a cultura (concerto a preços populares, ensaios gerais abertos ao público ou a preços populares, falando de música, transmissão ao vivo pela Internet e retransmissão pela televisão e rádio), especificamente em uma área que pouquíssimas cidades oferecem à sociedade este tipo de exposição musical (CARVALHO, 2012, p. 121).

Também um artigo da Revista *Época* destacou o sucesso do modelo de gestão em parceria com as Organizações Sociais paulistas na área da cultura. Além do já citado exemplo da Orquestra Sinfônica de São Paulo, a reportagem destaca o sucesso da implantação do modelo em outras entidades de cultura paulistas, como o Museu da Língua Portuguesa e o Museu do Futebol. Segundo a reportagem, atualmente há 20 Organizações Sociais com contratos de gestão entabulados com a Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo, as quais são responsáveis por cerca de 400 polos do Projeto Guri, 18 museus, 6 casas de espetáculo, 7 Fábricas de Cultura, 21 Oficinas Culturais, 2 escolas profissionalizantes de música e a Biblioteca de São Paulo (ÉPOCA, 2013).

A reportagem também destaca que o número de visitantes nos museus do Estado aumentou 260% desde 2005, ano da implantação do modelo. Aponta ainda que a nova ferramenta de gestão proporcionou às

entidades a busca por outras fontes de recursos. A Pinacoteca do Estado de São Paulo, por exemplo, teria captado cerca de R\$ 1,6 milhão com atividades e produtos diversos no exercício de 2011, superando em 6% a meta do contrato de gestão e obtendo, ainda, outros R\$ 7 milhões junto a patrocinadores. Diante disso, 25% do orçamento da entidade naquele ano tiveram como origem fontes externas, sem onerar os cofres públicos (ÉPOCA, 2013).

Por fim, a reportagem informou que países como a Holanda e a Áustria utilizam instrumentos de gestão semelhantes para os seus serviços de cultura, e que o modelo paulista vem servindo de exemplo para outros Estados brasileiros. O Museu de Arte do Rio, inaugurado recentemente, é gerido por sistemática semelhante (ÉPOCA, 2013).

No mais, Sano e Abrucio arrolam os fatores que levaram ao sucesso, na opinião dos autores, do modelo de parceria com Organizações Sociais no Estado de São Paulo:

Primeiro, com a flexibilização administrativa, que favorece um melhor gerenciamento. Segundo, com o mecanismo do contrato de gestão, que aumenta a capacidade de planejar e executar por meio de metas capazes de serem avaliadas. Por fim, com o êxito do modelo de repasse a entes públicos não estatais, que só deu certo em São Paulo, porque foi constituído um núcleo burocrático estratégico na Secretaria de Estado da Saúde, capaz de regular, monitorar, avaliar e, eventualmente, alterar o rumo do processo de contratualização. Ressalte-se que esses três aspectos também aparecem nas experiências bem-sucedidas de outros países no campo da gestão por resultados (SANO; ABRUCIO, 2008, p. 78).

Por último, no que se refere à publicidade das atividades realizadas pelas Organizações Sociais paulistas, Sano e Abrucio expõem o seguinte:

Em comparação com os dados da própria administração direta, as OS apresentam mais informações sobre o desempenho gerencial e os resultados alcançados. O contrato de gestão e a sua publicização tornam mais claras as metas e as missões das OS de Saúde (OSS) se comparadas às administradas diretamente pelo poder público.



Essa transparência possibilita, em tese, maior ativação da cidadania e dos controles (SANO; ABRUCIO, 2008).

Todavia, ainda que as Organizações Sociais sejam, em tese, sujeitas a diferentes formas de *accountability* (controle social e parlamentar), "fato é que, embora o desenho institucional das OS paulistas possibilite formas de controle, elas têm sido pouco ativadas, porque, na prática, predomina uma hipertrofia do Executivo" (SANO; ABRUCIO, 2008, 77).

À vista do exposto, a conclusão que se retira dos mencionados estudos sobre as Organizações Sociais paulistas é que a adoção do modelo gerou resultados positivos no que se refere ao incremento da eficiência e à redução de gastos sobre os serviços públicos sociais. Ainda assim, há o que melhorar, mormente no que se refere à ampliação dos mecanismos de controle sobre as atividades dessas entidades.

### **5.4.3 Experiência no Município de São Paulo**

Assim como em âmbito estadual, no Município de São Paulo o modelo de gestão compartilhada com Organizações Sociais é aplicado sobre os serviços municipais de saúde. A peculiaridade é que, no Município de São Paulo, o contrato de gestão não se limita a transferir a gestão operacional de uma única unidade hospitalar para a Organização Social. As parcerias se dão por região, ou seja, a Organização Social parceira assume a gestão operacional de todas as unidades de saúde de uma determinada área geográfica, o que inclui hospitais, AMAs (Assistência Médica Ambulatorial, unidades de pronto atendimento de baixa complexidade), unidades básicas de saúde, entre outros serviços. O autor explica que, no ano de 2011, os contratos de gestão abrangiam 10 microrregiões, 5 hospitais municipais, 5 serviços de diagnóstico por imagem e 115 prontos-socorros isolados, num total de 310 unidades e serviços de saúde, compreendendo uma área de mais de 5 milhões de habitantes (MONTONE, 2011).

Segundo Montone, a agilidade do modelo permitiu a implantação de 115 AMAs entre os anos de 2005 e 2008, o que importou na incorporação de uma força de trabalho de oito mil profissionais, dos quais dois mil e quinhentos foram médicos. O modelo permitiu um aumento de 53% na força de trabalho municipal na área da saúde (24.758 profissionais). No que concerne especificamente aos médicos, o crescimento foi de 58%.: no ano de 2004, eram 8.606; em 2010, 13.607,

ultrapassando a marca de 1 profissional médico para cada grupo de 1000 pessoas, índice recomendado pela Organização Mundial da Saúde. A implantação dessas unidades representou, ainda, um considerável aumento no número de consulta médicas realizadas e uma diminuição no número de consultas de emergência, o que denota uma valorização da chamada medicina preventiva) (MONTONE, 2011).

Na opinião de Montone, ainda que a implantação do modelo seja muito recente, o que impede a realização de diagnósticos completos e seguros sobre os resultados da sua aplicação aos serviços municipais de saúde, "já são muito visíveis e mensuráveis os resultados qualitativos que demonstram claramente a ampliação do acesso e a redução das desigualdades regionais" (MONTONE, 2011, p. 47) no Município de São Paulo.

Ainda assim, é de se dizer que o modelo municipal de parcerias com as Organizações Sociais da saúde vem sendo contestado, por parte da mídia, nos últimos anos. Reportagem do portal R7 Notícias, por exemplo, assinalou que as Organizações Sociais do Município de São Paulo não teriam cumprido com as metas de atendimento previstas nos contratos de gestão. Segundo o levantamento, realizado pelo jornal O Estado de São Paulo, somente sete em cada dez consultas planejadas foram efetivamente executadas pelas parceiras. Em números absolutos, as Organizações Sociais teriam realizado somente 442 mil consultas, enquanto eram previstas 643 mil para o ano de 2013, o que equivale a apenas 68,7% da meta. Apesar disso, a falta de alcance das metas não diminuiu o montante de recursos repassados para as entidades (R7 NOTÍCIAS, 2014).

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo, no ano de 2013, concluiu auditoria sobre os contratos de gestão firmados pelo Município com Organizações Sociais da saúde. O relatório constatou que a falha do modelo está na capacidade de controle do Município sobre os gastos das entidades. O relatório indicou que somente cinco servidores públicos municipais, com o apoio de mais oito terceirizados, fiscalizam as prestações de contas dos 26 contratos em vigência naquele período. Foi constatada, ainda, a ausência de indicadores objetivos para a análise do efetivo cumprimento dos contratos, bem como de verificação rotineira, mesmo que por amostragem, das notas fiscais ou das folhas de pagamento referentes ao uso de dinheiro público pela entidade parceira (A TARDE, 2013).

Possivelmente visando coibir tais problemas, foi recentemente encaminhado à Câmara pelo Executivo municipal projeto de lei que tanto amplia a atuação das Organizações Sociais no Município de São

Paulo como incrementa a fiscalização dessas entidades por parte da Administração Pública. Dentre as mudanças propostas, encontram-se a alteração da forma de divisão das unidades de saúde sob gestão entre as Organizações Sociais e a renovação do plano de carreira dos profissionais da saúde (REDETV, 2014).

#### **5.4.4 Experiência no Estado de Santa Catarina**

O Estado de Santa Catarina também possui o seu modelo próprio de celebração de parcerias com entidades qualificadas como Organizações Sociais. No ano de 2014, existiam dez entidades qualificadas na área da saúde e uma na área do meio ambiente. Atualmente, existem oito contratos de gestão vigentes, todos tendo como objeto o compartilhamento da gestão de hospitais públicos.

Parcerias celebradas com fulcro no modelo catarinense são constantemente alvo de ações judiciais, que contestam a legalidade da sistemática, na linha dos argumentos que sustentam as ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, porém, possui entendimento consolidado sobre a legalidade do modelo.

Recentemente, ganhou destaque na imprensa local a celebração de contrato de gestão tendo como objeto o compartilhamento da gestão com entidade qualificada como Organização do Serviço Móvel de Urgência - SAMU. A celebração desse contrato foi contestada judicialmente, tendo mesmo ocorrido a sua suspensão pelo Poder Judiciário, decisão que foi reformada em grau de recurso. Recentemente, foi prolatado o acórdão final referente à ação, confirmando a legalidade da parceria (SANTA CATARINA, 2014).

Os contratos de gestão relativos ao Hospital Florianópolis e ao Hospital Regional de Aranguá também foram alvo de disputa judicial. Também nesses casos, o Poder Judiciário - desta vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região - reconheceu a legalidade da iniciativa e chancelou a celebração da parceria (FLORIPA NEWS, 2014; HORA DE SANTA CATARINA, 2014).

