

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO – UNAERP
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO EM DIREITO

MARCOS AURELIO MANAF

**A BUROCRACIA ESTATAL NO PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS SOCIAIS
FUNDAMENTAIS.**

Ribeirão Preto – SP
2018

MARCOS AURELIO MANAF

**A BUROCRACIA ESTATAL NO PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS SOCIAIS
FUNDAMENTAIS.**

**Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade de Ribeirão
Preto, para obtenção do título de
Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Adalberto
Simão Filho**

**Ribeirão Preto – SP
2018**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

M266b Manaf, Marcos Aurelio, 1973-
A burocracia estatal no processo de publicização dos serviços
públicos e os reflexos nos direitos sociais fundamentais / Marcos
Aurelio Manaf. - - Ribeirão Preto, 2018.
193 f.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2018.

1. Burocracia. 2. Serviços públicos. 3. Direitos coletivos.
I. Título.

CDD 340

MARCOS AURÉLIO MANAF

A BUROCRACIA ESTATAL NO PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

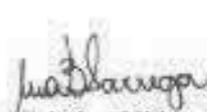
Data da defesa: 23 de março de 2018

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Adalberto Simão Filho
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto


Prof. Dra. Sandra Regina Martini
UniRitter - Centro Universitário Ritter dos Reis


Prof. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2018

DEDICATÓRIA

Este trabalho é uma oferta às bênçãos e forças inspiradoras do Universo, assim compreendidas nas religiões como Deus, Jeová, Yahveh, Buda, Alá, Oxalá, Brama, Tupã, Wiracocha, entre outros.

Dedico este trabalho a todas as pessoas que contribuíram, colaboraram e incentivaram à realização da pesquisa e sua conclusão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu Professor orientador, Dr. Adalberto Simão Filho, pelo desafio aceito, pelos incentivos e palavras de confiança de que o trabalho seria concretizado, e espero que ele esteja à altura de sua experiência.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Unaerp, especialmente à Profa. Neide Aparecida de Souza Lehfeld e ao Professor Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, pelo trabalho incansável na melhoria constante do Programa e sucesso no atingimento da Nota 4 junto à CAPES.

Agradeço, ainda, o Professor Dr. Juvêncio Borges Silva pelo incentivo e por compartilhar seus profundos conhecimentos em suas aulas; e em nome de todo o corpo docente, rendo homenagens através do Professor Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni, por fazer a diferença no meu processo de crescimento como pesquisador.

Estendo meu agradecimento, mais do que especial, à Professora Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, por seu auxílio em minha verticalização do conhecimento, graças ao seu incentivo “devorei muitas teorias de autores clássicos”, obrigado pela experiência acadêmica e profissional na Bolívia e, pela vivência ímpar na visita ao território Quilombola de Ivaporunduva-SP, na companhia especial do Professor Dr. Eric Miliard.

Por fim, pela paciência, pelo companheirismo, pela colaboração e pelo atendimento, registro meus agradecimentos à equipe da Secretara da Pós-Graduação Patrícia Machado, Marcela Berti, Joana Vieira, Márcia Pereira e Amanda Estrela.

RESUMO

A burocracia foi um modelo de gestão importante para racionalizar a atuação política e administrativa do Estado, do final do Século XIX e durante o século XX. O modelo burocrático no Brasil teve algumas alterações por reforma administrativa, através das Emendas Constitucionais n.º08/1995 e n.º19/1998, as quais estabeleceram mudanças nas funções do Estado, passando de agente interventor para um agente promotor e regulador no processo de desenvolvimento social e econômico, com objetivo de dinamizar a gestão pública na execução de serviços públicos relacionados aos direitos sociais fundamentais. A reforma não propunha reduzir a atuação estatal à coletividade, mas ampliá-la como forma de garantir a efetividade de direitos sociais, através do processo de Publicização, flexibilizando as normas para parceria do Poder Público com entidades privadas sem fins lucrativos, e com fins públicos não estatais, que compõem o Terceiro Setor, qualificadas como Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Entretanto, a burocracia estatal é, ainda, um obstáculo e impeditivo vigoroso na participação dessas entidades no processo de desenvolvimento social no país, e ponto focal de várias irregularidades no uso do recurso e investimentos públicos, no desvio de finalidade, e no dirigismo político em minimizar os direitos sociais ao mínimo existencial, de forma que proposta de desburocratizar o Estado não se efetivou, e a concreção de direitos sociais é meta a ser cumprida.

Palavras-chaves: burocracia; publicização; serviços públicos; direitos coletivos.

ABSTRACT

The bureaucracy was an important management model to rationalise the performance political and administrative of the State, at the end of the 19th Century and during in the 20th Century. In Brazil, the bureaucratic model has some changes by administrative reform, through Constitutional Amendments 08/1995 and 19/1998, which established changes in the functions of the State, from an intervening agent to a promoter and regulator in the development process social and economic, dynamising the public management. The reform did not propose to reduce the state's activity to the community, but to extend it as a way of guaranteeing the effectiveness of social rights, through the Publicity process, with the partnership of the public authority with private non-profit entities, with public non-state purposes, qualified as Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest. The performance of these entities would be facilitated by the flexibilization of norms and procedures in the formalization of state-owned businesses, regarding the execution of non-exclusive public services related to fundamental social rights. However, the state bureaucracy is still a powerful impediment to the participation of these entities in the process of social development in the country, and a focal point of several irregularities in the use of resources and public investments, misuse of purpose, and the political digirisme in to minimize social rights to the existential nature of the needs, so that a proposal to reduce the bureaucracy of the state has not taken place, and the realization of social rights is a goal should be fulfilled.

Key-words: bureaucracy; publicity process; public services; collective rights.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	- Interrelação de normas e preceitos constitucionais com a Ordem Econômica e Social.....	53
Tabela 2	- Instituições Privadas sem fins lucrativos por seu objeto social.....	95
Tabela 3	- Organizações Sociais, áreas de atuação em âmbito federal e no Estado de São Paulo.....	115
Tabela 4	- Detalhamento das fases de implementação da Publicização dos serviços não exclusivos às entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS).....	159

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI/Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não quitados
CF – Constituição Federal
CGU – Controladoria Geral da União
DF – Distrito Federal
FAP – Fundação de Apoio à Pesquisa
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IMED – Instituto de Medicina , Estudos e Desenvolvimento
INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MF – Ministério da Fazenda
MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
ONG – Organização não governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
OS – Organização Social
OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PNP – Programa Nacional de Publicização
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENAC – Serviço Nacional do Comércio
SENAI – Serviço Nacional da Indústria
SIAF – Sistema Integrado de Administração Financeira
SINCOV – Sistema de Gestão de Convênio e Contratos
SUSAM – Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TCE – Tribunal de Contas do Estado
TCU – Tribunal de Contas da União
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	A SOCIEDADE E O ESTADO COMO GARANTIDORES DOS INTERESSES COLETIVOS DOS CIDADÃOS.....	18
2.1	O ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA <i>RES PUBLICA</i>	22
2.2	OS FUNDAMENTOS DOS INTERESSES PRIVADOS, PÚBLICOS E COLETIVOS EM FACE DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO.....	31
2.3	AS NECESSIDADES SOCIAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA PELO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA.....	39
2.3.1	O Mínimo Existencial sob a Luz da Ordem Social no Brasil.....	42
2.3.2	Os Direitos Sociais Fundamentais como Proteção às Desigualdades Econômicas.....	48
2.3.3	O Exercício da Cidadania como Plataforma de Efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais.....	55
3	A BUROCRACIA ENQUANTO MODELO WEBERIANO DE ESTADO MODERNO E SUA DISTORÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL NO BRASIL.....	58
3.1	A TEORIA WEBERIANA DA BUROCRACIA COMO MODELO NO ESTADO MODERNO E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	59
3.2	O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO BUROCRÁTICO E SUAS DISTORÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	62
3.2.1	As Reformas Administrativas do Estado Brasileiro a Partir de 1990 Sob Influência dos Novos Modelos da Economia Mundial.....	68
3.2.2	Concepções e Fundamentações dos Serviços Públicos enquanto Atuação do Estado e Atividade Econômica.....	73
3.2.3	Entre o Público e o Privado, e a Busca da Eficiência Estatal na Prestação de Serviços Públicos.....	79
3.3	O TERCEIRO SETOR: FUNÇÃO ECONÔMICA E ANÁLISE CRÍTICA.....	86
3.3.1	O Terceiro Setor no Brasil e o seu Crescimento nas Últimas Décadas.....	93
3.3.2	A Participação do Terceiro Setor no Brasil e as Distorções da Burocracia na Execução de Serviços Públicos.....	97

3.3.2.1	As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP – lei n. 9.790/1999, e seu papel na concreção de direitos sociais fundamentais.....	105
3.3.2.2	As organizações sociais – OS – lei n. 9.637/1998 e os entraves à efetividade de direitos sociais fundamentais na execução de serviços públicos não exclusivos.....	110
4	DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS E A NECESSIDADE EM FLEXIBILIZAR AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITO SOCIAIS.....	118
4.1	OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CELEBRAR PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA.....	125
4.2	OS FATORES ECONÔMICOS E SOCIAIS DO CONTRATO DE GESTÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	128
4.3	OS FATORES ECONÔMICOS E SOCIAIS DO TERMO DE PARCERIA (TERMO DE COLABORAÇÃO OU FOMENTO E ACORDO DE COOPERAÇÃO) ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO.....	133
4.4	O CONTROLE DO PODER PÚBLICO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS(OS) E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP).....	138
5	O PANORAMA DE LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS DE 1998 A 2017.....	145
5.1	DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A FORÇA NORMATIVA SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE 2012 A 2015.....	147
5.2	OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS APÓS A DECISÃO DA ADIN 1.923/2015, SOBRE AS PARCERIAS DO PODER PÚBLICO COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	150
5.3	O PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO – PNP, SOB A ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DIRETRIZES OPERACIONAIS DA LEI N.9.637/1998 EM FACE DO DECRETO N. 9.091/2017.....	157
6	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR E OS EFEITOS COLATERAIS EM CONCRETIZAR OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS ENTRE 1998 A 2017.....	166
6.1	PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP): DEZESSEIS ANOS DE DISTORÇÕES BUROCRÁTICAS.....	169

6.2	A PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS EFEITOS À SOCIEDADE, PELA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO NO BRASIL ENTRE 1998 A 2017.....	171
6.2.1	Parcerias Público Privadas com as Organizações Sociais (OS): Dezenove anos com disfunções burocráticas.....	176
7	CONSIDERAÇÕES.....	179
	REFERÊNCIAS	186

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, como um procedimento de produção de conhecimento, deve se relacionar aos sistemas sociais, políticos, econômicos e culturais, cuja importância e atualidade possam, de fato, contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, em garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos, por meio de um debate com a argumentação, justificação e a instrumentalização jurídica, adequados ao pleno exercício de uma participação cidadã.

Esta pesquisa constitui-se requisito para obtenção de título de Mestre em Direito no Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp, e consiste na abordagem teórica da burocracia estatal brasileira com suas distorções e seus efeitos práticos nas parcerias entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos do Terceiro Setor, especificamente, aquelas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organização Social (OS), objetivando apurar a legitimidade e legalidade destas organizações na prestação de serviços públicos não exclusivos, bem como compreender suas atuações, a partir do enquadramento como públicas não estatais.

Por isso, a presente pesquisa não se firma em um condão ideológico partidário, tampouco dogmático do direito, mas voltada à razão dialógica e à linguagem plural de diferentes estudos e doutrina sobre o assunto, a partir de uma abordagem dedutiva do referencial bibliográfico de Max Weber pela Teoria da Burocracia e de Luiz Carlos Bresser-Pereira, um dos idealizadores do processo de reforma administrativa do Estado brasileiro na década de 90, e os efeitos da transição, ainda não finalizada, de Estado burocrático, modelo este distorcido e corrompido, para um modelo de Estado gerencial.

O trabalho apresenta-se, primeiramente, em seu Capítulo 2 no levantamento teórico da composição clássica dos interesses privados e público na estruturação da Sociedade, na formação do Estado, enquanto *res publica*, e do Mercado.

A partir da teórica dicotomia tradicional entre o interesse público e o interesse privado, tem-se o surgimento dos interesses coletivos, que passaram a compor os direitos fundamentais nas constituições modernas das sociedades contemporâneas, e positivados na Constituição Federal do Brasil de 1988, a fim de garantir a diminuição das desigualdades econômicas e sociais, tendo na plataforma do exercício da cidadania, a efetivação dos direitos sociais fundamentais.

Em seguida, no Capítulo 3, a presente pesquisa é permeada na Teoria weberiana da burocracia, e seus efeitos como modelo estatal no Brasil a partir da década de 30, passando pelo Decreto 200/1967, abordando e seus aspectos negativos nos excessos e disfunções em atender os direitos sociais fundamentais de forma eficiente.

Durante grande parte do século XX o Estado brasileiro apresentou uma gestão pública rígida, e com fortes traços patrimonialistas disfarçados de gestão descentralizada, demonstrando baixa sintonia com o desenvolvimento econômico e social, fortalecendo o discurso no plano político de que a burocracia estatal era a causa da imobilidade do aparato público, e pouca eficiência em gerir os recursos e investimentos públicos, o que resultava na fragilidade da própria imagem do Estado, de sua legitimidade e existência jurídica, dada incapacidade em responder eficazmente com as demandas sociais e pela não eficiência nos serviços públicos relacionados aos direitos sociais fundamentais em saúde, educação, meio ambiente, etc.

Na mesma esteira, o trabalho aborda a proposta de reforma a partir da década de 90, tendo em vista que o Estado brasileiro encontrava-se envolto em crises administrativas e financeiras, as quais se refletiam em um grande impasse jurídico-político na execução de políticas públicas, principalmente na dificuldade no atendimento com eficiência as demandas sociais em saúde, educação, dentre outras, o que poderia ocasionar riscos de fragmentação da democracia e do Estado de direito reconstituídos pela sociedade com a Constituição Federal de 1988.

As análises jurídicas e políticas da reforma administrativa, em meados dos anos 90, retratavam dilemas quanto à manutenção de um Estado inchado e excessivamente burocrático ou em sua redução exagerada, que poderiam resultar em extremos perversos, o que significaria em sacrifícios de direitos e garantias fundamentais, representando, assim, um retrocesso com a supressão de direitos coletivos e sociais positivados na Constituição Federal.

O Capítulo 3, ainda aborda dois cenários, sob a reflexão da atividade administrativa e econômica do Estado como provedor dos serviços públicos, sendo um a partir do Decreto n. 200/1967 com a instituição da burocracia estatal como modelo funcional, voltado aos meios de atendimento às demandas sociais e, em outro, principiado na década de 90, fundado nas Emendas Constitucionais ns. 08/1995 e 19/1998, que cunharam a instituição de um Estado mais moderno, não interventor e mais regulador, sob o modelo de gestão eficiente voltado aos resultados entregues à sociedade.

Assim, a partir destas Emendas Constitucionais, a estrutura estatal passa a ter mecanismos e instrumentos jurídicos, para implantar uma política governamental em facilitar as parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, ligadas ao Terceiro Setor no Brasil, cujo objetivo era desburocratizar a ação estatal, para a transferência de serviços sociais (públicos não exclusivos), por meio do contrato de gestão e termos de parcerias, na busca de maior efetividade no atendimento à sociedade, especificamente, relacionados aos direitos em saúde, educação, cultura, sustentabilidade, etc.

O Capítulo 4 trata dos instrumentos jurídicos nos negócios públicos, introduzidos pelas modificações no texto constitucional derivaram em legislações ordinárias sob n. 9.637/1998 (OS) e 9.790/1999 (OSCIP), dos fatores econômicos e sociais, dos quais não foram suficientes em diminuir as distorções burocráticas no modelo do Estado, ora pela ausência, ora por falhas na regulamentação destas leis às parcerias público-privadas, com as entidades privadas sem fins lucrativos, consideradas públicas não estatais, resvalando ora em privatização do público ora em estatalização do privado.

Tais obstruções jurídicas ocasionaram exageros burocráticos nos meios e instrumentos jurídicos utilizados pelo Estado, que não objetivavam dar maior eficiência nos serviços públicos, mas criaram dificuldades na efetividade nos direitos fundamentais sociais em políticas públicas e, na garantia do Estado Democrático e Social de Direito.

O panorama da legalidade e dos mecanismos de controle das parcerias público-privadas, tratados no Capítulo 5, foram sendo condensados nos pontos convergentes e divergentes da publicização dos serviços públicos, considerados como não exclusivos, nos processos de contratação, através da análise de jurisprudência derivada de ações de controle realizadas pelo Ministério Público (Estaduais e Federal), e dos Tribunais de Contas dos Estados e da União na fiscalização dos contratos com o Terceiro Setor, revelaram falhas nos investimentos públicos, os equívocos e desvios de finalidade nos pactos firmados nas parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor.

Foram, ainda, tratados neste Capítulo, os desdobramentos jurídicos da decisão da Adin 1923/2015 e a influência na edição do Decreto n. 9.091/2017, que passou a regulamentar o Programa Nacional de Publicização após dezenove anos, o qual não tratou com profundidade as relações e as parcerias do Poder Público com entidades públicas não estatais do Terceiro Setor, mantendo a falta efetividade de entrega pelo Estado dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil.

O Capítulo 6 houve a abordagem da responsabilidade do Poder Público em relação às parcerias com entidades do Terceiro Setor, e os percalços jurídicos e falhas estatais, ora em manter o modelo burocrático equivocadamente nas parcerias público-privadas, ora pela falta de regulamentação técnica na execução de serviços públicos não exclusivos à coletividade, relacionados aos direitos sociais fundamentais, e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilidade objetiva, solidária e subsidiária do Estado em detrimento às empresas concessionadas, permissionadas, delegadas e colaboradoras na execução de serviços públicos.

2. A SOCIEDADE E O ESTADO COMO GARANTIDORES DOS INTERESSES COLETIVOS DOS CIDADÃOS.

A concepção do direito natural, associada à filosofia política, atribui que o homem, a sociedade e o próprio Estado se entrelaçam por toda a história, isto porque a existência é indissociável entre si, e Aristóteles referenciava a concepção da origem do Estado¹ como sinônimo de sociedade política², focada na esperança de um bem, atribuindo que a sociedade se formou da reunião de várias aldeias, e assim constituiu-se em uma Cidade, a qual possui a faculdade de se bastar a si, organizada não apenas para conservar a sua existência, mas também para buscar o bem-estar.

[...] Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política. Enganam-se os que imaginam que o poder de um rei ou de um magistrado de República só se diferencie do de um pai de família e de um senhor pelo número maior de súditos e que não há nenhuma diferença específica entre seus poderes.[...].³

O homem, sob a visão aristotélica, possui uma vocação inata para a vida social, nesta linha Del Vecchio relata que é na sociedade que o indivíduo encontra as condições para sua sobrevivência, assim como não é possível conceber uma mão viva separada do corpo, também, não se pode conceber o indivíduo sem o Estado.⁴

Bonavides ensina que a esfera social passa a ter um valor primário ou fundamental, sob a forma de organicismo⁵, cuja existência do homem torna-se

¹ O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separadas do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. (ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5)

² A sociedade que em seguida se formou de várias casas chama-se aldeia e se assemelha perfeitamente à primeira sociedade natural, com diferença de não de todos os momentos, nem de uma freqüentação tão contínua. [...] Assim, as Cidades inicialmente foram, como ainda hoje o são algumas nações, submetidas ao governo real, formadas que eram de reuniões de pessoas que já viviam sob um monarca. [...] É portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. [...]. Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. (Id. Ibid. p. 8-9)

³ Idem. p.10-12

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5.ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra/Portugal: Armênio Amado Editor. 1979. p. 44

⁵ Del Vecchio apud Bonavides dá o seguinte conceito de organicismo: Reunião de várias partes, que preenchem funções distintas e que, por sua ação combinada, concorrem para manter a vida do todo. BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.58.

importante numa realidade subsistente por si mesma.

No entanto, Bonavides alerta sobre o risco em que os organicistas ficam expostos e por vezes são arrastados às posições antidemocráticas, de autoritarismo, e às justificações reacionárias do poder, e esclarece que, para os organicistas o indivíduo é considerado uma unidade central de todas as manifestações coletivas, mas como unidade não cria nenhuma realidade superior; enquanto os mecanicistas, por reconhecerem a Sociedade como a mera soma de partes, que não gera nenhuma realidade suscetível de subsistir fora ou acima dos indivíduos.⁶

Bonavides informa não ser unânime na doutrina o aspecto orgânico ou mecânico sobre a formação e importância da sociedade, contrapondo-se com Rousseau no Contrato Social com a proposição de que os homens nascem livres e iguais, em antagonismo com quase toda a doutrina organicista, que afirma precisamente o contrário, ou seja, os organicistas consideram que o indivíduo não nasce livre, e por isso é desprotegido e dependente da autoridade, de hierarquia, e compete à família (unidade privada), criar os vínculos necessários com a Sociedade.

A Sociedade, desde a concepção clássica de Aristóteles, encontra-se em constante evolução, a tal ponto que seu conceito passou por transformações ao longo da história, ora tendo um aspecto jurídico (privatista e publicístico) com Rousseau, ora econômico, com Ferguson, Smith, Saint-Simon e Marx, e por fim, encontra-se sob aspecto sociológico, desde Comte, Spencer e Toennies.⁷

O Estado era delineado pelos jusnaturalistas na Idade Média, sob uma concepção dogmática como algo ideal, uma vez que o direito natural estava limitado a uma ordem universal comandada por Deus.

Esta concepção encontrou resistência em filósofos como John Locke, J.J. Rousseau, Thomas Hobbes e outros jusnaturalistas, empreendendo teorias do Estado, seus contornos e como ele era na realidade, bem como ao defenderem a autonomia do homem em buscar formas que pudessem garantir a sua existência, por meio de um contrato, de acordo com a sua concepção individual, através da razão e não mais pela vontade divina.

E distanciando-se desta concepção jusnaturalista de Estado, modernamente, Hegel sintetiza a ideia do Estado-razão, como uma realidade em ato da ideia moral objetiva, e esclarece a possível confusão entre o Estado e a sociedade civil, que ocorre

⁶ BONAVIDES. Paulo. Loc. cit. p.58

⁷ Id. Op. cit. p.59 e 64

porque ao Estado lhe é destinado à segurança e a proteção da propriedade, das liberdades e dos interesses dos indivíduos, os quais são os fins supremos que reúnem os indivíduos, e pelos quais os tornam membros de um Estado, ou seja, a associação é o verdadeiro conteúdo e fim pelos quais os indivíduos se destinam a participar de uma vida coletiva, sendo esta racionalidade abstrata a essência íntima da unidade social. Dessa forma, Hegel esclarece que:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.⁸

Nesta ordem, a ascensão das famílias da esfera privada no mundo moderno e de suas atividades econômicas ao nível público, segundo Arendt, foram fatores que conduziram a transformação dos interesses das famílias (privado) para um interesse ‘coletivo’, e fez surgir uma esfera política (Estado) diante dos interesses comuns:

A distinção entre uma esfera de vida privada a uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada e nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional. [...] o que chamamos de ‘sociedade’ é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada ‘nação’.^{9,10}

A esfera pública (sociedade) não é uma entidade ou instituição, mas o ambiente estruturado e propício no qual se encontram a esfera privada (conjunto de famílias) e a esfera política (Estado), e seus sistemas: social, político e o jurídico.¹¹

A concepção de sociedade na atualidade passou a ser entendida como uma concepção de esfera da interação social entre economia e Estado, composta

⁸ HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217.

⁹ Hauriou apud Bonavides conceitua nação como “um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais”. (in HAURIOU, Maurice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris, 1966. p.90). BONAVIDES. Loc. cit. p.37-38.

¹⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p.37-38

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.66.

principalmente pelas famílias, pelas associações voluntárias, pelos movimentos sociais e de outras formas de comunicação pública, considerada, assim, como sociedade civil, e institucionalizada através de leis e direitos subjetivos (esfera política) que estabilizam a diferenciação social. A sociedade civil se diferencia da sociedade política e econômica, pois são suas derivantes, e estão diretamente envolvidas com o poder do Estado e com a produção econômica.

No tocante à produção econômica, Hegel apud Vieira relata que as determinações individualistas e a busca de ações éticas passam pelas corporações (associações, empresas, etc.), e não são advindas do mercado.

Entretanto, o autor referencia a sociedade civil sob a ótica marxista que não significa uma instituição intermediária entre a família e o Estado, mas está restrita ao sistema de necessidades da economia e do mercado, sob o dilema de contradição entre proprietários e não proprietários dos meios de produção.¹²

E o surgimento de outras esferas além das famílias (esfera privada), Habermas descreve a esfera pública (sociedade) como um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o agente, o grupo ou a coletividade; mas não tido dentre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. Habermas esclarece ainda que, a esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa seja para diferenciar competências, seja para regular-se como uma organização, cuja atribuição compete a esfera política.¹³

Num contexto histórico diferente da tradição liberal, a esfera da sociedade burguesa era composta do trabalho e comércio numa economia de mercado, Habermas elucida que, modernamente, vem a ser denominada como sociedade civil, sem o viés da economia, mas constituída através do direito privado, do trabalho, do capital e do mercado de bens e serviços, bem como movida por aquelas organizações com finalidade econômica, e também por aquelas sem finalidade econômica, e ambas de natureza não estatais.

Em sentido amplo, a esfera pública (sociedade) com interesses comuns e

¹² VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 44-45 e 52 e 53

¹³ Habermas descreve a esfera pública como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; [...] a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos [...], e luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera, e não se aplica somente a influência política por meio de grupos formais (associações, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram a sua influência através de esferas públicas especiais. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92 e 95

compostos contribuiu para o declínio das famílias com seus interesses particulares, e estas famílias foram sendo absorvidas por grupos sociais e econômicos e, passaram a ser consideradas como elementos da sociedade civil nos moldes atuais, para que as suas necessidades pudessem ser atendidas, centralizaram o poder político no governo pelo Estado (esfera política), que passou a perseguir os interesses coletivos (esfera pública), a fim de atender a todos e não só o interesse individual ou de uma classe, categoria ou família.

A sociedade civil na atualidade, sob o enfoque de Bobbio, é empregada na linguagem política como a grande dicotomia sociedade civil/Estado, de modo que sua delimitação necessita da significação do Estado, porém este não pode estar mais sob o governo de um soberano absoluto, com poderes ilimitados, e sim sob o manto imperativo da lei.