O Tribunal de Contas de Santa Catarina também possui entendimento pela legalidade do modelo local de parcerias com Organizações Sociais. Tanto é que, recentemente, em resposta à consulta formulada pela Prefeitura de Guarapirima sobre a melhor alternativa para a gestão de unidade de saúde pública municipal, a Corte de Contas catarinense sugeriu que a gestão operacional do Hospital

Municipal Santo Antônio fosse entregue à Organização Social (JORNAL DO VALE DO ITAPOCU, 2014).

#### **5.4.5 Riscos potenciais relacionados à utilização do modelo federal de parcerias com as Organizações Sociais**

Uma análise da Lei Federal nº 9.637/1998, combinada com a avaliação de experiências práticas da utilização do modelo em determinados Estados e Municípios, dá conta de que a utilização do modelo pode trazer riscos à proteção do interesse público. Em outras palavras, o marco regulatório das Organizações Sociais deixa margem para que o modelo, que pode representar um instrumento de efetiva melhoria na prestação dos serviços sociais, torne-se, na verdade, meio para a consecução de fraudes, favorecimentos políticos e desvio de dinheiro público.

É claro que o intérprete da lei não deve pressupor que os seu operadores farão mal uso do modelo. Afinal, qualquer norma pode ser desobedecida, com as mesmas consequências negativas. Porém, não se pode fazer vistas grossas sobre a realidade. Na pesquisa realizada para a elaboração desse trabalho, deparou-se com diversas denúncias sobre irregularidades relacionadas às parcerias com as Organizações. As supostas impropriedades reveladas são graves, envolvendo, por exemplo, má gestão de recursos públicos e assédio moral sobre servidores públicos cedidos às Organizações Sociais. Há denúncias nesse sentido referente a casos ocorridos nos Estados de São Paulo (REDE BRASIL ATUAL, 2013), do Rio de Janeiro (EXTRA, 2013) e de Goiás (GLOBO, 2013a), assim como nos Municípios de São Paulo (GLOBO, 2013b) e Aracaju (INFONET, 2014).

Há situações de fracasso do modelo local de parcerias com Organizações Sociais. Um exemplo disso é o Estado do Mato Grosso. O Hospital Regional de Sinop, que teve a sua gestão compartilhada com Organização Social, sofreu intervenção do governo estadual após a verificação de falhas na execução do contrato de gestão por parte da entidade (GLOBO, 2014). Além disso, em outra situação, houve o rompimento do contrato de gestão celebrado com Organização Social, cujo objeto era a execução da gestão estadual de medicamentos. O rompimento deveu-se às graves falhas verificadas na execução da avença (OLHAR DIRETO, 2014). Inclusive, já antes da rescisão do contrato o Tribunal de Contas de União havia determinado a suspensão dos repasses financeiros à entidade (OLHAR DIRETO, 2013). Acontecimentos como esses levaram a iniciativas objetivando a

revogação da legislação estadual relativa às parcerias com as Organizações Sociais.

Há situações, ainda, em que o objeto do contrato de gestão claramente não se enquadra no modelo de gestão em parceria com Organizações Sociais, que pressupõe o exercício de atividades não lucrativas pela entidade. Alcantara relata a parceria celebrada, por meio de dispensa de licitação, entre o Instituto Curitiba de Informática, entidade qualificada como Organização Social, e o Município de Curitiba, tendo como objeto a gestão da política municipal de informática. Ora, a "gestão da política municipal de informática" não é um serviço não-exclusivo do Estado. Bem ao contrário, parece ser atividade empresarial, que o Estado deve, por meio da celebração de contrato administrativo, precedido da realização de licitação pública, buscar junto ao mercado. Reforça esse entendimento fato de a entidade prestar e vender os mesmos serviços que presta à Prefeitura de Curitiba a outras instituições, inclusive privadas (ALCANTARA, 2009).

Em sua obra, Alcantara menciona, ainda, o caso do Instituto Candango de Solidariedade, entidade qualificada como Organização Social, que atuava em "parceria" com o Distrito Federal na prestação de uma variada gama de atividades:

O "Instituto Candango de Solidariedade" tem servido, entendemos, para contratação de pessoal sem concurso público e para intermediação de prestação de serviços sem prévia licitação. É praticamente uma administração paralela atuando nas mais diversas áreas, desde varrição de rua a desenvolvimento tecnológico. As metas do contrato de gestão são genéricas e não permitem uma adequada avaliação. Parece ser exemplo extremo de como a flexibilização promovida pelas Organizações Sociais, se mal utilizada, pode ser danosa e retomar velhas práticas patrimonialistas na administração pública brasileira (ALCANTARA, 2009, p. 76).

A entidade acabou extinta depois de o Poder Judiciário reconhecer diversas irregularidades na execução dos contratos de gestão celebrados com a Administração Pública distrital.

Focalizando com o olhar influenciado pelos casos problemáticos narrados o modelo federal de parcerias com Organizações Sociais, percebe-se existir uma série de dispositivos que dão margem para o

acontecimento de novas situações semelhantes em parcerias celebradas pela Administração Pública federal.

Primeiro de tudo, a legislação federal, ao condicionar a qualificação de entidades como Organização Social à aprovação, quanto à conveniência e oportunidade, pelo Ministro responsável pela área correspondente ao objeto social da entidade, abre margem para a realização de "qualificações políticas". Em outras palavras, há a possibilidade de que sejam qualificadas somente entidades politicamente convenientes, sendo represados requerimentos de qualificações formulados por entidades politicamente desinteressantes, irrelevantes ou desalinhas.

Essa situação pode ser particularmente danosa quando considerado o fato de que somente entidades qualificadas estão aptas a concorrer nos procedimentos de seleção das entidades parceiras. Assim, da discricionariedade na concessão da qualificação pode decorrer, no hipotético caso de os administradores públicos e os dirigentes de entidades estiverem mancomunados e mal-intencionados, a situação de que somente as entidades pertencentes ao "clube", para usar expressão ora em voga, estejam aptas a receber recursos, bens e servidores públicos para o desenvolvimento de suas atividades. Esse cenário pode representar, inclusive, oportunidade para que agentes públicos cobrem "favores políticos" dos dirigentes das entidades interessadas.

Nesse sentido, Bresser-Pereira já alertava para o risco de que o processo de "publicização" de serviços públicos, conforme a sua denominação, se tornasse uma verdadeira "privatização" ou "feudalização" desses serviços:

No processo de "publicização" — transformação de entidades estatais de serviço em entidades públicas não-estatais —, o importante é evitar a privatização e a feudalização das organizações sociais, ou seja, a apropriação destas por grupos de indivíduos que as usam como se fossem privadas. Feudalização ocorre quando esse grupo, embora orientado para o interesse público, perpetua-se no controle da organização, independentemente da sua capacidade gerencial (BRESSER-PEREIRA, 1998b, p. 27).

Reforça essa situação de risco o fato de a legislação não disciplinar o procedimento de seleção das entidades que se tornarão parceiras do Estado. Esse fato, combinado com as equivocadas

interpretações sobre o inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, produz o risco da popularização da celebração direta de parcerias, em ofensa aos princípios regentes da atividades administrativa. A ausência da realização de um procedimento competitivo, organizado sob critérios objetivos, de seleção da futura parceira, prejudica a apresentação e análise de propostas que prevejam melhores soluções para o incremento da qualidade no oferecimento de serviços sociais à população.

Além disso, há a previsão da participação de representantes da Administração Pública nos conselhos diretivos da Organização Social. Isso, além de representar uma potencialmente irregular interferência do Estado na administração da entidade, pode tornar-se meio para a alocação de afilhados políticos em cargos de destaque. Em outras palavras, pode ser um instrumento de "cabide de empregos", concedendo algum poderio político para figuras não beneficiadas por cargos públicos de interesse.

Por fim, a falta de detalhamento na legislação de regência sobre as formas de controle a que se submetem as Organizações Sociais pode gerar um déficit na fiscalização dessas entidades. Além do mais, há certa controvérsia sobre se as normas previstas, por exemplo, na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei da Transparência Administrativa aplicam-se às Organizações Sociais. Essa falta de clareza pode trazer riscos de que os recursos repassados às Organizações Sociais não sejam inteiramente empregados em prol do interesse público. Sobre a necessidade de intensa fiscalização das atividades das Organizações Sociais, opina Joel de Menezes Niebuhr:

As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público merecem redobrada atenção dos órgãos fiscalizadores, dado que elas podem afigurar meio para que a Administração Pública se desincumba da prestação de serviços públicos e outras atividades que a ela são próprias, esquivando-se das rigorosas limitações decorrentes do regime jurídico administrativo. Corre-se o risco de se repassar recursos públicos para tais entidades, para que estas celebrem livremente contratos, beneficiando empresas perfilhadas à linha partidária de agentes administrativos. Trata-se de manobra odiosa e bastante visível, que não pode passar em brancas nuvens, mormente nas hipóteses em que as organizações sociais

absorvem atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos (NIEBUHR, 2011, p. 40).

Como se vê, há diversos pontos da Lei nº 9.637/1998 dignos de atenção especial, dado representarem, em situações nas quais os agentes públicos e os dirigentes das Organizações Sociais estiverem mal-intencionados, potenciais riscos para o interesse público. Resta verificar opções de redução ou eliminação dessas arestas, opondo adequações legislativas e diretivas hermenêuticas sobre a legislação de regência, de modo a atenuar os riscos apontados.