Desse modo, a sociedade civil de Bobbio está relacionada à esfera não política, sendo que as relações sociais são praticadas livremente na busca de sua emancipação, enquanto o Estado pertence à esfera política pelo qual concentra as relações políticas, dominando o poder político e o exercício da função de coator/regulador das relações sociais.¹⁴

2.1 O ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA *RES PUBLICA*.

A formação do Estado enquanto fenômeno histórico está relacionado à sua autoridade real, e J.J. Rousseau teve o mérito de romper o modelo do Estado Absolutista, sob a influência da Teoria dos Pesos e Contrapesos na divisão dos Poderes do Estado de Montesquieu, na qual estabelecia o fundamento do Estado em que retratava o governo¹⁵ como um corpo intermediário, estabelecido entre os vassalos e o soberano, e que este corpo possibilitava uma recíproca correspondência, sendo

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 33-35

¹⁵ Chamo, pois, governo, ou suprema administração, ao exercício legítimo do poder executivo; e príncipe ou magistrado, ao homem ou ao corpo incumbido dessa administração [...]. Entre esses dois corpos ocorre esta diferença essencial: é que o Estado existe por si mesmo, ao passo que o governo só existe devido ao soberano. Assim, a vontade dominante do príncipe só é ou só deve ser a vontade geral da lei: sua força é a força de todos concentrada em si; [...]. Se enfim acontecesse ter o príncipe uma vontade particular mais ativa que a do soberano para exigir obediência a essa vontade particular, fizesse uso da força pública que tem em mãos, de sorte a que houvesse, por assim dizer, dois soberanos, um de direito e outro de fato, a união social se esvaeceria no próprio instante, e o corpo político seria dissolvido. ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. [s.i]: Ed. Ridendo Castigat Moraes. S.d. p. 28-30

encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade tanto civil como política.

Rousseau estabeleceu, assim, um modelo de Estado fundado em um contrato de vontade geral pela associação dos indivíduos (povo), cujo conteúdo era definido como resultado das vontades individuais quando conscientes.

Em complemento, Rousseau ao comparar o Estado sob a ordem do velho regime, no qual havia a concentração de poder apenas no Monarca (Soberano), com uma nova concepção de Estado com a desconcentração de poder, passa a distinguir o governo da política, ao considerar o governo em uma pequena escala, enquanto o corpo político (membros da sociedade) que o compõe era considerado em grande escala.

No Estado Absolutista o monarca encontrava-se acima de todos os indivíduos e detinha o poder central, e decidia sem a interferência de qualquer poder como contrapeso, e em contraposição surge a concepção do Estado de Direito que, segundo Bobbio, ocorre a alteração do Poder, com a passagem final sob o ponto de vista do 'príncipe' (soberano), surgindo a soberania com maior destaque dos cidadãos.

Essa passagem de estrutura política do Estado evidenciou o indivíduo em acordo com outros indivíduos, como Povo soberano é que fundamentaria, assim, a sociedade política¹⁶, baseado na teoria de Montesquieu sobre a repartição dos poderes do Estado, a ponto de não haver "corpos" intermediários¹⁷, concepção esta contrária a forma orgânica, segundo a qual o todo precede as partes, dominante na idade antiga e na idade média.

¹⁶ “[...] qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Para a formação da concepção individualista da sociedade e do estado e para a dissolução da concepção orgânica concorreram três eventos [...]: a) o contratualismo dos seiscentos e dos setecentos, que parte da hipótese de que antes da sociedade civil existe o estado de natureza, no qual soberanos são indivíduos singulares livres e iguais, que entram em acordo entre si para dar vida a um poder comum capaz de cumprir a função de garantir-lhes a vida e a liberdade (bem como a propriedade); b) o nascimento da economia política, vale dizer, de uma análise da sociedade e das relações sociais cujo sujeito é ainda uma vez o indivíduo singular, o *homo oeconomicus* e não o *politikón zôon* da tradição, que não é considerado em si mesmo mas apenas como membro de uma comunidade, o indivíduo singular que, segundo Adam Smith, “perseguido o próprio interesse, frequentemente promove aquele da sociedade de modo mais eficaz do que quando pretende realmente promovê-lo” [...]; c) a filosofia unitarista de Bentham a Mill, para a qual o único critério capaz de fundar uma ética objetivista, e portanto distinguir o bem do mal de recorrer a conceitos vagos como “natureza” e outros, [...] ou, segundo a fórmula benthamiana, na felicidade do maior número”. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p.21)

¹⁷ “O que aconteceu nos estados democráticos foi exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais grupos, grande organizações, associações da mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num estado ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos”. (Ibidem. p.22)

O direito natural, segundo Santo Agostinho apud Bobbio, contemplava uma concepção clássica da Justiça derivava da vontade de Deus, tendo a justificação, assim, na autoridade (kratos). Por outro lado, numa ilustração piramidal, Hobbes afirma que o poder sobe da base para o vértice, indicando a ordem racional da autoridade derivada da vontade do povo.¹⁸

Quando não há um poder público, o contrato é a forma típica com que os indivíduos singulares regulam suas relações no estado de natureza. O problema da legitimidade e o fundamento do poder surge, segundo Bobbio, quando se admite que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, e basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo.¹⁹

E, assim, no Estado de Direito, o indivíduo tem em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos, de maneira que o Estado de Direito é o Estado dos cidadãos, enquanto o poder do Estado encontra-se limitado pelo direito.²⁰

A análise de Bobbio levanta questões sobre o que é de fato o poder, e o que deve ser este poder, pois as respostas destas questões devem ser consideradas tanto o que é possível, quanto o que é lícito, a fim de determinar um poder legítimo, que não o sendo, abre-se o espaço ora para a desobediência lícita, ora para a obediência passiva.

A perspectiva da sociedade moderna remota, para uma sociedade contemporânea, Bobbio afirma que o modelo ideal de sociedade democrática era uma sociedade ‘centrípeta’, porém, a sociedade não tem apenas um centro de poder, o que seria entendido na vontade geral por Rousseau, mas a sociedade atual é poliárquica, ou seja, o modelo de estado democrático embasado na soberania popular idealizado à imagem e semelhança da soberania do “príncipe”, configurando uma sociedade monística, enquanto a sociedade real é pluralista.²¹

Habermas sustenta que a deliberação pública, realizada fora do âmbito estatal, constituiria a base de legitimação para a ação política, e que permitiria a todos os potencialmente envolvidos poderem opinar e interagir comunicativamente antes de uma decisão venha a ser adotada, num esforço de legitimação e reconhecimento pela sociedade do que vem a ser importante e necessário para ela.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 86

¹⁹ Idem. Loc. Cit. p. 86

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. loc. cit. p.61.

²¹ BOBBIO. **O futuro da Democracia**. Loc. Cit. p. 22

A estruturação da democracia como regime de governo torna-se a base do Estado de Direito, uma vez que a legitimação do poder ascende da sociedade civil, que busca não só efetivar e proteger seus direitos, como exercê-los de forma participativa nas decisões e ações do Estado enquanto governo.

Nesse sentido, Habermas referencia a sociedade civil composta de movimentos, por organizações e associações, dos quais captam os anseios, as demandas reivindicadas diante dos problemas sociais que afligem as esferas privadas, sendo então transmitida à esfera pública política, sob a forma institucionalizada de interesse geral da esfera pública.²²

Verifica-se que a partir da racionalidade comunicativa, baseada no pensamento de Rainer Forst, Pereira argumenta de que a racionalidade prática deve ser entendida como a capacidade inerente a todo indivíduo para que possa oferecer as razões de suas pretensões, e elucida que:

No contexto da cidadania e da democracia, os membros de uma comunidade política os cidadãos são indivíduos com direitos políticos e direitos sociais. Os cidadãos se autocompreendem não somente como indivíduos legais que vivem em uma comunidade legal, mas também como membros de um projeto político e histórico com qual se sentem obrigados, de maneira que tal projeto expressa certos princípios que consideram valioso respaldar.²³ (tradução nossa)

A participação social em apurar os anseios coletivos e materializá-los em ações políticas do Estado, demonstra o exercício de direitos e da cidadania prática na vida política defendida por Habermas e Forst, ora em afastar privilégios individuais e/ou de grupos específicos em detrimento à coletividade, como combater ações abusivas do Estado no exercício do Poder que lhe foi conferido pelo próprio povo.

Sob o aspecto da participação social, Dworkin informa que para garantir a democracia não basta a mera afirmação de poder ao cidadão para governar, deve ser abandonada a ideia de que leis e políticas venham a ser defendidas de modo individual, e defende o fundamento de que a democracia é o governo do povo, enquanto coletividade.

Dworkin considera o povo não como um mero conjunto de indivíduos com seus representantes, que agem com mais ou menos independência, mas como indivíduos que agem num contexto de associação e de parceria, esclarecendo que na democracia,

²² HABERMAS, Jürgen. Loc. cit. p. 99

²³ PEREIRA, Gustavo. **Las voces de la igualdad: Bases para una teoría crítica de la justicia**. Montevideu/Uruguai: Editorial Proteus, 2010. p. 98 e 101.

como forma de governo, os cidadãos agem como parceiros com o Estado, mesmo quando protestam ou votam contra seus representantes, pois encaram como deveres e ações como cidadãos, porque acreditam fazer parte de uma espécie de responsabilidade coletiva nas ações da comunidade, mesmo quando seja direta ou indiretamente a sua contribuição. Contrapondo a ideia de representatividade na democracia, Dworkin alerta que:

Se o governo pratica uma política que enriquece a nação, mas condena determinados cidadãos a uma miséria extrema, não levou em conta seus interesses como deveria necessariamente fazer no contexto da parceria. Finalmente, certas liberdades de consciência também se impõem – a liberdade de religião ou de ética pessoal, por exemplo, da qual dependem as decisões relativas ao aborto ou à eutanásia. Com efeito, dificilmente eu poderia considerar-me parceiro de um empreendimento que se arroga o direito de tornar por mim decisões que devo insistir em tomar pessoalmente, em nome da dignidade pessoal.²⁴

A democracia como modelo de sociedade é parte fundamental da busca do indivíduo por sua emancipação, e sob este aspecto Dahl discorre que a democracia pode ter sido um fenômeno social, independente da cultura ou do registro histórico, e que tal fenômeno é possível em condições favoráveis num determinado grupo social:

[...] Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local. Afinal de contas, se houvesse condições favoráveis para a invenção da democracia em um momento, num só lugar (por exemplo, em Atenas, mais ou menos 500 anos a.C, não poderiam ocorrer semelhantes condições favoráveis em qualquer outro lugar? Pressuponho que a democracia possa ser inventada e reinventada de maneira autônoma sempre que existirem as condições adequadas. [...] Por exemplo, devido a condições favoráveis, é bem provável que tenha existido alguma forma de democracia em governos tribais muito antes da história registrada. [...] Pode-se dizer que a democracia primitiva foi reinventada em uma forma mais avançada. Os avanços mais decisivos ocorreram na Europa – três na costa do Mediterrâneo, outros na Europa do Norte.²⁵

²⁴ DARTON, Robert. DUHAMEL, Olivier (org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: São Paulo: Editora Record, 2001. p.159-161

²⁵ “Quer se chamassem democracias ou repúblicas, os sistemas de governo popular na Grécia, em Roma e na Itália não possuíam inúmeras das características decisivas do moderno governo representativo. [...] Da perspectiva de hoje, evidentemente ausente de todos esses sistemas, estavam pelo menos três instituições políticas básicas: um parlamento nacional composto por representantes eleitos e governos locais ao governo nacional. Um sistema combinando a democracia em níveis locais com um parlamento eleito pelo povo no nível mais elevado ainda estava para ser criado. Essa combinação de instituições políticas originou-se na Inglaterra, na Escandinávia, nos Países Baixos e na Suíça e em qualquer outro canto ao norte do Mediterrâneo. [...] Em várias localidades, homens livres e nobres começariam a participar diretamente das assembleias locais. A essas, foram acrescentadas as assembleias regionais e nacionais, constituindo em representantes a serem eleitos”. DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001. p.19-21 e 27-28.

Dahl esclarece que a democracia como uma obra social moderna teve sua evolução histórica muito demorada e bastante complexa desde o século XVIII, enquanto governo popular para um governo representativo a partir dos Séculos XIX e XX.

Tal evolução o autor referencia o sistema político inglês, no qual o Rei (Monarca) e o Parlamento (Casa dos Lordes e Casa dos Comuns), considerados as autoridades limitavam os poderes entre si, sendo que as leis eram interpretadas por juízes com certa independência tanto do Monarca, quanto do Parlamento.²⁶

Para Dahl o processo de evolução do governo representativo evidenciou uma característica chave no modelo de democracia, ou seja, a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais da seguinte forma:

[...] o termo ‘democracia’ para um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos, [...] todos os cidadãos plenos deve ter oportunidades plenas: 1 – de formular suas preferências; 2 – de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; 3 – de ter suas preferências igualmente consideradas, na conduta do governo, ou seja, considerada sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.²⁷

E na mesma sintonia O’Donnel argumenta que as teorias e tipologias de democracias existentes se referem à democracia representativa e que possui variações e subtipos nos países capitalistas desenvolvidos, enquanto em países periféricos ou em desenvolvimento, estas democracias apresentam características de democracia delegativa²⁸, dado fato de não estarem totalmente consolidadas ou institucionalizadas, por fatores como profunda crise social e econômica.²⁹

Nas sociedades modernas, O’Donnel formula uma diferenciação dos

²⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Loc. Cit. p. 31

²⁷ DAHL, Robert. A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciomik. 1.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2005. p. 25-26

²⁸ “[...] a democracia delegativa é fortemente individualista, porém com um corte mais hobbesiano do que lockiano: pressupõe-se que os eleitores escolhem, independentemente de suas identidades e filiações, a pessoa que é mais adequada para cuidar dos destinos do país. As eleições em democracias delegativas são um processo muito emocional e que envolve altas apostas: vários candidatos concorrem para saber quem será o ganhador, num jogo absolutamente soma zero, da delegação para governar o país sem quaisquer outras (mas não menos do que com elas, como veremos) restrições a não ser aquelas impostas pelas relações de poder nuas — isto é, não institucionalizadas”. O’DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa**. In: Novos Estudos CEBRAP. N. 31, outubro 1991. p. 31

²⁹ Ibidem. p. 26.

padrões regularizados de interação, reconhecidos, praticados e aceitos regularmente na sociedade em si, ora considerados por instituições³⁰, ora por termos de institucionalização.