#### **5.4.6 Balanço sobre o contributo do modelo para o incremento da eficiência no oferecimento de serviços sociais à população**

Diante das experiências narradas, ainda que não seja suficientemente seguro proceder à afirmação peremptória de que o modelo de gestão em parceria com Organizações Sociais é a solução para todos os problemas relacionados ao oferecimento de serviços públicos sociais à população brasileira, parece justa a crença de que tal modelo possui, pelo menos, o potencial de contribuir para uma melhora, quantitativa e qualitativa, na prestação desses serviços.

Assim, ainda que não haja consenso sobre a existência de estudos que comprovem a maior eficiência do modelo de gestão em parceria, quando comparado ao sistema de gestão direta pelo Estado (ALCANTARA, 2009), algumas iniciativas obtiveram amplo sucesso - ainda que, por vezes, somente constatado empiricamente. Um exemplo são as já mencionadas parcerias com as Organizações Sociais culturais no Estado de São Paulo.

Ademais, Teixeira, referindo-se a artigo publicado na revista "Fornecedores Hospitalares", alude a estudo promovido pelo Banco Mundial sobre a eficiência e a produção do Sistema Único de Saúde brasileiro, demonstrando que a administração dos hospitais realizada por Organizações Sociais é mais eficiente do que a realizada diretamente pela Administração Pública. O estudo centrou-se no modelo paulista, sendo que os consultores do Banco Mundial teriam sugerido que o mesmo fosse expandido para todo o País (TEIXEIRA, 2011).

Assim, as informações sobre o relativo sucesso de alguns dos *cases* apresentados parece justificar que a Administração Pública invista no modelo. O que se quer dizer com investir no modelo é a contínua busca pela sua melhoria, sempre procurando soluções para corrigir os eventuais defeitos verificados na sua aplicação prática, o que não deixa



de ser natural, considerando a inovação do método de gestão. A correção dessas impropriedades pode significar a abertura de portas para a ampliação do modelo federal, tanto na quantidade de parcerias celebradas pela Administração Pública (os recentes contratos de gestão estabelecidos com Organizações Sociais indicam isso) quanto no tocante às áreas passíveis de serem objeto de contrato de gestão<sup>234</sup>.

Por fim, quanto aos demonstrados riscos relacionados à aplicação do modelo, fato é que todo modelo de gestão carrega consigo alguns deles. O próprio modelo clássico de gestão pública, que se dá diretamente pelo Estado, possui riscos - pois, diariamente observa-se a denúncias de fraudes e corrupções em órgãos públicos, submissos ao rígido regime jurídico administrativo, elaborado justamente para coibir esse tipo de prática. Afinal, o Direito é operado pelos homens, o que implica que nem sempre o que é normativamente previsto é aplicado na prática. A falência do regime burocrático é prova disso<sup>235</sup>. Deve-se, porém, conforme sobredito, buscar o aprimoramento do modelo, de modo a combater o risco, esvaziando as tentativas de utilização do público em prol de interesses exclusivamente privados, em dissonância com o interesse público.

## 5.5 SUGESTÕES DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E DE DIRETIVAS HERMENÊUTICAS PARA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 9.637/1998 CONFORME A CONTITUIÇÃO FEDERAL

Por fim, depois da conclusão pela constitucionalidade do modelo e do exame de algumas experiências sobre a sua utilização prática, considera-se conveniente realizar alguns apontamentos sobre aspectos pontuais da Lei Federal nº 9.637/1998. Afinal, mesmo reconhecendo a

---

<sup>234</sup> Da análise da Constituição Federal e de legislações locais, infere-se que a outras áreas que comportam parcerias com entidades qualificadas como Organizações Sociais, por exemplo: desporto; apoio a idosos; apoio a crianças e adolescentes; combate a vícios como drogas e alcoolismo, amparo psicológico a deficientes, auxílio a moradores de rua, incentivo à profissionalização e à inserção no mercado de trabalho; "adoção" de praças, ruas e logradouros e outras formas de urbanismo; turismo e outras formas de assistência social.

<sup>235</sup> Afinal, segundo Ferreira Junior, "o modelo burocrático de controles processuais, além de não evitar o uso político da máquina e a corrupção, acaba criando um arcabouço de regras, em que o processo e o rito procedimental se tornam um fim em si mesmos. O objetivo primeiro da administração pública, o de servir ao cidadão, acaba se tornando secundário, ou totalmente esquecido" (FERREIRA JUNIOR, 2003, p. 257).

constitucionalidade do modelo, crê-se, conforme já argumentado, que determinados dispositivos ou mecanismos podem ser objeto de melhorias. Com efeito, o mero repasse da gestão operacional de determinado serviço público para Organização Social, ainda que configure prática legítima, não garante uma maior eficiência nos serviços oferecidos. É preciso criar as condições para que a melhora efetivamente ocorra, principalmente considerando o fato de que as instituições parceiras do Estado também ficam submetidas ao preceito da eficiência administrativa. Conforme ensina Paulo Modesto, o princípio da eficiência é

[...] a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados e subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe foram confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2001a, p. 45).

As sugestões que serão elencadas a seguir poderão ter duas naturezas: ou de alteração legislativa propriamente dita; ou de mera diretiva hermenêutica para interpretação da Lei nº 9.637/1998 conforme a Constituição Federal e, mais do que isso, conforme o ordenamento jurídico nacional como um todo<sup>236</sup>.

### **5.5.1 Fim da discricionariedade do administrador público no ato de qualificação da entidade como Organização Social**

Conforme já exposto no item 4.5.2.1 deste trabalho, o ato de qualificação da entidade interessada no recebimento do título de Organização Social é discricionário, na medida em que o inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.637/1998 condiciona a sua conferência à aprovação, quanto à conveniência e oportunidade, por parte do Ministro titular da respectiva área de atuação.

---

<sup>236</sup> Segundo Marçal Justen Filho, "[a] interpretação conforme significa que o aplicados do direito, ao determinar o sentido e a extensão de uma norma, tem o dever de rejeitar alternativas hermenêuticas incompatíveis com o sistema jurídico, cujo reconhecimento conduziria à necessidade de invalidar a disposição interpretada" (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 135).

Há autores que consideram o referido dispositivo inconstitucional, pelo fato de que abriria margem para a violação do princípio da isonomia por parte da Administração Pública. Perfilam-se entre tais autores Sílvio Luís da Rocha (ROCHA, 2006), Juarez Freitas (FREITAS, 2009), Cancellier de Olivo (OLIVO, 2005) e Rogério Gesta Leal, para quem, a Administração Pública, quando instada pela entidade interessada no recebimento da qualificação,

deve - e não pode - qualificar como tais, as organizações que se enquadrarem nesta tipificação, sob pena de, aceita facultatividade da qualificação por parte do Estado, criarmos uma série possibilidade de arbitrariedades e favoritismos corporativos aos amigos do poder que desejarem constituir uma entidade com tal perfil (LEAL, 2006, p. 176).

Apesar de não se afirmar categoricamente a inconstitucionalidade do constante no dispositivo, considera-se o seu conteúdo impertinente. Crê-se que a existência de discricionariedade no ato de qualificação de entidades como Organizações Sociais pode dar margem à concessão de favorecimentos ilícitos para determinadas entidades, em afronta ao princípio da isonomia. Por outro lado, requerimentos apresentados por entidades não alinhadas politicamente com o Governo podem, igualmente, ser represados, o que prejudica não somente as entidades não atendidas, mas também o interesse público, já que quanto menos entidades forem dotadas da qualificação, menor será o número das que estarão aptas a competir pela celebração de contratos de gestão com o Poder Público. A menor competitividade pode ter o condão de representar um decréscimo na qualidade dos projetos apresentados para a melhoria na gestão de serviços sociais, por parte das candidatas a parceiras do Estado.

Ademais, o único efeito jurídico automático do ato de qualificação é o recebimento, por parte da entidade, do título de instituição de utilidade pública e de interesse social, o que, por si só, não possui grande relevância prática. Sendo assim, é difícil supor quais critérios de oportunidade e conveniência poderiam barrar a qualificação de entidade que comprovou preencher todos os requisitos impostos pela legislação para obter a qualificação. É difícil imaginar uma situação em que pudesse ser prejudicial para a Administração Pública a existência de mais entidades aptas a celebrar contratos de gestão com a primeira. A

única situação imaginável é o Poder Público não possuir mais servidores suficientes para integrar o Conselho de Administração de tantas entidades, o que, ainda assim, segundo se acredita, não poderia impedir a conferência da qualificação. Cabe assinalar aqui que o específico problema sobre a intervenção do Estado no Conselho de Administração das Organizações Sociais será abordado mais a frente.

Desse modo, sugere-se a revogação do inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.637/1998.

### **5.5.2 Obrigatoriedade da realização de procedimento prévio de seleção da Organização Social parceira do Estado**

Ainda que não haja previsão expressa na Lei nº 9.637/1998, considera-se mandatória a realização de prévio procedimento de seleção da Organização Social que virá a ser parceira do Estado. Reiteram-se os argumentos articulados no item 4.4.7 dessa dissertação, onde se afirmou que o procedimento prévio de seleção deve ser pautado por critérios técnicos objetivos para a definição da classificação. Deve, ainda, ser dada ampla publicidade à realização do procedimento, sendo que deve as decisões tomadas no seu âmbito devem ser suficientemente motivadas.

O procedimento de seleção deve avaliar, além dos projetos apresentados pelas entidades para os serviços objeto do futuro contrato de gestão (sob um viés técnico e econômico), critérios relacionados às próprias entidades, em semelhança aos requisitos habilitatórios mencionados na Lei nº 8.666/1993, adaptados, porém, à realidade das instituições pertencentes ao terceiro setor. Essa exigência garante que não serão celebradas parcerias com "entidades fantasma", aquelas "de fachada", criadas somente visando à celebração daquela parceria em específico com o Poder Público. Afinal, ao menos em teoria, o Estado não deve ser "indispensável para a sociedade civil prestadora de serviços públicos" (GABARDO, 2009, p. 149).