Por instituições políticas encontram-se aquelas pertencentes à rede constitucional de uma poliarquia³¹ que induzem a representação como: Congresso, Judiciários e pluralidade partidária, no sentido de que:

Talvez uma boa maneira de resumir o que eu disse antes seja dizer que, no funcionamento das complexas sociedades contemporâneas, as instituições políticas democráticas são um nível decisivo de mediação e agregação entre, de um lado, fatores estruturais e, de outro, não só pessoas mas também os diversos agrupamentos nos quais a sociedade organiza seus múltiplos interesses e identidades. Esse nível — institucional — intermediário tem impactos importantes sobre os padrões de organização das pessoas, fazendo de algumas delas vozes representativas no processo político, e excluindo outras. Esse mesmo nível tem impactos menos imediatos e menos detectáveis, embora importantes, sobre fatores estruturais, particularmente no que diz respeito às mudanças que as decisões públicas e privadas podem provocar quando formuladas com um horizonte de tempo apropriado.³²

Bobbio afirma que o contraste entre a sociedade e o Estado, torna-se evidente pelas diferenças entre a quantidade e qualidade das demandas sociais e a capacidade das instituições públicas de dar respostas adequadas e tempestivas:

Nas sociedades atuais com suas relações complexas é notório os conflitos entre a sociedade civil e o Estado, quando este não consegue equacionar o atendimento das necessidades demandadas pela coletividade, surgindo as crises e conflitos de governabilidade, conseqüentemente no aspecto político, gera a crise de legitimidade do representante estatal (governo), como autoridade da qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas a serem cumpridas pela

³⁰ “Instituições são padrões regularizados de interação que são conhecidos, praticados e aceitos regularmente (embora não necessariamente aprovados normativamente) por agentes sociais dados, que, em virtude dessas características, esperam continuar interagindo sob as regras e normas incorporadas (formal ou informalmente) nesses padrões. Nesse sentido, há um sub-conjunto de instituições, sendo as instituições democráticas uma delas, e que possui uma definição evasiva, quando entendidas como instituições políticas em sentido amplo, pois essas instituições podem ser ou não politizadas em vários tipos e estágios de democratização.[...] Outros níveis indispensáveis para o funcionamento da democracia nas sociedades contemporâneas — os que se relacionam à formação e representação de identidades e interesses coletivos — podem ou não ser institucionalizados, ou podem funcionar só para uma parcela limitada dos setores potencialmente relevantes”. O’DONNELL, Guillermo. Op. cit. p. 26-28.

³¹ Segundo Robert A. Dahl nenhum grande sistema no mundo real é plenamente democratizado, mas encontram-se em sistemas de poliarquias, ou seja, regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos (participativos) e amplamente abertos à contestação pública. DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Loc. cit. p. 31

³² O’DONNELL, Guillermo. Op. cit. p. 29-30

coletividade.³³

De outra forma, o emprego de padrões institucionalizados cuja pretensão seja dificultar qualquer exposição dos anseios globais, acarreta sobremaneira em custos pesados à sociedade, pela exclusão da manifestação dos indivíduos, e no uso de mecanismos governamentais, como forma de uma política estruturada no dilema do prisioneiro³⁴, quando se pratica a captação individual das demandas e anseios sociais, sem expor a vontade dos outros indivíduos, formalizando, assim, um dilema social.

Evidentemente que o sistema jurídico, social e o sistema econômico são distintos, porém, conforme Niklas Luhmann, a ausência ou ineficiência de um projeto social e ético entre os sistemas³⁵, torna-se um obstáculo diante do crescimento econômico. Seja no aspecto quantitativo, que fragmenta o próprio desenvolvimento econômico, seja sob o aspecto qualitativo, gerando desigualdades substanciais no mundo, como acontece no Brasil.

Em complemento, Roberto Mangabeira Unger discorre que, a busca de uma democracia efetiva deve coincidir com o encontro de condições do progresso e a emancipação do indivíduo.

O progresso prático ou material inclui o crescimento econômico e a inovação tecnológica ou médica, com apoio da descoberta científica. [...] É a capacitação da humanidade para agir sobre o mundo. A emancipação do indivíduo se refere à libertação dos indivíduos da prisão de arraigados papéis sociais, divisões hierárquias, principalmente quando esse aparato social extrai forças de vantagens herdadas, moldando as oportunidades de vida dos indivíduos.³⁶

Dessa maneira, não basta uma sociedade possuir formalmente em sua Carta

³³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Loc. cit. p. 36-37

³⁴ O dilema do prisioneiro desenvolvido por Merrill Flood e Melvin Dresher (1950), trata-se de um jogo de estratégia dominante, representado nas ações de cooperar e trair, nas quais cada prisioneiro esboça sua escolha sem saber a decisão do outro, pois não podem combinar suas ações, e como problema principal é a escolha individual, pois não é a melhor para ambos. O mesmo problema é atribuído ao Dilema Social, cujo interesse individual e análise estritamente matemática e racional induz a resultados piores do que outras opções sob o aspecto coletivo. EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos Avançados, [s.l.], v. 9, n. 23, p.149-163, abr. 1995. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40141995000100010>. Acesso em 10.jan.2017.

³⁵ Entende que a observação e o conhecimento são construções pela ótica de quem observa e que são baseadas em distinções entre sistema e ambiente. Nesse sentido um sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de auto reprodução de seus elementos, pois considerando que a sociedade é um grande sistema social que compreende em seu interior todas as formas de comunicação, sendo que as relações interpessoais dos indivíduos correspondem ao ambiente necessário e indispensável da sociedade. (CAMPILONGO. Loc. cit. p. 65-66)

³⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: A alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999. p. 13

Constitucional direitos de defesa, direitos de proteção ou mesmo estabelecer direitos sociais, é necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação na vida social e política, por meio de canais legítimos, para que tais direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares, na construção de uma sociedade mais justa.

Bobbio pronuncia, em complemento, a necessidade do envolvimento social (esfera pública) na fundamentação dos direitos pelo Estado (poder político), ou seja,

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.³⁷

Muito embora os direitos constituídos, em especial os direitos sociais no Brasil, objetivam atender a todos de modo geral, no plano prático da vida social, esses direitos devem ser reais e que possam atender validamente as necessidades da coletividade, pois se tais direitos não concretizarem os legítimos anseios e interesses sociais serão apenas um fetiche jurídico, ora pela falta de efetividade, ora pela precariedade na execução de atividades positivas do Estado.

O Estado de Direito preconizado por Rousseau, sob o ideal de Justiça Social³⁸, deve irradiar seus efeitos sobre todos os seus componentes sociais constitutivos e também na ordem jurídica, provocando a transformação do 'estado social' na própria sociedade como um todo, instituindo instrumentos efetivos à participação democrática do cidadão na ordem política, social e econômica, a fim de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.12

³⁸ Justiça Social é, ainda, um conceito em construção desde o Discurso das desigualdades de JJ. Rousseau, que lançava uma preocupação social a partir da ideia de igualdade por meio de critério distributivo do próprio trabalho e mérito, considerado pelo direito ao produto da terra pelo homem trabalhada, através da posse contínua, que ela se transformaria em propriedade e, propriamente, em liberdade para todos os homens. Assim, a Justiça Social é continuamente franqueada à busca de equidade social e igualdade de oportunidades às pessoas, sob diversos aspectos (político, econômico, cultural, social e ambiental). ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, s/d. passim.

2.2 OS FUNDAMENTOS DOS INTERESSES PRIVADOS, PÚBLICOS E COLETIVOS EM FACE DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO.

A evolução das formas de Estado descritas pela história contempla vários elementos, que podem distingui-los ou diferenciá-los pela referência entre as relações da organização política com a sociedade, e a tipologia histórica se apresenta nas formas como: Estado feudal, Estado estamental, Estado absoluto e Estado representativo.³⁹

Hegel apud Bobbio concebe o Estado moderno com a tarefa de prover o bem estar dos seus súditos, sem estar ele acima dos interesses da unidade social. É uma concepção mais pura da verdadeira finalidade da instituição do Estado, cujo fim supremo para com os indivíduos de protegê-los e representá-los perante outros Estados.⁴⁰

As teorias positivistas do Estado de Direito, sob os critérios de valores predominantes na sociedade e de suas razões da eficácia, derivam a legitimidade do poder através das Leis (ordenamento jurídico), elaboradas por autoridades delegadas para este fim, sendo estas leis o mecanismo delimitador do poder e do exercício das funções do Estado.

O constitucionalismo moderno, conforme ensinamento de J.J. Gomes Canotilho, enquanto teoria ou ideologia tem como base o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos de uma comunidade, em dimensão estruturante de sua organização político-social, sendo que o constitucionalismo, a partir do século XVIII, transporta um juízo de valor, designando um movimento para a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, diferentemente do modelo da Idade Média, chamado constitucionalismo antigo, alicerçado nos direitos estamentais, em face de uma sociedade estruturada em privilégios desiguais para as diferentes classes sociais.⁴¹

Ressalta-se que os interesses públicos e privados, na atualidade, devem ser considerados com reservas, pois o interesse público contemporâneo visa alcançar não só um interesse do Estado, mas os interesses sociais, tidos como interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, ou seja, aqueles interesses voltados à sociedade como um todo; e os interesses privados estão relacionados aos interesses de direitos

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6.ed. rev. versão E-book. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Loc. Cit. 36-47

⁴¹ GOMES CANOTILHO. José Joaquim. **Direito Constitucional**. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003, p.51-52.

disponíveis dos indivíduos.

Chevallier apud Mancuso discorre que as fronteiras do que se entendia nas diferenças entre público e privado, desde o Direito Romano, com o tempo foram se tornando mais fluidas, surgindo uma modalidade de interesses, tidos como coletivos⁴², aglutinados nos grupos de indivíduos, ou seja, os interesses coletivos terminaram por se “encaixar” entre aquelas duas balizas.⁴³

Os interesses públicos, sob a ótica dos interesses sociais, são esclarecidos por Renato Alessi apud Hugo Mazzilli, com a seguinte distinção: a) interesse público primário o qual consiste no bem geral, sendo um interesse social, que atinge o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, e b) interesse público secundário, aquele relacionado ao modo pelo qual os órgãos da administração vêm o interesse público.⁴⁴

Renato Alessi expõe ainda que, entre esses interesses públicos, há divergências e conflitos constantes, sendo o primário voltado às estratégias de governo, enquanto o secundário relacionado às políticas públicas, num plano tático e operacional, causando muitas vezes a fragmentação do serviço público entre o ideal e a execução.⁴⁵

No que tange a esfera política (Estado) e da ordem jurídica em face da força normativa da Constituição, só se pode ser concebida a partir da incumbência e da função da Constituição numa dada realidade histórico-concreta da vida, que na percepção de Hesse são levadas à seguinte ordem:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. A Constituição define os princípios norteadores sob os quais se devem formar a unidade política e se devem constituir em tarefas do Estado. Ele contém os procedimentos para a resolução de conflitos em dentro da Comunidade. Regula a organização e processo de formação de unidade política e ação estatal. (tradução nossa)⁴⁶

Fachin esclarece que as normas constitucionais podem ser regras ou

⁴² Lenza apud Almeida informa que: “uma segunda concepção, intitulada pela doutrina de “dicotomia mitigada”, sustenta o critério dicotômico de classificação, interesse público e interesse privado, inserindo, todavia, os interesses difusos dentro dos interesses públicos”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.377

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.46

⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47

⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ibidem*. p. 47-48

⁴⁶ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (selección)**. Espanha: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.16

princípios, pois são duas espécies de normas como dispositivos constitucionais com força normativa, entretanto há aquelas com maior força e intensidade, e outras com menor grau de normatividade.⁴⁷

Para tanto, Hesse ensina que a norma constitucional não tem existência autônoma fora da realidade, só tendo eficácia no mundo concreto dos indivíduos, ou seja, a partir do condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, considerados numa só relação.

O autor esclarece que não se pode considerar o isolamento entre norma e realidade, pois a norma deve retratar a realidade da vida social, para que ela possa determinar os limites, as possibilidades e a eficácia de atuação da Constituição.

Entretanto, caso haja o isolamento entre a norma e a realidade, subsistirá exclusivamente a força determinante das relações fáticas⁴⁸ de Lassalle⁴⁹, que considerava a Constituição apenas “um pedaço de papel”.⁵⁰

As normas constitucionais não podem ser consideradas isoladas, sequer interpretadas de forma fragmentada, pois a sua força normativa é irradiada por seus preceitos e princípios, que explícitos ou implícitos, são transversais em toda a Carta Constitucional.

A concepção de Hesse de que a Constituição tem seu âmbito de atuação próprio, e que sua pretensão de eficácia volta-se para a realidade do Estado, desta forma, falham as constituições construídas sobre o aspecto teórico desprovido de realidade, embasado numa sociedade abstrata, devendo estar alicerçada na realidade temporal.

⁴⁷ FACHIN, Zulmar. Op. cit. p.134-135

⁴⁸ Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa que: “[...] a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional, e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.[...] não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.p.10-11)

⁴⁹ Lassalle faz alguns questionamentos sobre a relação existente no que vulgarmente chamamos Constituição, e se há referência com a Constituição jurídica. Assim, o autor informa que não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si, pois juntando esses fatores reais do poder, e sendo escritos numa folha de papel, eles adquirem expressão escrita, e a partir desse momento, passam a ser não mais simples fatores reais do poder num papel, mas, sim, verdadeiro direito – instituições jurídicas, Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e, por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-se dessa maneira em fatores jurídicos. (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Aurélio Wander Bastos (organização). 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p.26)

⁵⁰ HESSE, Konrad. Loc. cit. p.13-14

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em forma ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. [...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (wille zur macht), mas também a vontade de Constituição (wille zur versassung).⁵¹ (tradução nossa)

A Constituição brasileira é um documento normativo que estabelece rigidez de procedimento para sua alteração, como também, possui posição de supremacia sobre todas as normas do ordenamento jurídico, supremacia esta substancial e formal, ou seja, na lição de Kelsen sobre o escalonamento da ordem jurídica a Constituição é norma fundamental⁵². Nesse sentido Rothenburg apud Maria Garcia ensina que:

Deve-se sempre procurar extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma maximização ou otimização, não apenas em termos teóricos – que devem ultrapassar a linguagem genérica e adotar disposições específicas -, mas igualmente de repercussão prática, assim que se busque uma real implementação dos direitos fundamentais (efetividades dos direitos fundamentais), a despeito das vicissitudes – como a ausência de regulamentação suficiente ou não-inclusão entre as prioridades políticas de governo.⁵³

Assim, os direitos fundamentais inscritos na Constituição brasileira, a um só tempo, são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Vale ser ressaltado que os direitos fundamentais outorgam, como direitos subjetivos aos seus titulares, a possibilidade de impor os seus interesses aos órgãos públicos (governamentais) como uma obrigação positiva. Enquanto, na acepção como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, correspondem os direitos fundamentais, primariamente, um direito subjetivo, assim como os concebidos como garantias individuais, que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático, numa obrigação negativa do Estado.⁵⁴

⁵¹ HESSE, Konrad. Loc. cit. p.19

⁵² FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.143-144

⁵³ GARCIA, Maria (Org.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n.30. Ano 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2000. p.157

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2014. p.631

Os direitos sociais, em sentido estrito, possuem tónus de direitos fundamentais, pois são considerados direitos compreendidos nas prestações materiais do Estado numa acepção social, cujo propósito precípua é atenuar, de fato, as desigualdades na sociedade, e com objetivo de atender o maior número de indivíduos por meio de uma utilidade concreta de um bem ou serviço.⁵⁵

Assim, os direitos sociais (saúde, educação, etc.), são aqueles direitos dos indivíduos à prestação positiva do Estado, sendo que Robert Alexy reforça que os direitos expressos nas Constituições e os direitos às prestações atribuídos por meio de interpretação são diferentes, quando relacionados ao conteúdo, estrutura e problemas, da seguinte maneira:

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantem direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes – neste último sentido seriam enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.⁵⁶

Os direitos fundamentais possuem características de funcionalidade múltipla, ora no meio social ora na ordem jurídica, de forma que não cabe ambigüidade em sua estruturação, mas propicia algumas classificações que contribuem à compreensão do conteúdo e eficácia dos vários direitos.⁵⁷

Nesse sentido, o conjunto constitucional de direitos fundamentais e suas implicações nos direitos sociais, para que exerçam suas funções constitucionais, torna-se necessário que haja eficácia⁵⁸ na capacidade de atingir tanto os ditames jurídicos, como produzir os efeitos objetivados pelo legislador constituinte.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Loc. cit. p.161

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 500-501

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p.156

⁵⁸ Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia é aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo Malheiros, 2003. p.60 e 66)

Mendes e Branco esclarecem que o constituinte reconheceu os direitos fundamentais como elementos integrantes de identidade e da continuidade da Constituição, de maneira ser ilegítimo qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los, conforme o §4.º, art.60 da Constituição de 1988, discorrem que:

A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.⁵⁹

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagra as garantias e direitos individuais, e os remetem como deveres do Estado quanto aos direitos coletivos e sociais, previstos na Ordem Social tais como: saúde (art. 196), educação (art. 205), proteção do meio ambiente (art. 225), dentre outros, bem como a responsabilidade pela não efetividade desses direitos.

Mendes e Branco afirmam que a Constituição brasileira prevê de forma expressa no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), ao estabelecer os direitos fundamentais e os direitos sociais, não faz distinção para que tenham aplicação imediata e, por reflexo, aos direitos previstos no artigo 6.º, especificados no Título da Ordem Social nos artigos 196(saúde), 201(previdência social), 203(assistência social), 205(educação), 215(cultura), etc.⁶⁰

Os direitos fundamentais sociais possuem por força da Constituição aplicação imediata (artigo 5.º, §1.º), e conforme ensinamento de José Afonso da Silva:

Uma constituição é um conjunto sistemático e orgânico de normas. Em regra apresenta-se como um todo unitário, uma codificação de normas, organizadas coerentemente, que o poder constituinte julgou fundamentais para a coletividade estatal. [...] As normas que compõem o elemento orgânico são, geralmente, de eficácia plena e aplicabilidade imediata [...] disposições de natureza organizativa da estrutura do Estado, dos Poderes Públicos e de suas relações entre si, e com governos, através da definição de competências e respectivas funções, bem se compreende que tais disposições contenham normas que regulem e disciplinem, com precisão a forma de Estado, a forma de governo, a fonte dos Poderes, a divisão destes entre os órgãos governamentais (divisão funcional) e entre entidades territoriais

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p.631

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Loc. cit. p.640

(divisão vertical).⁶¹

No entanto, o autor esclarece que os direitos sociais como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, conforme o elencados no art. 6.º da Constituição Federal, possuem natureza de eficácia limitada.

O Estado, dessa forma, deve ampliar sua atividade e intervenção na vida econômico-social, em face aos direitos econômicos e sociais, contemplados num conjunto de disposições na Constituição de 1988, na qual estão definidos fins, esquemas ou simples programa de ação futura a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário, pois os direitos sociais são constituídos por normas constitucionais sócio-ideológicas cujo objetivo é realizar a justiça social(fim), segundo Silva, prosperam acentuada tendência de serem todas ou quase todas de natureza programática(meio).⁶²

Assim, normas programáticas⁶³ não regulam direta ou indiretamente determinadas situações e relações a que estão vinculadas, mas se destinam a regular o comportamento público, estabelecendo aquilo que os governantes deverão, poderão fazer ou não fazer sobre os assuntos relacionados destas normas.

O texto constitucional, por normas de eficácia plena e aplicação imediata, define as competências do Estado e de seus órgãos, para que possam, em âmbito infraconstitucional por leis e atos normativos, proclamar o que consiste o interesse de todos, tidos como interesse público, bem como a execução e atendimento à coletividade, e ao mesmo tempo coloca ao Estado a responsabilidade pela não efetividade na garantia de direitos individuais, principalmente os direitos sociais.

Atualmente a precariedade na universalização de direitos individuais e sociais conduz não só ao agravamento da situação da maioria da população que depende dos serviços públicos como saúde, educação, etc., como também ao estreitamento da legitimidade dos direitos, rumo à fragmentação das ações positivas do Estado, enquanto governo. Entretanto, Telles quanto à efetividade de direitos sociais no Brasil elucida que:

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo Malheiros, 2003. p.179 e 184

⁶² SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 136-137 e 192

⁶³ Crisafulli apud Silva distingue as normas programáticas em dois grupos:a) normas programáticas de simples escopo, que prescrevem aos órgãos estatais certo fim mais ou menos específico a alcançar, cabendo aos próprios órgãos a liberdade de adotar os meios que julgarem mais idôneos nesse sentido; b) normas programáticas que, ao prescreverem o fim a atingir, indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa. (Ibidem. p. 138)

A falência dos serviços públicos é mobilizada como prova de verdade de um discurso que opera composições simplificadoras, associando Estado, atraso e anacronismo, de um lado, e, de outros, modernidade e mercado. Esta é uma operação insidiosa que elide a questão da responsabilidade pública, e descaracteriza a própria noção de direitos, desvinculando-os do parâmetro da justiça e da igualdade, fazendo-os deslizar em um campo semântico no qual passam a ser associados a custos e ônus que obstam a potência modernizadora do mercado, ou então a privilégios corporativos que carregam anacronismos que precisam ser superados para que o país possa integrar nos circuitos globalizados da economia.⁶⁴

As políticas públicas voltadas aos interesses sociais, e as políticas governamentais, ora se conflitam ora se contradizem, no dilema dos interesses públicos primários e secundários, tratados por Renato Alessi e, segundo Faleiros, é agravado pela legislação social que se traduz em benefícios sociais em contrapartida dos custos tributários, sendo estes últimos encargos sobre produção, consumo, salários, etc., e que afetam não só os detentores da produção de riquezas, como o próprio beneficiário-cidadão.

Faleiros esclarece que as políticas sociais se entrelaçam nos processos políticos e econômicos, ora na articulação e obtenção do consentimento do povo, e da aceitação de grupos, sendo todos vinculados aos processos econômicos de manutenção da força de trabalho, e das relações de produção.⁶⁵

Entretanto, o processo político brasileiro nos últimos dez anos, com maior intensidade, atropela princípios-normas constitucionais em franco prejuízo aos anseios sociais e a própria realidade histórica, criando hiatos e insegurança jurídica com formulação de normas com essência e caráter nominativo⁶⁶ pois, ora não se efetivam ora não se realizam, deixando os direitos sociais e coletivos num limbo jurídico frustrando as expectativas dos indivíduos e da coletividade.

Mendes e Branco informam que os problemas concretos serão resolvidos sob a consideração de todas as perspectivas que envolvem a questão dos direitos sociais, sendo necessária a ponderação diante das complexas relações e conflitos entre os

⁶⁴ TELLES, Vera da Silva. **Direitos Sociais: afinal do que se trata?** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p.172

⁶⁵ FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social.** São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 32-33

⁶⁶ Na classificação ontológica das Constituições de Loewenstein são consideradas como 'nominativas', aquelas constituições nas quais não há uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo político. Há uma adaptação entre as normas e o processo político. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. p.217-218

princípios jurídicos e diretrizes políticas, que se materializam em direitos individuais e bens coletivos.⁶⁷

Não obstante, Aluísio Ruggeri Ré afirma que: “vivemos um Direito que não se realiza. Estudamos uma teoria que não se aplica. Afirmamos uma fundamentalidade que não se efetiva”⁶⁸. Sob esta afirmação repousa o alerta e o desafio de juristas e operadores do direito no Brasil que, a partir do pensamento pós-iluminista, devem objetivar a promoção e instituição de uma Constituição normativa, isto é, uma Constituição⁶⁹ com eficácia social e não como uma figura decorativa para o poder político balizar sua legitimação, mas ser efetivamente um instrumento jurídico-político que se possa afastar, assim, do antigo regime Absolutista.

2.3 AS NECESSIDADES SOCIAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA PELO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA.

A Revolução Francesa (1789) além de sua importância em destituir o absolutismo e a centralização do Poder Estatal, e de lançar um novo regime e modelo de Estado, através da participação do povo, também foi um movimento legítimo de classes insatisfeitas com a situação de insegurança jurídica perpetrada na limitação dos direitos civis (liberdades, igualdade e, principalmente, pela expropriação da propriedade, etc.),

Foi um movimento marcado pelo afunilamento do processo histórico de lutas e reformas político-sociais que ocorriam em boa parte da Europa, principiadas por outros movimentos encabeçados por grupos que não pertenciam à nobreza, mas se organizavam e se estruturavam através de negócios mercantis numa classe conhecida por burguesia, formada em sua maioria por comerciantes.

Paulo Bonavides discorre que a centralização concentrada é demonstrada quando as ordens emanadas de cima, ou seja, do centro de decisão política circulam

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.p.629

⁶⁸ RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. **O processo civil coletivo e a sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.41

⁶⁹ A Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. A Constituição define os princípios norteadores sob os quais se devem formar a unidade política e se devem constituir em tarefas do Estado. Ele contém os procedimentos para a resolução de conflitos em dentro da Comunidade. Regula a organização e processo de formação de unidade política e ação estatal. (tradução nossa). HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (selección)**. Espanha: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.16

para baixo, por meio de canais administrativos até a coletividade, tendo na atuação de agentes do poder como meros instrumentos de execução e controle com obediência estrita às ordens recebidas, para o cumprimento de tais decisões.⁷⁰

O autor evidencia que os ventos de dois movimentos históricos - a Revolução Industrial e a Revolução Francesa – provocaram mudanças significativas na esfera política com reflexos na esfera pública.

A centralização e hierarquização do Estado Unitário marcante no século XXVIII e meados do século XIX, período pelo qual o Estado ainda concentrava e centralizava o poder, e mantinha características consideradas mínimas pelas funções típicas em arrecadar impostos, diplomacia, defesa externa, etc. tendo na lei ordinária a legitimidade para fixar e modificar o regime jurídico das coletividades internas.

E, posteriormente, no século XIX e XX, o modelo liberal⁷¹ impôs uma nova estrutura e função ao Estado, conforme apontamento de Paulo Bonavides, o Estado passou a ser descentralizado em unidades federais com autonomia administrativa e política, cuja legitimidade não se vinculava à lei ordinária, mas a uma Constituição rígida, dada a dificuldade de ser modificada em comparação a uma lei ordinária, e também passou a exercer atividades administrativas intervencionistas.⁷²

Essas medidas, em essência, eram formas da sociedade capitalista se preservar, incluindo em seu modelo liberal com ações que pudessem diminuir as desigualdades socioeconômicas.

Tais mudanças moldaram o Estado burocrático moderno, voltado no atendimento das necessidades da sociedade, sendo que esta dava sinais de franca transformação e evolução, estimulada por novos movimentos econômicos, forçando, assim, o Estado a contratar funcionários diretos, para a produção de bens e execução de

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p.193

⁷¹ Segundo Bobbio, o modelo liberal permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais o direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito. Através do monopólio da força legítima — legítima porque regulada pelas leis (trata-se do estado racional legal descrito por Max Weber) —, o estado deve assegurar a livre circulação das idéias, e portanto o fim do estado confessional e de toda forma de ortodoxia, e a livre circulação dos bens, e portanto o fim da ingerência estatal na economia. Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.p. 117

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Op. cit. p.200

serviços à população.