Deve-se, em especial, condicionar a celebração do contrato de gestão com entidade à comprovação, por parte desta, da aptidão técnica necessária às atividades objeto da parceria. Afinal, à Administração Pública não é facultado contratar com aventureiros, notadamente no que se refere aos casos de compartilhamento da gestão de serviços públicos sociais, como saúde e educação. Pinto compartilha desse entendimento, ao afirmar que,

[...] não obstante o silêncio legal, é de se exigir a comprovação de patrimônio e recursos próprios - materiais, financeiros e de pessoal especializado - de *expertise*, experiência e idoneidade na prestação das respectivas atividades sociais e de regularidade fiscal e trabalhista da organização social pretendente, a serem valorados num procedimento objetivo e impessoal de seleção (PINTO, 2013, p. 157).

Reputa-se que a imposição dessas exigências é ainda mais importante para a celebração de contratos de gestão do que para a assinatura de contratos administrativos comuns. A razão é que, nos primeiros, à Organização Social poderão ser destinados, além dos recursos públicos necessários ao custeio do contrato de gestão, bens públicos e servidores públicos (PINTO, 2013).

Além de tudo, o ideal, ao lume do princípio da segurança jurídica, é que haja a positivação detalhada do procedimento utilizado para a seleção da Organização Social parceira. A inspiração pode ser o "concurso de projetos" utilizado para selecionar a Organização da Sociedade Civil de Interesse Pública firmatária do termo de parceria com o Estado, nos termos previstos no Decreto Federal nº 3.100/1999. A sistemática já foi adotada por determinados modelos estaduais de parcerias com Organizações Sociais, como, por exemplo, o de Santa Catarina.

Assim, sugere-se a adoção de interpretação conforme a Constituição Federal, no sentido de condicionar a celebração do contrato de gestão à prévia realização de procedimento de seleção, obediente aos princípios regentes da atividade administrativa. Sugere-se, ainda, a positivação detalhada das regras do procedimento, de modo a conferir maior segurança jurídica sobre a contratação.

### **5.5.3 Fim da interferência da Administração Pública nos órgãos diretivos da Organização Social**

Julga-se que a previsão da participação de representantes da Administração Pública no Conselho de Administração da Organização Social representa uma desnecessária e irregular forma de interferência do Estado na administração da entidade. Desnecessária, porque o Direito Administrativo contempla outros instrumento de controle do Estado sobre essas entidades, conforme será detalhado no próximo tópico. Irregular, porque a doutrina considera que uma das características das

entidades pertencentes ao terceiro setor é a sua independência do Estado, consubstanciada na vedação deste em intervir diretamente na gestão das primeiras (TORRES, 2010).

A exigência dessa composição do Conselho de Administração é prejudicial para as entidades, já que significa perda do seu autocontrole administrativo, o que, certamente, não é do interesse de seus dirigentes (ALVES, 2007). Juarez Freitas, de sua parte, acredita, tendo em vista essa previsão, que as Organizações Sociais "correm o risco de ficar manietadas, sem que se preserve a substância de Direito Público, [e] tampouco se viabilizem operacionalmente como pessoas jurídicas de direito privado" (FREITAS, 2009, p. 442). No olhar do autor, essa situação pode colocar em risco os interesses da entidade, já que é o Conselho de Administração o órgão responsável por aprovar o contrato de gestão a ser firmado com o Poder Público (FREITAS, 2009).

Marcos Augusto Perez é ainda mais incisivo em seus comentários sobre o assunto. O autor considera que a obrigação de que parcela do Conselho de Administração das entidades qualificadas como Organizações Sociais seja integrada por funcionários públicos atenta contra a liberdade fundamental de associação, prevista nos incisos XVII, XVIII, XIX e XX, do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, a imposição desvirtuaria a condição das Organizações Sociais como entes de colaboração, aproximando-as de entidades pertencentes à Administração Indireta. O resultado dessa indevida intervenção seria, por um lado, a diminuição do número de entidades interessadas em obter a qualificação e, por outro, a dificuldade da própria Administração Pública na alocação de funcionários para atuar junto a tantas entidades qualificadas, se o objetivo de ampliação do modelo for alcançado (PEREZ, 2004)<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> No que diz respeito ao assunto, vale a transcrição da opinião de Soares, ainda que não diga respeito ao modelo federal de parcerias com Organizações Sociais: "O problema ganha maior relevo e pode ingressar no plano da improbidade quando se vê que a grande maioria dos municípios brasileiros é pequena, com estrutura administrativa enxuta. Eventual exigência, na lei municipal, de participação de representantes do Poder Público no conselho de administração da OS, nos moldes do artigo 3º, I, "a" da Lei Federal nº 9.637/98, pode representar verdadeira brecha para a promiscuidade entre os negócios públicos e privados da autoridade política. O robustecimento dos mecanismos de controle, a intensa fiscalização e a punição dos ilícitos são os caminhos tradicionais para coarctar os abusos" (SOARES, 2013, p. 103).

Com tudo isso em vista, há de ganhar vulto o argumento de que a exigência ora em debate pode tornar-se meio para a alocação de afilhados políticos em cargos de destaque. Em outras palavras, pode ser um instrumento de "cabide de empregos", concedendo algum poderio político para figuras não agraciadas com cargos públicos de relevo.

À vista do exposto sugere-se a supressão da exigência de participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração da entidade, prevista na alínea "a" do inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.637/1998. A nova composição do Conselho de Administração pode levar em consideração o estabelecido na legislação estadual paulista, que não prevê a participação de representantes da Administração Pública.

#### **5.5.4 Submissão das Organizações Sociais a amplo e variado controle (valorização da *Accountability*)**

Conforme já argumentado no item 4.4.4 deste trabalho, considera-se que as Organizações Sociais, enquanto entidades parceiras do Estado (na vigência do contrato de gestão, portanto), submetem-se a amplo e variadas formas de controle. Amplo, pois o controle é abrangente: contempla aspectos relacionados à legalidade e ao alcance dos resultados pactuados no contrato, consubstanciando o chamado "controle de gestão" (OLIVEIRA, 2010). Variado, pois incidem sobre essas entidades diversas formas de controle, mesmo que possa haver superposição fiscalizatória: o controle exercido pelos seus órgãos internos de fiscalização, pela Administração Pública parceira, pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, pelo Ministério Público e, ainda, que talvez seja o mais relevante de todos, o controle exercido pela sociedade<sup>238</sup>.

A valorização da *Accountability* deve, portanto, marcar as parcerias celebradas com entidades do terceiro setor. A falta de controle, "grande componente da crise da administração burocrática, pode acabar por anular os esforços empenhados na criação de novos modelos. Deve-se evitar repetir os erros do passado" (FIGUEIREDO, 2002, p. 187).

---

<sup>238</sup> Além desses meios, a legislação local do Estado de Pernambuco adotou uma inovadora sistemática de controle sobre as Organizações Sociais parceiras. Foi criada uma agência reguladora para a fiscalização dessas entidades, em uma verdadeira integração sistêmica de dois novos instrumentos do Direito Administrativo criados pela reforma administrativa aplicada na Administração Federal na segunda metade dos anos 90.

Desde a sua origem, a ideia era que, como contraposição à relativa autonomia que a Organização Social possuiria para aplicar os recursos públicos que lhe eram destinados, haveria uma correspondente maior responsabilização (*Accountability*) sobre os seus gestores. Conforme descrito por Bresser-Pereira, nos casos de parcerias celebradas a título de descentralização por colaboração, a "ideia implica maior controle social e maior parceria com a sociedade, já que o Estado deixa de dirigir diretamente a instituição" (BRESSER-PEREIRA, 1996a, p. 292).

Uma das bandeiras da reforma administrativa aplicada à Administração Pública federal brasileira na segunda metade da década de 90 foi ampliar a participação do usuário de serviços públicos na gestão desses serviços. Por caracterizar um modelo de gestão criado nesse ambiente, a legislação reguladora das parcerias com as Organizações Sociais valoriza práticas de controle social, disciplinando a participação de representantes da sociedade civil no Conselho de Administração dessas entidades. Todavia, essa medida não parece suficiente.

É certo que as formas de controle previstas pelo Direito Administrativo não podem representar um papel meramente formal, uma medida que somente se concretiza na menor medida possível, para cumprimento das exigências legais. A Administração Pública e, no caso vertente, a Organização Social parceira, devem providenciar as medidas necessárias à realização de um efetivo controle sobre as suas atividades seja efetivo. E a chave para que exista uma real e eficaz fiscalização sobre qualquer tipo de atividade é a transparência<sup>239</sup>. Tal é o sentido da lição de Tohá e Solari:

A maior transparência na administração é, ao mesmo tempo, uma forma de responder ao público e uma maneira de dinamizar os sistemas

---

<sup>239</sup> Aliás, as Organizações Sociais estão ao menos parcialmente submissas às regras previstas na Lei de Acesso à Informação, conforme previsto no artigo 2º da referida Lei: Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.



de controle, de baixo custo e alta eficácia política. Quando a informação é acessível e clara, quando as contas públicas são exigíveis, o controle dos cidadãos pode tornar-se mais efetivo e adequado que os controles estritamente administrativos. Na época em que a corrupção se transforma num mal tão difundido, esta pode ser uma estratégia para detê-la (TOHÁ; SOLARI, 1997, p. 87).

Não é a toa que Gilmar Mendes anuncia que *Accountability*, transparência e democracia são institutos intimamente relacionados. Aliás, segundo o autor, o florescimento da democracia participativa, mais do que guardar relação com o conceito de *Accountability*, é condição para a sua existência. Ao mesmo tempo, a transparência é um vetor essencial para o fortalecimento da democracia. "Do mesmo modo, o fortalecimento desta democracia estimula um maior acesso àquelas informações, criando-se, assim, um ciclo virtuoso de mútuo reforço" (MENDES, 2011, p. 901). Como se vê, trata-se aqui de conceitos nitidamente imbricados.