Entretanto, a proposta do modelo Liberal não contemplava, em sua implantação, ocorrências como o êxodo rural, a migração e imigração dos indivíduos de diferentes regiões e países, culminando em demandas sociais e variáveis incontrolláveis, que ameaçaram todo o projeto do liberalismo.

As confirmações dos direitos civis e políticos alcançados, principalmente, a partir dos movimentos revolucionários, da mecanização industrial e do liberalismo, principalmente, a partir do século XVIII até o final do século XIX, provocaram um clamor da sociedade civil por direitos sociais (saúde, educação, cultura, trabalho, etc.), fazendo parte, assim, dos discursos políticos e que acabaram influenciando e modificando o cenário jurídico em diferentes estágios no mundo.

Esses novos direitos passaram a ser reconhecidos e positivados a partir da metade do século XX, impulsionados pela edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Não obstante, a evolução histórica dos direitos sociais que se deu e foi marcada por movimentos e lutas sociais em face de uma nova perspectiva econômica, instituída pelo sistema liberal (capitalista), franqueou ao indivíduo, possuidor da força de trabalho, instrumentos jurídicos e normativos⁷³ que alargaram os próprios direitos do homem, uma vez que o próprio trabalho, antes visto como uma mera força física, passou a ser considerado como uma propriedade econômica capaz de contribuir com o modelo liberal.

A partir do final da década de 70 do século XX, surgiu o movimento político para modificar o modelo intervencionista de Estado que, em essência, revestia-se numa única forma da sociedade capitalista dominante preservar-se, cujo empenho era promover a diminuição das desigualdades socioeconômicas.

Todavia, esse último ponto era tencionado para a defesa do capital contra as insurreições dos trabalhadores e opondo-se à ilusão de igualdade formal de todos perante a lei.⁷⁴

A partir da ideia de um Estado isento e até neutro as questões sociais, funcionando como um mero garantidor da livre iniciativa, de acordo com Vicente de

⁷³ Manifesto do Partido Comunista, a Encíclica Rerum Novarum, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Organização Internacional do Trabalho. (FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.345).

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2014. p.17-19

Paulo Barreto não demorou ficarem evidentes suas falhas, no sentido de que o Estado Liberal, na realidade não era neutro, mas estava a serviço de uma classe que detinha os meios de produção, e necessitavam de apoio para regular de forma igual os conflitos no meio social e, principalmente, que o governo pudesse garantir a atividade econômica e sua autonomia, bem como a liberdade individual.⁷⁵

Segundo Boaventura de Sousa Santos, entre o século XIX e XX, o discurso de emancipação social⁷⁶, passou a ser ponto central do debate quanto à constituição do contrato social e a formas inclusivas nele, encontrando na forma de Estado de direito⁷⁷, a possibilidade de traduzir um vasto programa de concessões liberais de inclusão no contrato social, sem ameaçar a estrutura basilar do sistema político-econômico vigente, alargando, assim, a cidadania política (direitos civis e políticos) e da cidadania social (Estado-providência⁷⁸, direitos sociais e econômicos), ditando um modelo político que influenciou vários países e atravessou quase todo o século XX.⁷⁹

2.3.1 O Mínimo Existencial sob a Luz da Ordem Social no Brasil.

O campo das necessidades humanas se desdobra em necessidades materiais e simbólicas, que levam às lutas pelo reconhecimento, seja institucional, público ou

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.127-128

⁷⁶ O homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se ambas, alheias a nós, no sentido de que a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de um nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia reguladora, tornou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a “humanidade” assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível. (ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332)

⁷⁷ O Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do direito – e este ficou, assim, reduzido ao direito estatal –, a tensão entre a regulação social e a emancipação social passou a ser um objeto mais da regulação jurídica. Nos termos da distinção entre emancipação social legal e ilegal – desde então, uma categoria política e jurídica essencial –, só seriam permitidos os objetivos e práticas emancipatórios sancionados pelo Estado e, por conseguinte, conforme aos interesses dos grupos sociais que lhes estivessem por assim dizer, por trás. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais: Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Portugal, n. 65, maio 2003. p.4

⁷⁸ Esse modelo perdurou até as décadas de 70/80 do século XX quando entrou em crise, evidenciando a necessidade em reformar os paradigmas da estratégia revolucionária (Liberalismo), através do ajustamento estrutural e financeiro dos Estados, tanto centrais (Estados-providência), quanto os periféricos (Estado desenvolvimentista), com cortes nas despesas sociais desses Estados, o que comprometeu as vias legais para a emancipação social. (Idem. Ibidem. p.5)

⁷⁹ Ibidem. Loc cit. p.5

individual⁸⁰, na busca constante da cidadania em exercer seus direitos e garantias fundamentais.⁸¹

Vale ressaltar que as necessidades humanas relacionadas ao mínimo social possuem registros desde a antiguidade até o sistema político e econômico liberal ou neoliberal da atualidade.

E, ao longo da história mais recente, as respostas sociais ao mínimo existencial não corresponderam a nenhum lastro de cidadania (direitos políticos e civis), pelo contrário, as prestações estatais com teor do mínimo social reforçam a pasteurização dos direitos econômicos, culturais e, principalmente, os direitos sociais, quando lhes são negados status de direitos fundamentais, criando obstáculos políticos e/ou insuficiência de meios jurídicos às garantias individuais, quando do exercício desses direitos.

No entanto, o Estado ao garantir uma prestação de subsistência⁸² ao indivíduo, seja em forma de abrigo, de alimentos ou qualquer outra prestação que permita apenas sua sobrevivência, não contribui para as condições de sua emancipação, mas perpetua o seu aprisionamento ao sistema político, deixando-o como refém do esquema de dominação num regime de servidão⁸³ aos detentores do poder político e econômico.

⁸⁰ Segundo Paul Ricouer as formas de reconhecimento na busca e efetivação da cidadania, podem ser: a) Reconhecimento individual, pelo qual procura-se garantir o vínculo entre a reflexão de si e a orientação para o outro; b) Reconhecimento público, relacionado à prática dos costumes e na vida em comunidade e, c) Reconhecimento institucional - Parte-se de uma orientação do menosprezo rumo à consideração, da injustiça rumo ao respeito. GUBERT, Paulo Gilberto. **Paul Ricouer e o problema do reconhecimento**. Sapere Aude, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p.266-283, ISSN: 2177-6342. Semestral. 2013. p.269-270.

⁸¹ GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2014, p.47

⁸² A Constituição brasileira de 1988, no campo da assistência social, ainda que formalmente atribui o direito a: “todo portador de deficiência e todo o idoso que não possui meios, pessoais ou familiares, de prover sua manutenção, receberá um salário mínimo, na condição de benefício mensal”. O conceito de desamparado ou necessitado é atribuído à condição de fragilidade física associada à econômica, responsabilizando o Estado de suprir um amparo mínimo a tais cidadãos. SPOSATI, Aldaiza de Oliveira (et al). **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. Ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.8

⁸³ Sob a ótica da Teoria Liberal de F. A. Hayek os esforços empreendidos pelos indivíduos de modo espontâneo e não dirigido pela autoridade são capazes de produzir uma complexa ordem de atividades econômicas, que contribuem para o desenvolvimento da ciência, dos negócios, da sociedade, etc., sob o efeito da liberdade e do poder sobre o próprio destino. Assim a interferência do Estado na vida das pessoas é uma maneira de subjugar o indivíduo, criando amarras e a dependência estatal, o que contraria a própria natureza do homem em sua busca de emancipação, desenvolvimento e progresso. Para o filósofo o contrário de liberalismo é totalitarismo e o contrário de democracia é autoritarismo. Dessa forma Hayek relata que: “A atitude do liberal para com a sociedade é semelhante à do jardineiro que cuida de uma planta e que, a fim de criar as condições mais favoráveis ao seu crescimento, deve conhecer tudo o que for possível a respeito da estrutura e das funções dessa planta”. HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. 6.ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p.43

Potyara Pereira esclarece que, as necessidades humanas quando atendidas através da atuação estatal representa a secular divisão da sociedade em classes, tendo na provisão do mínimo social a garantia de subsistência dos mais necessitados e desprovidos de recursos, significando uma resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema.⁸⁴

Os direitos sociais, assim, não podem ser reduzidos há meras necessidades humanas e ao mínimo social, Robert Alexy ensina que os direitos sociais (saúde, educação, cultura, etc.) são direitos do indivíduo, diante do dever de prestação positiva do Estado, pois se os indivíduos tivessem os meios necessários e suficientes, poderiam obter de outras formas e até mesmo do mercado.⁸⁵

Pereira ao analisar os novos movimentos sociais relacionados à temática da identidade e do reconhecimento, a partir da fundamentação de Axel Honneth quanto à luta dos indivíduos por reconhecimento⁸⁶, considera que, os indivíduos necessitam desenvolver suas capacidades para alcançarem a distribuição e a apropriação de bens, para que estes sejam considerados como meios úteis para a realização da liberdade individual (emancipação), desde que o indivíduo se pressuponha autônomo:

[...] entendemos por ‘autonomia’ um tipo determinado de autorrealização pessoal que nos permite estar seguros de nossas necessidades e crenças, e valorizar nossas capacidades. Estas formas de autorrespeito podem ser articuladas e concretizarem-se mediante a assistência de bens, mas não podem ser adquiridas e mantidas através deles. Pelo contrário, alcançamos a autonomia através do reconhecimento que outros nos outorgam como seres cujas necessidades, crenças e capacidades merecem ser realizadas. No entanto, isto só será possível se, ao mesmo tempo, garantimos esse reconhecimento àqueles que nos reconhecem, porque em sua conduta nós devemos reconhecê-los, como num espelho, como nosso próprio valor. Portanto, pensar na autonomia individual emergindo e florescendo, requer o reconhecimento recíproco entre os sujeitos. Não adquirimos autonomia por nossos próprios meios, mas apenas em relação a outras pessoas que estão dispostas a nos avaliar na mesma medida, pela qual devemos avaliá-las.⁸⁷ (tradução nossa)

Continuando sobre a justificação do reconhecimento de acordo com o

⁸⁴ PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.15

⁸⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.500

⁸⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34. 2003.

⁸⁷ PEREIRA, Gustavo. **Perspectivas críticas de justiça social**. Porto Alegre: Evangraf, 2013. p.17

pensamento de Honneth, Maria da Glória Ghon destaca o sentimento de injustiça no problema de não reconhecimento, e que a solução só advém com uma articulação política, uma luta, um movimento social propriamente dito. É, assim, através desse movimento social que o sentimento de injustiça passa a ter relevância política, expresso por meio da linguagem, criando-se uma gramática moral. Essa gramática determina quais são os direitos de um grupo, e no caso de um conflito não se trata de simples cálculo racional baseado na lógica custo/benefício para atingir interesses negados ou não acessíveis.⁸⁸

E ainda na esteira, a luta dos indivíduos por reconhecimento conforme a teoria de Axel Honneth, John Rawls constata que a reivindicação dos indivíduos na busca de emancipação social está voltada à apropriação de bens primários, sendo estes uma parte do que ele considera, as bases sociais do autorrespeito e autonomia, e que estão agregados à igualdade de direitos fundamentais e liberdades, consideradas como a igualdade equitativa de oportunidades.⁸⁹

Ensina J. J. Gomes Canotilho que o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social, sendo que:

Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fática’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um *princípio de justiça social*. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. (...) Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁹⁰

Em complemento, Gomes Canotilho apud Fachin esclarece que os direitos sociais guardam estreita simbiose com os direitos fundamentais, e desempenham diversas funções como de defesa ou de liberdade; da proteção perante terceiros; da não discriminação e função de prestação social. E sob o aspecto da função de prestação social informa que:

A função prestacional atribui à pessoa o direito social de obter um

⁸⁸ GOHN, Maria da Glória. Loc. cit. p. 48-49

⁸⁹ PEREIRA, Gustavo. Loc. cit. p. 17

⁹⁰ GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. 2.reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

benefício do Estado. Nesse sentido, cabe ao Estado agir de três formas distintas: a) direta (quando ele mesmo presta o serviço); b) indireta (quando ele cria as condições e o particular presta os serviços); c) mista (o particular presta os serviços, porém o Estado remunera)[...]. Em regra, esta função está relacionada aos direitos fundamentais à saúde, à educação, à moradia, ao transporte coletivo etc.⁹¹

O modelo de Estado Social, enquanto Estado distribuidor de prestações positivas, foi uma proposta que perdurou em muitos países da década de 50 até meados dos anos 80 do século XX, pelo qual buscava promover a existência digna das pessoas, reduzir as diferenças de riquezas e superar as relações de dependência. Entretanto, a proposta do Estado Social se sustentava em um discurso retórico de transferência de renda dos ricos para os mais pobres, o que não se efetivou de verdade.

No Brasil, entre 1950 até meados de 1980, a proposta de um Estado Social não foi marcante, sendo concretizado a partir da Constituição de 1988, tendo a instituição do Estado Democrático de Direito, conciliando o desenvolvimento sob os aspectos na ordem social e econômica no país.

E o mínimo existencial resguardou sua importância como política de governo no Brasil na busca da Justiça Social, tendo como base a dignidade humana (inciso III, art. 1.º da CF/88) e, na atualidade, seu significado se realiza verdadeira equidade e Justiça Social voltada à emancipação do indivíduo, no combate à dependência das políticas governamentais, fuga da prestação positiva do Estado quando assentado na teoria da reserva do possível^{92 93}.