Nessa toada, só é possível alcançar verdadeira transparência se a Organização Social tomar iniciativas no sentido de conferir publicidade ativa às suas atividades. Isso envolve medidas como a periódica disponibilização pública dos relatórios de execução do contrato de gestão e sua respectiva prestação de contas, por meios de fácil acesso e na linguagem menos técnica possível. Deve, ainda, haver o estímulo à participação dos cidadãos na fiscalização dessas entidades. Segundo Pinto,

a entidade deverá formalizar e garantir a constante disponibilidade de uma contabilidade clara e sistematizada dos seus gastos, de modo a permitir o controle concomitante e *a posteriori* pelos seus órgãos internos (arts. 2º, I, f; 4º, IX e X e 8º a 10, todos da Lei nº 9.637/98) e pelo Legislativo e Tribunal de Contas (arts. 70 e 71 da Constituição Federal), com relatórios circunstanciados de entrada e saída de recursos por categoria, evidenciando as metas pretendidas e os resultados efetivamente alcançados. É fundamental que a prestação de contas não se baseie em extensos relatórios meramente formais e incapazes de demonstrar objetivamente os objetivos concretizados pela entidade. Esse tipo de controle

formalista e burocrático apenas onera sobremaneira o controlado e o controlador, inviabilizando o acompanhamento efetivo das atividades fiscalizadas (PINTO, 2013, p. 160)<sup>240</sup>.

Todavia, essas ideias ainda não se mostram completamente aplicadas na *práxis* hodierna. Exemplo disso é fato de os relatórios de execução dos contratos de gestão serem costumeiramente publicizados apenas anualmente, e, ainda, somente em diários oficiais, o que dificulta o controle social (ALCANTARA, 2009). Maria Tereza Fonseca Dias considera que os instrumentos de controle atualmente aplicados sobre as parcerias celebradas pela Administração Pública são meramente formais. De um lado, porque as prestações de contas não se encontram disponíveis ao público em geral, inviabilizando o controle social; de outro lado, porque o Poder Público não é obrigado a divulgar os relatórios contendo as informações sobre a execução das avenças pelas entidades parceiras (DIAS, 2008). Esse cenário demanda, portanto, urgente modificação.

Além disso, deve-se

[...] evitar a chamada "atuação médico legista", tão comum em nossa praxe administrativa, em que os órgãos de controle são chamados para examinar o defunto, somente quando os danos foram causados e se apresentam, na maioria das vezes, irreparáveis (PINTO, 2013, p. 164).

Assim, deve-se evitar que o controle sobre as atividades das Organizações Sociais ocorra somente *a posteriori*, valorizando-se o controle concomitante às suas atividades. É por esse motivo que se mostra importante a periódica disponibilização dos relatórios de execução e das prestações de contas em todos os meios de comunicação

---

<sup>240</sup> Jessé Torres Pereira Junior, em comentário sobre obrigações inerentes aos órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública, estabeleceu entendimento que se aplica às Organizações Sociais: "Onde quer que funcione órgão ou entidade da Administração Pública, direta ou indireta, prestador de serviços públicos, terá de existir um setor estruturado de atendimento ao usuário, ao qual este dirigirá: (a) reclamações acerca da qualidade da prestação; (b) pedidos de certidão sobre o inteiro teor de registros e de informações pertinentes à prestação; (c) representações contra negligências ou abusos na entrega da prestação" (PEREIRA JUNIOR, 1999, p. 163).

social viáveis, de modo a facilitar a contínua fiscalização sobre suas atividades.

À vista disso, sugere-se a adoção de interpretação conforme a Constituição Federal, de modo que sejam garantida a incidência de amplo e variado controle sobre as Organizações Sociais firmatárias de contrato de gestão com o Poder Público. Recomenda-se, igualmente, a adequação da legislação de regência do modelo federal, de modo a viabilizar um efetivo controle social sobre as atividades desempenhadas por essas entidades.

## 6 CONCLUSÃO

Da discussão que permeia o corpo deste trabalho, extraem-se as seguintes conclusões:

Primeiro, o modelo federal de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais surgiu em um ambiente de vigência do Estado Democrático de Direito. A participação de entes não estatais sem fins lucrativos na gestão e execução de serviços públicos e de atividades de relevância pública somente é possível em uma nação que privilegia os valores democráticos, elevando-os ao status de direito fundamental. Nesse cenário, as parcerias com entidades desse gênero representam um instrumento promotor da democracia.

Segundo, em vinculação estreita com o primeiro aspecto, vigora hodiernamente a noção de consensualidade administrativa, uma concepção de Administração Pública que, entre outras coisas, reconhece a essencialidade da participação do particular, com espírito colaborativo, na consecução de fins públicos. Nesse novo cenário, é retomada a concepção da subsidiariedade estatal, e há a valorização das funções de regulação e fomento do Estado. As parcerias celebradas com as Organizações Sociais representam, por conseguinte, um instrumento de manifestação da consensualidade administrativa.

Terceiro, as mudanças nas concepções clássicas de Estado, de Administração Pública e, na esteira disso, do próprio Direito Administrativo, implicaram na necessidade de criação de novos instrumentos de gestão pública, já que os vetores tradicionais, teoricamente organizados sob o paradigma burocrático weberiano, deixaram de exibir eficiência para atender aos reclamos da sociedade moderna. Assim, em escala global, surgiram movimentos de reforma do Estado e, especificamente, de reformas na Administração Pública, visando a encontrar soluções para reverter esse quadro. No Brasil, o movimento reformista ressurgiu na segunda metade dos anos 90, pautado pela inserção de novas práticas administrativas inspiradas no gerencialismo britânico. Nessa época, foram inseridas no ordenamento figuras até então estranhas ao Direito pátrio, das quais são exemplo as parcerias com as Organizações Sociais, introduzidas pela Lei Federal nº 9.637/1998.

Quarto, consideram-se serviços públicos as atividades que, por conta da sua relevância social, a legislação - de forma destacada, a Constituição Federal -, impõe como objeto obrigatório da ação Estado, com ou sem reserva de titularidade, que tem a prerrogativa de oferecê-las diretamente ou em regime de parceria com entidades não estatais.

Desse modo, considerando os setores de atuação das Organizações Sociais, as parcerias que estas celebram com o Estado podem envolver a gestão compartilhada de serviços públicos.

Quinto, o terceiro setor é composto por entidades não estatais e sem fins lucrativos, voltadas ao oferecimento de atividades de interesse coletivo à população em geral. As entidades qualificadas como Organizações Sociais, pelas suas características, integram o terceiro setor.

Sexto, "Organização Social", conforme previsto na Lei Federal nº 9.637/1998, não é uma nova espécie de pessoa jurídica, mas uma qualificação atribuída pelo Estado às entidades interessadas que preencherem determinados requisitos previstos em Lei. Essa qualificação serve para identificar as entidades aptas a celebrar parceria com o Estado, configurando pré-requisito inexorável para a assinatura do contrato de gestão.

Sétimo, o contrato de gestão é o instrumento que regula as parcerias celebradas entre as Organizações Sociais e o Estado. Possui natureza contratual, configurando uma espécie autônoma de contrato administrativo. As Organizações Sociais, por sua vez, depois de entabulada a parceria com a Administração Pública, passam a submeter-se a um regime jurídico híbrido, parcialmente público e parcialmente privado, que só pode ser precisamente definido nos casos concretos. Porém, a regra geral é que o Direito Privado incide no campo das regras, enquanto o Direito Administrativo atua no dos princípios.

Oitavo, existem duas espécies de parcerias celebradas entre o Estado e as Organizações Sociais. A primeira, ocorre a título de descentralização por colaboração, envolvendo a transferência da gestão operacional de estruturas públicas prestadoras de serviços públicos sociais para a Organização Social. Nesses casos, há gestão compartilhada de serviços públicos e atuação substitutiva do Estado, por parte da Organização Social. A segunda, acontece na forma de exercício da função estatal de fomento. O Estado opta por incentivar com a transferência de recursos e outros benefícios atividade já previamente executada pela Organização Social, possibilitando o seu incremento e aperfeiçoamento. Configura um incentivo à atuação complementar da Organização Social às atividades do Estado.

Nono, a Constituição Federal fundamenta a atuação do Estado em parceria com entidades sem fins lucrativos, notadamente nas áreas de especialização das Organizações Sociais federais, quais sejam, saúde, educação, meio ambiente, cultura e ciência e tecnologia. Não procedem os dois principais grupos de argumentos contrários à constitucionalidade

do modelo: que, por um lado, as parcerias com as Organizações Sociais representariam privatização de serviços públicos essenciais e, por outro, que serviriam somente como instrumento de indevida fuga do regime jurídico administrativo. Apesar de não ser possível prever com precisão, a expectativa, pela análise dos dois votos já prolatados, é a de que o Supremo Tribunal Federal adira a esse entendimento, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam sobre a matéria.

Décimo, a análise de determinadas experiências práticas de aplicação do modelo e a avaliação dos riscos que se colocam sobre o interesse público com a utilização do modelo de parcerias previsto na legislação federal denotam que, apesar de constitucional e potencialmente benéfico para o incremento da eficiência do oferecimento de serviços sensíveis à população, a sistemática ora vigente pode e deve ser aprimorada, nos termos das sugestões ofertadas nesse trabalho.

De todo o exposto, chegou-se à seguinte conclusão geral: o modelo federal de parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais, regulado pela Lei Federal nº 9.637/1998, encontra guarida na Constituição Federal de 1988 e tem o potencial de representar um importante contributo para a ampliação e a melhoria da oferta de serviços sociais para a população brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo:Atlas, 2012.*

ABRUCIO, Fernando Luiz. O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**. Brasília, nº 10, 1997.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Avanços e os Dilemas do Modelo Pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. *In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.*

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória Recente da Gestão Pública Brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, Edição Especial Comemorativa, 2007.

ALCANTARA, Christian Mendez. **O Modelo Gerencial**: organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência: uma visão jurídica e administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre "Público" e "Privado" Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo:Atlas, 2012.*

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. *In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.*

ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, Organizações Sociais, Agências Executivas**: Organizações da Sociedade Civil de Interesse

Público e outras modalidades de prestação de serviços públicos. São Paulo: Ltr, 2000.

ARACAJU. **Lei nº 4.383**, de 22 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.aracaju.se.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 11 dez. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *In*: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A TARDE. **Falta controle a entidades de saúde, diz TCM-SP**. 2013. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/brasil/materias/1556224-falta-controle-a-entidades-de-saude-diz-tcm-sp>> Acesso em 24 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 1, número 1, abr./jun. 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luiz Aureliano G. de. A Reforma do Estado e a Questão Federalista: reflexões sobre a proposta de Bresser-Pereira. *In*: **Reforma do Estado e Democracia no Brasil**.



DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (Orgs.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública: a experiência brasileira. *In*: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

BAHIA. **Lei nº 8.647**, de 29 de julho de 2003. Disponível em: <<http://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85386/lei-8647-03>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BAHIA. **Lei nº 8.890**, de 21 de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/76930/decreto-8890-04>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BALEEIRO NETO, Jayme. **As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010b.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**: introdução. v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *In*: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 5, nº.19, abril-junho/1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro, número 60, 2006.

BEVIR, Mark. **Key Concepts in Governance**. Londres: Sage, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 12/03/2014.

BINENBOJM, Gustavo. A Era do Direito Administrativo como Religião já era: Fux e o direito administrativo. **Revista Consultor Jurídico**, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>>. Acesso em 19/08/2014.

BLANCO, Federico A. Castillo. **La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Marcial Pons, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Alice Gonzalez. A Implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/98. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, volume 24, out. 1998.

BORGES, André. Ética Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: contradições da resposta conservadora à "crise de caráter" do Estado. **Dados Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, volume 43, número 1, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582000000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Set. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>  
Acesso em: 20 mai. 2014.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 20 mai. 2014.

**BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>  
Acesso em: 25 jun. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 137**, de 27 de maio de 1991. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D137.htm)>  
Acesso em: 11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 2.271**, de 7 de julho de 1997. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)> Acesso em:  
11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 2.405**, de 26 de novembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2405.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2405.htm)>  
Acesso em: 11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 2.442**, de 23 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2442.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2442.htm)>  
Acesso em: 11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 3.100**, de 30 de junho de 1999. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm)> Acesso em:  
11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 3.605**, de 20 de setembro de 2000. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3605.htm)> Acesso em:  
11 dez. 2014.

**BRASIL. Decreto nº 4.077**, de 9 de janeiro de 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4077.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4077.htm)>  
Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 4.078**, de 9 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4078.htm) > Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 5.504**, de 5 de agosto de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 6.170**, de 25 de julho de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 8.078**, de 19 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8078.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 8.242**, de 23 de maio de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8242.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 8.395**, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8395.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8395.htm)> Acesso em: 01 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 39.510**, de 4 de julho de 1956. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1956-07-04;39510>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 39.855**, de 24 de agosto de 1956. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1956-08-24;39855>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 50.517**, de 2 de maio de 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/d50517.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50517.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 54.401**, de 9 de outubro de 1964. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1964-10-09;54401>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 83.740**, de 18 de julho de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D83740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 95.886**, de 29 de março de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D95886.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D95886.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto sem nº**, de 04 de junho de 1999. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1999/decreto-48573-4-junho-1999-595601-publicacaooriginal-119290-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1999/decreto-48573-4-junho-1999-595601-publicacaooriginal-119290-pe.html)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto sem nº**, de 02 de setembro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Dsn/Dsn13662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Dsn/Dsn13662.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 41**, de 18 de novembro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0041.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0041.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)> Acesso em: 29 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 91**, de 28 de agosto de 1935. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0091.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.246**, de 22 de outubro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8246.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8246.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.249**, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.427**, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.532**, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.637**, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.648**, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19648cons.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.649**, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19649cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.724**, de 1º de dezembro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9724.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.790**, de 23 de março de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.637**, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110637.htm)> Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.652**, de 07 de abril de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111652.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.101**, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.019**, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591**, de 9 de outubro de 1997.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591-1**, de 6 de novembro de 1997.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591-1.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591-2**, de 4 de dezembro de 1997.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591-2.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591-3**, de 31 de dezembro de 1997.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591-3.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591-3.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591-4**, de 29 de janeiro de 1998.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591-4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591-4.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.591-5**, de 26 de fevereiro de 1998.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1591-5.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591-5.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.648-6**, de 24 de março de 1998.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1648-6.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1648-6.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.648-7**, de 23 de abril de 1998.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1648-7.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1648-7.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.



BRASIL. Ministério do Planejamento e Coordenação Geral. **Reforma Administrativa em Marcha**: atividades em 1967 e 1968. Brasília: 1969.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 507**, de 24 de novembro de 2011. Disponível em:  
<<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/portaria-interministerial-no-507-de-24-de-novembro-de-2011/view>> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 1.923, Relator: Ministro Ayres Brito**. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668>>  
Acesso em 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 1.943, Relator: Ministro Teori Zavascki**. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668>>  
Acesso em 22 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, **Decisão nº 592/1998: Relator: Min. Benjamin Zymler**. Data da decisão: 02 set. 1998.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, **Decisão nº 3239/2013: Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues**. Data da decisão: 27 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Primeira Câmara, **Acórdão nº 601/2007: Relator: Min. Aroldo Cedraz**. Data da decisão: 20 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Primeira Câmara, **Acórdão nº 4.522/2008: Relator: Min. Aroldo Cedraz**. Data da decisão: 21 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara, **Acórdão nº 2.659/2011: Relator: Min. André de Carvalho**. Data da decisão: 26 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 47**, de 27 de outubro de 2004. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_ordinarias\\_extraordinarias/exercicios\\_anteriores](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_ordinarias_extraordinarias/exercicios_anteriores)> Acesso em: 11 dez. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista da Administração Pública**. Rio de Janeiro, Ano 34, número 4, jul./ago. 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**. 2008. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/BOOKS/Burocracia\\_Publica\\_construcao\\_Brasil.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/BOOKS/Burocracia_Publica_construcao_Brasil.pdf)>. Acesso em 07/07/2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47, número 1, jan./abr. 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998a.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Ano 49, número 1, jan./mar., 1998b.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; PACHECO, Regina Silvia. Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº. 3, set./out./nov., 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (Coord.). **História geral da civilização brasileira**: I. A época colonial, 2. Administração, economia, sociedade. 7. ed. São Paulo: Bertrand, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. Aspectos da Reforma Administrativa. **Revista CEJ**. Volume 2, número 6, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/170/258>>. Acesso em 25 jul. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CANASI, Jose. **Derecho Administrativo**: Volume II Parte Especial. Buenos Aires: Depalma, 1974.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista. Introdução. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS

SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARNEIRO JUNIOR, Nivaldo; ELIAS, Paulo Eduardo. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, ano 37, nº 2, mar./abr. 2003.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. Organizações Sociais de Cultura - O Caso da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo. **Revista Síntese de Direito Desportivo**. Ano II, nº 9, out./nov. 2012.

CARVALHO, Wagner. A Reforma Administrativa da Nova Zelândia nos Anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e *accountability*. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização no Setor Público: encontros e desencontros. *In*: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro de Paula de Almeida Dutra**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSESE, Sabino. As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI. **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 5, nº 24, março/abril de 2004.

CEARÁ. **Lei nº 12.781**, de 30 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12781.htm>> Acesso em: 11 dez. 2014.

CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 3, nº 12, out./dez. 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **Le Service Public**. Vendôme: Presses Universitaires de France, 1971.

COPOLA, Gina. **Desestatização e Terceirização**. São Paulo: NDJ, 2006.

COSTA, Nilson do Rosário. Alternativas de Governança na Gestão Pública: os casos dos hospitais no modelo de parceria público-privada organização social no Estado de São Paulo. *In*: MODESTO, Paulo;

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: serviço público "à brasileira"?. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2004.

CROZIER, Michel. **O Fenômeno Burocrático**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

CURITIBA. **Lei nº 9.226**, de 23 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://cm-curitiba.jusbrasil.com.br/legislacao/864666/lei-9226-97>> Acesso em: 11 dez. 2014.

DCI DIÁRIO COMÉRCIO INDÚSTRIA & SERVIÇOS. **Bioamazônia é desqualificada como organização social**. 2005. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/legislacao-e-tributos/bioamazonia-e-desqualificada-como-organizacao-social-id68516.html>> Acesso em 23 nov. 2014.

DCI DIÁRIO COMÉRCIO INDÚSTRIA & SERVIÇOS. **IBGE: 17 estados firmam contratos com organizações sociais para saúde em 2013**. 2014. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/servicos/ibge-17-estados-firmam-contratos-com-organizacoes-sociais-para-saude-em-2013-id387641.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado**: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI GIACOMO, Waldemar Álvaro. Temáticas em T&D nas Escolas Nacionais de Administração Pública e o *New Public Management*. **eGesta**. v. 5, n. 1, jan-mar/2009.

DINIZ, Eli. Globalização, Ajuste e Reforma do Estado: um balanço da literatura recente. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**. Rio de Janeiro, nº 45, 1.º semestre de 1998.

DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *In: Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (Orgs.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 6, nº 30, março/abril de 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Privado Administrativo*. São Paulo:Atlas, 2012a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 4.081**, de 4 de janeiro de 2008.

Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:distrito.federal:distrital:lei:2008-01-04;4081>> Acesso em: 11 dez. 2014.