No tocante a emancipação social à dependência de políticas governamentais que aprisionam os indivíduos, Ricardo Lobo Torres apud Sarlet discorre que há estreita ligação entre os direitos sociais em relação aos valores éticos e jurídicos relacionados à liberdade, justiça, segurança e solidariedade, com os princípios fundamentais (dignidade humana, cidadania, democracia e soberania), princípios estruturantes (Estado Liberal, Estado Social e/ou Estado Democrático de Direito) e com os princípios de legitimação

⁹¹ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.241-242.

⁹² A Teoria da reserva do possível teve sua origem na Alemanha dos anos 70, e no Brasil relaciona-se aos limites das prestações oferecidas pelo Poder Público, sob a alegação principal de falta de recursos financeiros, ou da falta da previsão orçamentária. Por essa teoria, passou-se a entender que 'a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos'. COSTA, Ilton Garcia da. SANTIN, Valter Foleto (organizadores). **Organizações Sociais. Efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. p.212

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.36

(ponderação, razoabilidade e igualdade), alçando os direitos sociais ao nível de direitos fundamentais sociais.

O autor afirma, ainda que, o mínimo existencial não se confunde com os direitos fundamentais, pois estes possuem uma dimensão máxima de validade e eficácia, enquanto a prestação estatal do mínimo existencial possui interesses fundamentais de direitos sociais.⁹⁴

No entanto, Torres revela, ainda, a preocupação de que no Brasil há um exagero na defesa da igualdade material, sob o foco de interesses relacionados ao mínimo existencial, sob a pretensa aparência de direitos fundamentais sociais, o que tem levado à tese da eficácia da justiça social e dos direitos sociais independentemente da concessão legislativa, porém promovida por via judicial⁹⁵.

Tal dilema político-judicial representa um descompasso e um risco à própria efetivação dos direitos fundamentais sociais pela via de condensação como mínimo existencial.

Os limites das prestações de serviços públicos oferecidas pelo Estado brasileiro, frequentemente, encontra abrigo na teoria da reserva do possível, sob a alegação de falta de recursos financeiros, ou da falta da previsão no orçamento público, ou seja, os direitos sociais fundamentais são dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos, e que estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, seja no empenho de despesas de custeio e/ou de transferências de recursos públicos.

Entretanto, tal justificativa obsta a efetividade dos direitos sociais em prestações materiais pelo Estado, ora pela burocracia administrativa, ora por falta de critérios na gestão pública, o que acarreta em frustrações em suprimir as necessidades dos indivíduos mais necessitados, e em ações para diminuir as desigualdades sociais, aumentando assim, a busca da efetividade de direitos por meio de decisões judiciais, conforme a preocupação acima de Ricardo Lobo Torres.

O Brasil e outros países estão num período de transição nos últimos trinta

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.2

⁹⁵ “[...] os direitos fundamentais não podem ser considerado prontos, reclamando a atuação do legislador ordinário tanto para definir contornos do direito em questão quanto para disciplinar a forma de exercício dos direitos em questão, assegurando aos membros do corpo social o gozo e o exercício deles. Nunca se deve perder de vista que grande parte das críticas ao ativismo judicial e da realização subjetiva do direito fundamental, por exemplo, está justamente assentada nessa premissa, tendo Peces-Barba afirmado que os direitos sociais somente com a intervenção institucional do legislador poderiam ser judicialmente protegidos. SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. Edição eletrônica (e-Book). São Paulo : Saraiva, 2013.

anos, caracterizado pelo enfrentamento de tensões entre a regulação social e a emancipação social⁹⁶, ora com uma proposta política moderna, ora porque entra em rota de colisão com a agenda conservadora, provocando situações de extrema exposição dos latentes problemas sem soluções, os quais resultam em evidentes desigualdades e exclusões.⁹⁷

2.3.2 Os Direitos Sociais Fundamentais como Proteção às Desigualdades Econômicas.

Os direitos sociais, segundo Claudio Lembo, surgiram das aspirações socialistas do século XIX, pois as pessoas, diante dos direitos de liberdade meramente formal, sem uma efetiva concretização, necessitavam de requisitos mínimos para sobreviver, a fim de buscarem a efetividade de sua emancipação.⁹⁸

Os direitos sociais e coletivos surgiram a partir da década de 50, no chamado pós-guerra, como incremento de uma sociedade nacional e internacional em franca mutação, a ponto de que, a partir do final de década de 70 do século XX, diante da evolução da sociedade, antes vista apenas sob o aspecto social, passou a ser uma sociedade de massa, também sob o aspecto econômico.

A evolução social ocorreu dada as relações jurídicas individuais terem se tornado mais complexas, e o próprio Direito não pode mais permanecer num ambiente fora da realidade, mas aos poucos passou a fazer parte dessa nova realidade e figurar como parte no cenário dos conflitos sociais.

Alúcio I. M. Ruggeri Ré discorre que no século XX as transformações sociais não provocaram a valorização apenas da solidariedade e do coletivismo, e o sentimento de emancipação do indivíduo pela afirmação do valor da dignidade da pessoa humana.⁹⁹

As demandas sociais ao longo do século XX passaram por transformações,

⁹⁶ A trajetória histórica de luta pela conquista dos direitos sempre foi pautada por uma plataforma emancipatória. Os direitos sociais foram incorporados à gramática dos direitos após crescentes reivindicações da classe trabalhadora que, em um cenário de miséria, condições desumanas de trabalho e total exclusão da vida social e política, buscava o amparo estatal para as necessidades relacionadas às condições de trabalho, à educação, à saúde e à moradia, que tinham como fundamento central a proteção da dignidade humana. GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012

⁹⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais: Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Portugal, n. 65, maio 2003. p.6

⁹⁸ LEMBO, Claudio. **A Pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007. p. 16

⁹⁹ RUGGERI RÉ, Alúcio Iunes Monti. **O processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.26

principalmente a partir da década de 50, quando novos direitos foram introduzidos na ordem jurídico-constitucional das sociedades modernas, como direitos sociais, econômicos e políticos, aumentando assim a responsabilidade do Estado, enquanto esfera pública e esfera política, em garantir a efetividade desses direitos frente às novas demandas da sociedade civil em particular, com a seguinte justificativa:

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state*¹⁰⁰ têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.¹⁰¹

O Estado de Direito, ao longo dos últimos 50 anos, sofreu mudanças na sua formação pelo modelo liberal, quando apenas visava atender as carências e necessidades dos indivíduos (cidadãos), passando a visar e assegurar o Bem Comum no atendimento de interesses coletivos, sob a égide do governo democrático enquanto Estado. No tocante as modificações sociais ao longo dos últimos 50 anos, Unger retrata que:

Os benefícios da prosperidade e da liberdade se conflitam numa nova perspectiva de experiência democrática, tendo em vista os modelos liberais desde o século XIX, que não mais se justificam com o progresso prático e a emancipação do indivíduo.¹⁰²

José Carlos Vieira de Andrade apud Almeida, ao discorrer sobre os direitos fundamentais, informa que eles aparecem como liberdade diante da necessidade de se assegurar a autonomia dos indivíduos em relação ao Estado, e acrescenta sob o aspecto subjetivo tem ocorrido uma mudança de titularidade de uma visão meramente

¹⁰⁰ Segundo Offe, *welfare state* é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências. Claus Offe esclarece que os Estados Capitalistas adotaram a substituição do *laissez-faire* (Estado Liberal) dos séculos XVIII e XIX, pelo *welfare state* (Estado Social) no século XX, e que não passou de outro modelo para manter o poder econômico do capital sobre as atividades sociais e políticas do Estado. OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.374

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.10-11

¹⁰² UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada. A alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial. 1999. p. 13

individualista, para direitos coletivos, que diz respeito aos direitos das massas, direitos transindividuais, cuja titularidade refere-se à coletividade de indivíduos.¹⁰³

E assim, os direitos fundamentais sociais, sob o aspecto de direitos transindividuais (individuais homogêneos, difusos e coletivos), Marinoni esclarece que os direitos fundamentais deixaram de ser tidos como direitos de defesa, direitos de liberdade, e começaram a ser considerados como direitos a prestações sociais, direitos a proteção, pelos quais obrigam o Estado a proteger os direitos fundamentais, proporcionando o direito e participação cidadã no poder, através de canais legítimos.¹⁰⁴

Carvalho discorre que a participação cidadã nos movimentos sociais reivindica concretizar princípios da Ordem Econômica e Social, a partir dos fundamentos do artigo 1.º e dos objetivos fundamentais do artigo 3.º, da Constituição de 1988, e não apenas efetivar os direitos sociais no Brasil, dada as dificuldades de acesso aos bens materiais, capazes de promoverem o desenvolvimento dos indivíduos.

Assim, Carvalho sinaliza que a Constituição fixou em um salário mínimo para as aposentadorias e pensões; pensão de um salário mínimo a todos os deficientes físicos e a todos os maiores de 65 anos, independentemente de terem contribuído para a previdência social; introduziu ainda a licença-paternidade por ocasião do nascimento dos filhos, mas:

[...] as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes desigualdades, para não mencionar o período colonial. [...] A desigualdade é sobretudo de natureza regional e racial. [...] A escandalosa desigualdade que concentra nas mãos de poucos a riqueza nacional tem como conseqüência níveis dolorosos de pobreza e miséria.¹⁰⁵

Carvalho assegura assim que, a igualdade material é, com efeito, um dos fundamentos centrais dos direitos sociais, na medida em que o Estado liberal-burguês demonstrou que a liberdade era uma ficção sem condições materiais para tanto. Deixou evidente que sem acesso a bens básicos (condições equitativas de trabalho, seguridade social, saúde, educação), o indivíduo não é capaz de desenvolver-se plenamente como pessoa e de participar da vida política, cultural e social de seu país.

¹⁰³ Almeida, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p.297-299.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme (et al). **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3 vol. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 47

¹⁰⁵ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 126-128

O direito na atualidade encontra-se mais difuso, tendo como desafio reinventar-se, sendo que o sistema jurídico enquanto entidade social precisa funcionar de maneira autônoma, pois quando entendido como direito estatal, desempenha de um lado um papel mínimo na gestão das tensões entre regulação e emancipação, baseado na mecânica do mercado, e de outro lado, enquanto atuação do poder judiciário se manifesta como um mecanismo para garantir um quadro jurídico minimalista de direitos sociais no Estado de direito.¹⁰⁶

Vale ressaltar que o constituinte brasileiro da Constituição de 1988 inscreveu os valores supremos do Estado democrático de direito, desde o Preâmbulo da Constituição Federal, elevando os direitos sociais como categoria jurídica essencial ao regime político instituído.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, prevê direitos civis e políticos, bem como os direitos sociais sob aspecto de mesma categoria hierárquica institucionalizando, assim, uma simbiose entre a Ordem Econômica (fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social) e a Ordem Social (tendo como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais).¹⁰⁷

Os direitos sociais inscritos na Constituição Federal de 1988 alteraram o princípio da autonomia da vontade, chancelando proteção legal aos indivíduos considerados economicamente mais fracos, não só nas obrigações laborais, como na efetivação de direitos no consumo, na proteção ambiental, etc., em caráter de direitos coletivos, e outros outrora não alcançados por muitos brasileiros relacionados à educação, saúde, etc., significando avanços ímpares no desenvolvimento dos cidadãos e da sociedade.

A educação é um direito fundamental garantido a todas as pessoas (art. 205). [...]A constituição estabelece que a saúde é um direito de todos. Trata-se de um direito fundamental que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). [...]As discriminações que tenham o objetivo de suprimir direitos das pessoas não deve ser admitidas, à luz da Constituição Federal. Elas têm um sentido negativo. Devem-se admitir, no entanto,

¹⁰⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais: Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Portugal, n. 65, maio 2003.. p.7-8

¹⁰⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.108

discriminações positivas, ou seja, tratamentos diferenciados que permitem às pessoas usufruírem direitos. Tais discriminações ensejam a realização do princípio da igualdade material.¹⁰⁸

Vale ser destacado que a Constituição ao referenciar os direitos sociais como: a) cultura (art. 215); b) desporto e lazer (art. 217); c) ciência e tecnologia (art. 218) e, d) meio ambiente (art. 225), trata como deveres do Estado e também da Sociedade, ou seja, o Poder Público tem o dever de prestar serviços, com a corresponsabilidade da sociedade no atendimento destas demandas sociais.

Entretanto, quando a Constituição se refere aos direitos sociais como: a) saúde (art. 199, caput) e b) educação (CF, art. 209, caput), afirma ser dever do Estado, e as atividades correlacionadas são livres à iniciativa privada, ou seja, é uma atribuição do Poder Público promover os serviços necessários e garantir o atendimento destes direitos, seja por atividade direta ou indireta, e por colaboração de terceiros de direito privado.

O aparato estatal voltado a garantir a promoção e o desenvolvimento social, deve buscar viabilizar a coexistência com os projetos de desenvolvimento produtivo, tendo em vista que a Carta Constitucional em seu artigo 193 expressa que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

O primado do trabalho como a base da ordem social mantém uma estreita relação com o caput do artigo 170, inscrito na Ordem Econômica sob a seguinte descrição: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social[...]”.

Pedro Lenza apud José Afonso da Silva ensina que os objetivos da Ordem Econômica e da Ordem Social na Constituição brasileira, sob os aspectos econômicos, do bem-estar e da justiça social, significam que devem propiciar a geração e produção de riqueza, para que esta possa ser distribuída equanimente, e que possa gerar trabalho e melhores condições de vida (material, intelectual, etc.) adequadas ao trabalhador e ao detentor dos meios de produção e de suas famílias.¹⁰⁹

Nessa linha Stein apud Robert Alexy discorre que: “A liberdade só é real quando possui as mesmas condições, os bens materiais e espirituais, como pressuposto à

¹⁰⁸ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.279-281.