DROMI, Roberto. **La Revolución del Desarrollo**: Inovaciones en La Gestión Pública. Buenos Aires/Madri: Ciudad Argentina/Hispania Libros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

EISENSTADT, S. N. Burocracia, Burocratização e Desburocratização. *In: CAMPOS, Edmundo (Org.). Sociologia da Burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

ERHARDT, Manoel de Oliveira. As Organizações Sociais. **Revista ESMAFE - Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, nº 1, 2001.

ESPÍRITO SANTO, Ataliba Pinheiro. As Organizações Sociais e a Reforma Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 230, out./dez. 2002.

ESPÍRITO SANTO. **Decreto nº 2.484**, de 10 de março de 2010.

Disponível em:

<<http://www.al.es.gov.br/portal/firmConsultaNorma.aspx>> Acesso em: 11 dez. 2014.

ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar nº 489**, de 21 de julho de 2009. Disponível em:

<[http://www.al.es.gov.br/antigo\\_portal\\_ales/images/leis/html/LC%20489.html](http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LC%20489.html)> Acesso em: 11 dez. 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

ÉPOCA. **Modelo de gestão privada aumenta público de museus de São Paulo**. 2013. Disponível em:

<<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2013/04/modelo-de-gestao-privada-aumenta-publico-de-museus-de-sao-paulo.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

EXTRA. **Justiça determina o fim das Organizações Sociais nas UTIs de três hospitais estaduais**. 2013. Disponível em:

<<http://extra.globo.com/noticias/rio/justica-determina-fim-das-organizacoes-sociais-nas-utis-de-tres-hospitais-estaduais-8246844.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. É possível o pagamento de taxa de administração em contratos de gestão celebrados com organizações

sociais? **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, ano 4, nº 48, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33032>>. Acesso em: 29/10/2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações Sobre seu Regime Jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, volume 217, jul./set. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, nº 123, jul./set/ 1994.

FERREIRA JUNIOR, Walter Cintra. Gerenciamento de Hospitais Estaduais Paulistas por meio das Organizações Sociais de Saúde. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, ano 37, nº 2, mar./abr. 2003.

FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis. **Administração Gerencial & a Reforma Administrativa no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2002.

FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. *In*: GUIMARÃES, Edgar. **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Romeu Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FLORIPA NEWS. **Justiça Federal mantém autorização para contrato de gestão no Hospital Florianópolis**. 2014. Disponível em: <<http://www.floripanews.com.br/noticia/3471-justica-federal-mantem-autorizacao-para-contrato-de-gestao-no-hospital-florianopolis>> Acesso em 23 nov. 2014.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A Terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações



sobre o Decreto nº 2.271/97, a instrução normativa nº 2/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST. *In*: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro de Paula de Almeida Dutra. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FORTINI, Cristiana. **Organizações Sociais**: natureza jurídica da responsabilidade civil das Organizações Sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 6, jun./jul./ago 2006.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: nº 214, out./dez. 1998.

GABARDO, Emerson. A Eficiência no Desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa. *In*: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O Gerencialismo entre Eficiência e Corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. *In*: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

GAULT, David Arellano. Avanços Desiguais e Intenções Indefinidas: a reforma do Estado do México e a estratégia de gerenciamento. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público "versus" igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GLOBO. **Hospital de MT administrado por OSS tem intervenção do estado após falhas**. 2014a. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2014/11/hospital-de-mt-administrado-por-oss-tem-intervencao-do-estado-apos-falhas.html>> Acesso em 23 nov. 2014.

GLOBO. **MP denuncia secretário de Saúde por irregularidades no trato de servidores**. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/07/mp-denuncia-secretario-de-saude-por-irregularidades-no-trato-de-servidores.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

GLOBO. **TCM aponta desvio de R\$ 19 milhões na saúde durante a gestão Kassab**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/10/tcm-aponta-desvio-de-r-19-milhoes-na-saude-durante-gestao-kassab.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

GOIÁS. **Lei nº 15.503**, de 28 de dezembro de 2005. Disponível em: <[http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis\\_ordinarias/2005/lei\\_15503.htm](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2005/lei_15503.htm)> Acesso em: 11 dez. 2014.

GOULDNER, Alvin W. Conflitos na Teoria de Weber. *In*: CAMPOS, Edmundo (Org.). **Sociologia da Burocracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão Pública e a Realidade Latino-Americana. *In*: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

HARGER, Marcelo. O Direito Administrativo e o Regime Jurídico Administrativo. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIGA, Alberto Shinji. **Terceiro Setor**: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HORA DE SANTA CATARINA. **Justiça decide pela manutenção da gestão de organizações sociais no Hospital Regional de Araranguá**. 2014. Disponível em: <<http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/02/justica-decide-pela-manutencao-da-gestao-de-organizacoes-sociais-no-hospital-regional-de-ararangua-4430830.html>> Acesso em 24 nov. 2014.

IBAÑEZ, Nelson; BITTAR, Olímpio José Nogueira Viana; SÁ, Evelin Naked de Castro; YAMAMOTO, Edison Keiji; ALMEIDA, Márcia Furquim de; CASTRO, Cláudio Gastão Junqueira. Organizações Sociais de Saúde: o modelo do Estado de São Paulo. **Revista Ciência & Saúde**. São Paulo, ano 6, nº 2, 2001.

INFONET. **Juíza impede João Alves Filho de contratar OSS**. 2014. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/saude/ler.asp?id=157533>> Acesso em 24 nov. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Estado, Instituições e Democracia**: república. Brasília: IPEA, 2010.

JENKINS, Kate. A Reforma do Serviço Público no Reino Unido. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

JORNAL DO VALE DO ITAPOCU. **TCE orienta contratar OS para a gestão do Hospital**. 2014. Disponível em:

<<http://www.jdv.com.br/noticia/1381/tce-orienta-contratar-os-para-a-gestao-do-hospital>> Acesso em: 24 nov. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/93. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011a.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011b.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. **Administração Pública no Brasil**: crise e mudanças de paradigmas. 2. ed. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2008.

KETTL, Donald F.. A Revolução Global: reforma da administração do setor público. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEWIS, Sandra Barbon. A não-incidência do ISSQN na execução de programas sociais pelas OSCIPs e OSs. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LINS, Bernardo Wildi. **O Princípio da Proteção à Confiança como Limitação à Mutabilidade do Contrato Administrativo**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

MACEDO, Marcelo Hernandez; ALVES, Andrea Moraes. Reforma Administrativa: o caso do Reino Unido. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

MACHETE, Rui Chancerelle de. **O Contencioso Administrativo: o caso julgado nos recursos directos de anulação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1973.

MÂNICA, Fernando Borges. Seleção de Pessoal e Regime de Gestão das Entidades Privadas em Parceria com o Setor Público na Área da Saúde. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias Público-privadas nos Serviços de Saúde. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011a.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Estatal e Autorregulação na Economia Contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 9, nº 33, jan./mar/ 2011b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASHAW, Jerry L. **Creating the Administrative Constitution: the lost one hundred years of american administrative law**. New Haven: Yale University Press, 2012.

MATIAS-PEREIRA, José. Administração Pública Comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Europeia. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, número 42, jan./fev. 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. Patrimonialismo, Corrupção e Refundação da Administração Pública. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII, nº 397, agosto/2013.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função

Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 3, nº 12, out./dez. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Aspectos Administrativos e Econômicos da Responsabilidade Fiscal - Transparência, Controle e Fiscalização da Gestão Fiscal. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Guilherme Afonso dos Santos. Princípio da Eficiência. *In*: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MERTON, Robert K. **Social Theory and Social Structure**. 3. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1968.

MESQUITA, Adriana de Sá; FERREIRA, Silvia Pereira. Fortalecer o Serviço Público e Valorizar a Cidadania: a opção australiana. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

MÉXICO. Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Secretaría de la Contraloría General de la Federación; Fondo de Cultura Económica. **Desincorporación de Entidades Paraestatales**: información básica de los procesos de 1º de diciembre de 1988 al 31 de diciembre de 1993. Cidade do México: 1994.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Autovinculação Convencional da Administração Pública: o contrato de gestão no interior da Administração Pública brasileira. **Revista Internacional de Contratos Públicos**. N. 1, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ijpc/edicao/01>> . Acesso em 29/10/2014.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, ano 2, número 7, 2001a.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das Organizações Sociais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. I, n.º 9, dez. 2001b. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12/10/2014.

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.º 214, out./dez. 1998.

MONTONE, Januario. As Parcerias Público-privadas na Área da Saúde: novas formas de ampliar o direito de acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS). *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. *In*: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). **Administração Pública**: direito

administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MORAIS, Leonardo Cavalcanti. Organizações Sociais e Fundações Privadas - Uma Análise Comparativa. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF**. Curitiba, ano IX, nº 106, mai., 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "Vínculos Contratuais" com o Estado. **Fórum Administrativo - Direito Público**. Belo Horizonte, ano 6, nº 62, abr. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba, ano 1, número 2, 1999a.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos Sobre a Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999b.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e autonomia gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A gestão associada de serviços públicos. Consórcios e convênios de cooperação). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: nº 214, out./dez. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Ano 1, nº 3. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: nº 210, out./dez. 1997.

MOTTA, Fernando C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Introdução à Organização Burocrática**. São Paulo: Brasiliense, 1980.



NASCIMENTO, Carlos Valder do. Terceiro Setor: privatização de serviços públicos - aspectos conceituais e tributários. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, ano 7, nº 41, set./out., 2009.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLHAR JURÍDICO. **Estado rompe contrato com OSS e reassume gestão de medicamentos da farmácia de alto custo**. 2014. Disponível em:

<Estado\_rompe\_contrato\_com\_OSS\_e\_reassume\_gestao\_de\_medicamentos> Acesso em 23 nov. 2014.

OLHAR JURÍDICO. **TCU manda governo de MT suspender pagamento ao Ipas**. 2013. Disponível em:

<[http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=TCU\\_manda\\_governo\\_de\\_MT\\_suspender\\_pagamento\\_ao\\_Ipas&id=11548](http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=TCU_manda_governo_de_MT_suspender_pagamento_ao_Ipas&id=11548)> Acesso em 23 nov. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923-DF. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Taxa de Administração Prevista em Contratos de Gestão com Organizações Sociais**: típicos instrumentos de fomento público para entidades do terceiro setor. São Paulo, jun. 2009. Disponível em: <[http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/9\\_Taxa\\_de\\_Administracao.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/9_Taxa_de_Administracao.pdf)> Acesso em 29/10/2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; DORNA, Mário Henrique de Barros. Terceiro Setor e a Regra Constitucional do Concurso Público. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo, Ano XXIX, nº 10, out. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação. *In*: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentável. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **As Organizações Sociais e o Novo Espaço Público**. Florianópolis: Fepese/Editorial Studium, 2005.

ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones Generales sobre el Derecho Administrativo Económico. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: MH Comunicação, 1994.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004a.

PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *In*: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte, Fórum, 2004b.

PELEGRINI, Marcia. Terceiro Setor: gestão privada de recursos públicos. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte, ano 1, número 2, jul./dez. 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da Reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre o Regime Jurídico das Licitações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, número 213, jul./set. 1998a.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sobre a Reforma Administrativa (a Constituição-laboratório). **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, v. 4, jan. 1998b.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e Outros Instrumentos de "Administração Consensual" na Gestão Pública do Século XXI**: restrições em ano eleitoral. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da Regulação Econômica Estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

PERNAMBUCO. **Lei nº 11.743**, de 20 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.arpe.pe.gov.br/legislacao.php?op=1&codGrupo=2>> Acesso em: 11 dez. 2014.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 7, nº 24, jan./mar. 2009.

PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: eficiência e responsabilidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTAL BRASIL. **Brasileiro ganha Medalha Fields, equivalente a Nobel de matemática**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2014/08/brasileiro-ganha-medalha-fields-equivalente-a-nobel-de-matematica>> Acesso em 03 jan. 2015.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Contrato de Gestão - Uma Releitura. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 15, nº 81, set./out., 2013.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista. O Setor Público. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

R7 NOTÍCIAS. **Organizações Sociais da Saúde de SP deixam de fazer 1 em cada 3 consultas**. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/organizacoes-sociais-da-saude-de-sp-deixam-de-fazer-1-de-cada-3-consultas-26052014>> Acesso em 24 nov. 2014.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

RECIFE. **Lei nº 17.875**, de 10 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/lei-ordinaria/2013/1788/17875/lei-ordinaria-n-17875-2013-dispoe-sobre-a-qualificacao-de-entidades-como-organizacoes-sociais-no-ambito-do>>

municipio-do-recife-e-da-outras-providencias> Acesso em: 11 dez. 2014.

REDE BRASIL ATUAL. **Relatório aponta irregularidades nos contratos estaduais com OSs da saúde em SP.** 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2013/09/relatorio-identifica-pelo-menos-cinco-irregularidades-nos-contratos-estaduais-com-os-na-saude-1617.html>> Acesso em: 24 nov. 2014.

REDETV. **Haddad quer ampliar fiscalização das Organizações Sociais de Saúde.** 2014. Disponível em: <<http://www.redeTV.uol.com.br/jornalismo/portaljornalismo/Noticia.aspx?118,4,667751,126,Haddad-quer-ampliar-fiscalizacao-das-Organizacoes-Sociais-de-Saude>>. Acesso em 23 nov. 2014.

REGULES, Luiz Eduardo Patrone. A Atividade Administrativa de Fomento e a Segurança Jurídica. *In:* VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REZENDE, Flávio da Cunha. O Dilema do Controle e a Falha Sequencial nas Reformas Gerenciais. **Revista do Serviço Público.** Ano 53, número 3, jul.-set. 2002.

RIBAS, Paulo Henrique. O Serviço Público como Meio de Concretização de Direitos Fundamentais. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços Públicos: estudos dirigidos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Contratos de Gestão no Brasil: Administração Pública consensual fuga do Estado? **Revista da AGU.** Brasília, ano XII, nº 38, out./dez. 2013.

RICHARDSON, Ruth. As Reformas no Setor Público da Nova Zelândia. *In:* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às Leis das PPPs, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Organizações Sociais e OSCIPs e a Questão da Improbidade Administrativa. **Revista Zênite - Informativo de Regime de Pessoal**. Curitiba, nº 129, abr. 2012.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 42.506**, de 10 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sec/exibeconteudo?article-id=292489>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 43.261**, de 27 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.026**, de 19 de maio de 2009. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/0d30d23b34229c25032576ac00727b13?OpenDocument>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.498**, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/5bc5abb220443df5832575ed006b2e4c?OpenDocument>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 6.043**, de 19 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/c8d2df9a2566fd0e83257911005f4c7a?OpenDocument>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 6.339**, de 6 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.portaldelicitacao.com.br/legislacao/leis/6025-lei-nd-6339-de-06-de-novembro-de-2012-rio-de-janeiro.html>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 6.470**, de 12 de junho de 2013. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/1035390/lei-6470-13>> Acesso em: 11 dez. 2014.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de L'Etat Providence**. 3.ed. Paris: Éditions du Seuil, 1992.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas Considerações sobre a Incidência de Direitos Fundamentais nas Relações do Estado com Empresas e Organizações Sociais. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RUA, Maria das Graças. Desafios da Administração Pública Brasileira: governança, autonomia, neutralidade. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set.-dez. 1997.

SALAMON, Lester. Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor. *In*: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

SALIONE, Beatriz Camasmie Curiati. Terceiro Setor e Lei de Licitações no Brasil. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte, ano 4, número 8, jul./dez, 2010.

SANO, Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. Promessas e Resultados da Nova Gestão Pública no Brasil: o caso das Organizações Sociais de Saúde em São Paulo. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, volume 48, nº 3, jul./set., 2008.

SANTA CATARINA. **Decreto nº 4.272**, de 28 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>> Acesso em 02/11/2014.

SANTA CATARINA. **Lei nº 12.929**, de 04 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>> Acesso em 02/11/2014.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça confirma que contrato de gestão do SAMU é legal**. 2014. Disponível em:

<<http://www.sc.gov.br/index.php/radio/6876-tribunal-de-justica-confirma-que-contrato-de-gestao-do-samu-e-legal>> Acesso em 23 nov. 2014.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, número 9, jan./mar. 2009.

SÃO PAULO. **Decreto nº 43.493**, de 29 de setembro de 1998.

Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=7135>> Acesso em: 11 dez. 2014.

SÃO PAULO. **Decreto nº 52.858**, de 20 de dezembro de 2011.

Disponível em:

<[http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios\\_juridico/s/cadlem/integra.asp?alt=21042011D%20528580000](http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridico/s/cadlem/integra.asp?alt=21042011D%20528580000)> Acesso em: 11 dez. 2014.

SÃO PAULO. **Decreto nº 57.108**, de 6 de julho de 2011. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57108-06.07.2011.html>> Acesso em: 11 dez. 2014.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.132**, de 24 de janeiro de 2006. Disponível em:

<<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/legislacao/index.php?p=6196>> Acesso em: 11 dez. 2014.

SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 846**, de 4 de junho de 1998.

Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=6680>> Acesso em: 11 dez. 2014.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho de. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias



público-privadas. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCHONBERG, Soren. **Legitimate Expectations in Administrative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo. **As Organizações Sociais de Saúde em São Paulo, 1998-2002: uma visão institucional**. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002.

SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR - ANDES. **Governo pretende terceirizar contratação de professores federais via Organização Social**. Disponível em: <<http://portal.andes.org.br/andes/print-ultimas-noticias.andes?id=7054>>. Acessado em 23 nov. 2014.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. As Organizações Sociais. **Revista Consulex**. Brasília, jan./dez., 1999.

SOARES, Leonardo Romano. Organizações Sociais e o Dever de Licitar para sua Escolha. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte, ano 7, nº 13, jan./jun. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos Positivos. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Necessidade ou Desnecessidade de Licitação para as Parcerias do Estado na Área da Saúde. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor**: regulação no Brasil. 4. ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

TABORDA, Wladimir; GOMES, Marcio Cidade; PASCHOA, Nilson Ferraz; BARATA, Luiz Roberto Barradas. Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TÁCITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, número 12, set./dez. 1998a.

TÁCITO, Caio. O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 92, volume 334, abr./mai./jun. de 1996a.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v.15, jul. 1996b.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: nº 214, out./dez. 1998b.

TAVARES, André Ramos. O Direito Administrativo no Estado Mínimo. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

TEIXEIRA, Josenir. **O Terceiro Setor em Perspectiva**: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Os Princípios da Subsidiariedade e da Universalização do Serviço Público como Fundamentos da Prestação de Serviço Público por Meio de PPP: realidade brasileira. *In*: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

TOHÁ, Carolina; SOLARI, Ricardo. A Modernização do Estado e a Gerência Pública. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 48, número 3, set-dez 1997.

TORRES, Vivian A. Gregori. **A Face Inexplorada do Terceiro Setor**: instrumento de acesso à justiça. São Paulo: Plêiade, 2010.

VERONESE, Alexandre. **Reforma do Estado e Organizações Sociais**: experiência de sua implantação do Ministério da Ciência e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA, Fernando Grella. Controle das Parcerias na Área de Saúde e o Papel do Ministério Público. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V.1. 4.ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2012.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V.2. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Max. Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma construção do tipo ideal. *In*: CAMPOS, Edmundo (Org.). **Sociologia da Burocracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

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