¹⁰⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1165

autodeterminação”, sendo papel do Estado facilitar e criar mecanismos para que o processo econômico e seu desenvolvimento sirvam à construção da autodeterminação e autonomia dos indivíduos no exercício de seus direitos e cidadania plena.¹¹⁰

José Gladston Correia ao discorrer sobre a eficácia e ineficácia da norma jurídica, sob a concepção kelseniana, constata a combinação entre dependência e independência do direito em relação à existência e validade da norma.

O autor esclarece, ainda, que as normas podem permanecer com um mínimo de aplicação durante anos, e mesmo assim continuam válidas, mesmo sem ampla eficácia, pois a validade não acarreta eficácia, e a mera posituação de uma norma não traz em si o sinônimo de aplicação ou cumprimento, sendo necessários outros pressupostos como o conhecimento da norma, a disponibilidade de força física para imposição coativa de sanções e a existência de tribunais acessíveis ao público, que representam fatores externos para que a norma seja eficaz.¹¹¹

A Constituição Federal de 1988 possui normatividade à proteção social transversal aos indivíduos sob as mais diversas situações geradoras de necessidades, e em sua supremacia legal visa dar efetividade aos fundamentos do Estado brasileiro.

E dentre os fundamentos do Estado brasileiro encontra-se, em especial, o da dignidade da pessoa humana, bem como, concretizar seus objetivos previstos no artigo 3.º, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, como demonstrado no quadro abaixo:

Tabela 1 – Interrelação de normas e preceitos constitucionais com a Ordem Econômica e Social.

<p><u>Título I - DOS PRINCÍPIO FUNDAMENTAIS</u></p>	<p><u>Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</u></p>
<p>- Estado Democrático de Direito (art. 1.º): Inciso II – cidadania Inciso III – da dignidade da pessoa humana (relacionam-se com os arts. 170 e 203) Inciso IV – os valores sociais do trabalho e livre iniciativa (relação com incisos IV e VIII e parágrafo único do art. 170 e art. 193)</p>	<p><u>Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (ART. 5.o):</u></p> <p>- Inciso XVIII – a criação de associação e de cooperativas - Inciso XXI – legitimidade das associações para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (relacionam-se com os §§1.º</p>

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Título original: *Theorie der Grvndrechte*. Suhrkamp-Verlag.1986. Versão em espanhol: Ernesto Garzón Valdés Revisão: Ruth Zimmerling. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. p.487

¹¹¹ CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. Edição eletrônica (e-Book). São Paulo: Saraiva, 2014.

<p>- Objetivos Fundamentais (art. 3.º): Inciso I - construir uma sociedade livre, justa e solidária Inciso II – garantir o desenvolvimento nacional (relacionam-se com o inciso I - art. 170, art. 193 e art. 225) Inciso III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (relação com inciso VII - art. 170)</p>	<p>ao 4.º - art. 174) - Inciso XXII – direito de propriedade (relação com inciso II - art. 170) - Inciso XXIII – função social da propriedade (relação com inciso III - arts. 170, 182 e 186) - Inciso XXIV – procedimento para desapropriação (relação com os §§ 2.º ao 4.º art. 182 e 184) - Inciso XXV – uso da propriedade particular pela autoridade - Inciso XXVI – propriedade rural familiar - Inciso XXVII – propriedade imaterial (relacionam-se com os arts. 185 e 187)</p>
--	--

Fonte: Própria (2017)

Há, na verdade, uma suspensão destes direitos no plano prático, e que sequer credenciam os indivíduos a alcançarem as condições de igualdade de oportunidades, como se torna um obstáculo ao pleno desenvolvimento da sociedade, segundo Lígia Leindecker Futterlein:

Embora reconhecendo o trabalho como direito social¹¹², a Constituição Federal não possui dispositivo claro que o confira expressamente. Todavia, do conjunto das normas constitucionais relativas ao tema, pode-se alcançar essa interpretação[...] como princípio fundamental do Estado brasileiro, o valor social do trabalho, inclusive com referência ao fato de a ordem econômica se fundar em sua valorização (art. 170) e de a ordem social ter por base o primado do trabalho (art. 193).¹¹³

Os direitos sociais fundamentais no Brasil, enquanto expressões democráticas, como educação, saúde, cultura, etc., somados aos direitos econômicos (equidade de oportunidades de trabalho e negócios), não cumprem seus papéis de emancipadores da sociedade dada baixa efetividade no plano prático, pois tais direitos estão declarados no texto constitucional, mas há uma precária concretização que, em consequência, tornam o texto legal em letra morta, ou um mero “pedaço de papel” descrito por Lassale.

Entretanto, o modelo estrutural e político de Estado tem passado por mudanças ao longo dos tempos, e por conta disto, temas que envolvem as políticas

¹¹² A finalidade precípua dos direitos sociais é a de assegurar, como se vê, a existência das condições materiais essenciais para o exercício do direito à liberdade individual, a consolidação da democracia, por meio da garantia não apenas da igualdade formal, mas, sobretudo, da igualdade material, entendida esta como igualdade de oportunidades. GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹³ FUTTERLEIN, Lígia Leindecker. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: InterSaberes, 2012. p.165

públicas recebem maior destaque e relevância na atualidade, rompendo antigas formas de atuação da Administração Pública com excesso de burocrática e excludente e, de certa forma, provoca o Estado a se reinventar diante de demandas cada vez mais intensas.

Ultimamente, esclarece Ferreira, tais demandas passaram a ser estruturadas através de articulações e uma maior organização de grupos de indivíduos, seja em Associações privadas sem fins lucrativos ou por movimentos sociais, que reclamam maior participação nas decisões governamentais, exigindo a adoção de medidas coerentes e sistêmicas, para atingir objetivos como a melhoria da qualidade de vida das pessoas, proteção ambiental, etc. num processo que extrapola a forma de democracia representativa em rumo à cogestão das atividades e execução de serviços públicos.¹¹⁴

2.3.3 O Exercício da Cidadania como Plataforma de Efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais.

Merece relevância e destaque que, um cidadão, sob o regime democrático de governo, ao eleger seu representante, não lhe transmite os poderes que tem originariamente, apenas e tão-somente delega o exercício de uma função, ou seja, designa o interesse público e o direito estatal por meio do dever de expressar a soberania do Estado em forma de lei.

Os direitos civis e políticos são considerados, por parte da doutrina, como direitos fundamentais de primeira geração que impõem a abstenção da ação do Estado, enquanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, considerados como direitos fundamentais de segunda geração estão vinculados ao princípio da igualdade, e exigem do Estado um ação positiva para que sejam efetivados, podendo ser a intervenção estatal direta ou indireta.¹¹⁵

Segundo Fioravante, o modelo estatalista tem as liberdades políticas como o direito de voto, e que não se justifica como expressão da liberdade originária fundamental dos indivíduos em decidir uma ordem política-estatal, senão pela necessidade do Estado de providenciar órgãos e pessoal que concretizem a sua vontade

¹¹⁴ FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz (et al.). **Hermenêutica, cidadania e direito**. Campinas: Millennium. 2005. p.126

¹¹⁵ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 224-225.

soberana.¹¹⁶

Assim, a extensão da acepção do termo democracia, como sistema político, não pode ser reduzida apenas pela participação popular por meio de seus representantes que,

A diferenciação das condições sociais conduz a uma divisão de trabalho não apenas na produção econômica, mas também no domínio da criação da lei. [...] O princípio democrático de autodeterminação limita-se ao procedimento pelo qual esses órgãos são nomeados. A forma democrática de escolha é a eleição. O órgão autorizado a criar ou executar normas jurídicas é eleito pelos sujeitos cuja conduta é regulamentada por essas normas. Trata-se de um enfraquecimento considerável do princípio de autodeterminação política. É característico da chamada democracia indireta ou representativa. Essa é uma democracia na qual a função legislativa é exercida por um parlamento eleito pelo povo[...].¹¹⁷

No âmbito de uma comunidade, Adela Cortina concebe a cidadania a partir do reconhecimento pelo indivíduo em sentir-se parte desta, e ao mesmo tempo recebe influência para agir e trabalhar para fazer parte dela. Cortina esclarece que a concepção da cidadania envolve dois aspectos, sendo um racional de que a sociedade deva ser justa para com seus membros, para que eles a legitimem, e o outro aspecto, ela atribui como ‘lado escuro’, representado por laços de pertencimento, que os indivíduos não escolhem, mas que formam parte da identidade do grupo.¹¹⁸

A democracia, no plano da teoria habermasiana da política, constitui-se numa conexão entre moral e soberania popular, cuja fundamentação é contrastada pela moral na expressão “igual direito” (sentido formal) à participação no processo de determinação da vontade política, enquanto o termo “igualdade” (sentido material) fundamenta-se no direito de participação, a ponto de não dispensar uma forma de institucionalização capaz de transformar a vontade geral em programa de governo.¹¹⁹

Neves informa que o princípio da igualdade é o núcleo da cidadania (atributo principal ao exercício dos direitos fundamentais), funcionando como um mecanismo jurídico-político apto à inclusão social, porém, a concepção semântica de cidadania traz um errôneo entendimento desde a Revolução Francesa, que vinculava a

¹¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998. p. 25-53

¹¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 413

¹¹⁸ CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía**. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.29

¹¹⁹ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da Democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. p. 73-74

cidadania à construção do Estado enquanto instituição política, e não um conjunto de direitos do Homem, separando, assim, o indivíduo (direitos civis) e do cidadão (direitos políticos).¹²⁰

A teoria acima referencia que as instituições políticas do Estado moderno, em especial no Brasil, se justificam e se fundamentam num sistema de direitos de participação por representação (sentido formal), mas torna-se necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação efetiva na vida social e nas decisões políticas (sentido material), por meio de canais legítimos, dos quais os direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares, na busca de ser uma sociedade mais justa.

Em outro plano, a política econômica adotada pelo governo brasileiro mostra-se por vezes estática e subserviente à influência de interesses e/ou manutenção de pequenos grupos econômicos, o que corrobora para a negligência da participação-cidadã direta e não delegativa em decisões macro-econômicas.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação Difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 175

3. A BUROCRACIA COMO MODELO WEBERIANO DE ESTADO MODERNO E SUA DISTORÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL NO BRASIL.

O surgimento das relações sociais e também dos interesses coletivos dão a gênese do espaço entre a vida exclusivamente privada (família) e a vida pública (política), isto é, o espaço público, é fruto da transição de uma sociedade civil para uma sociedade política, da conversão do indivíduo para um cidadão.¹²¹

As famílias por meio de suas relações sociais e de seus interesses coletivos fundaram a sociedade civil, e que segundo Arendt:

O que chamamos de ‘sociedade’ é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada ‘nação’. [...] A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades dizem respeito à mera sobrevivência são admitidos em praça pública.¹²²

Cabe destacar que, o termo ‘nação’, referenciado por Hannah Arendt, é a justificação do estado nacional, derivado da sociedade medieval e do feudalismo, dos quais diferenciavam a família do termo utilizado na antiguidade clássica, pois no feudalismo, as famílias eram quase independentes da casa real, e funcionavam como elos de uma aliança política, e não eram constituídas como unidade, pois havia apenas o sentimento de sobrevivência, enquanto a economia política continuava relacionada com a vida do indivíduo, tratada no particular de cada família.

No tocante a esfera pública e privada como dicotomia do pensamento político e social para delimitar o campo de investigação das ciências sociais, busca-se identificar a sociedade organizada, sendo ora como aquela representada na esfera pública, com característica de relações de subordinação entre governantes e governados, ou seja, entre aqueles que detêm o poder de comando (lei) e os destinatários do dever de obediência, sendo relações estas desiguais. Ora representada como a esfera privada sob o aspecto de coordenação nas relações entre os indivíduos, considerados iguais (negócios jurídicos). Em resumo, a sociedade organizada, em sentido amplo, representa

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 91-92

¹²² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p. 38 e 56.

relações sob a forma de sociedade política (desiguais), e relações de sociedade econômica (iguais).¹²³

Dessas relações dicotômicas resultam diferentes tipos de justiças, ou seja, a justiça comutativa identificada nas relações privadas, enquanto a justiça distributiva, identificada na esfera pública entre o todo e as partes.¹²⁴

No mundo moderno, sob a ótica de Hannah Arendt pela elevação das famílias e das atividades econômicas ao nível público, transformou seus interesses da esfera privada, para o interesse coletivo, surgindo assim uma esfera política dos interesses comuns. A sociedade civil com interesses comuns, enquanto o Estado com interesses coletivos, a fim de atender a todos e não só ao interesse individual ou de uma classe, categoria ou família. Doutra sorte, o interesse comum franqueou o declínio das famílias, que de certa forma mantinham influência e poder perante o governante, pois acabaram sendo absorvidas por sub-grupos sociais e econômicos, de acordo com as suas necessidades, enquanto o poder econômico e político ficou centralizado no governo pelo Estado.¹²⁵

3.1 A TEORIA WEBERIANA DA BUROCRACIA COMO MODELO NO ESTADO MODERNO E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Registra-se que, com o surgimento de novos direitos, especificamente após o final da 2.a Guerra Mundial, houve uma reconfiguração do Estado moderno que, para atender as necessidades da sociedade, e em ter maior organização em executar políticas de estímulos econômicos, passou a ter um papel importante de intervenção estatal na vida privada. Assim, o Estado passou a reforçar o modelo burocrático weberiano, contratando funcionários diretos, e produzindo bens e executando serviços diretamente à população.

A teoria da burocracia, concebida e desenvolvida por Max Weber, trata da racionalidade da estrutura de qualquer organização humana, sendo que a partir da década de 40 foi muito difundida como um modelo a ser utilizado na organização estatal, empresarial, etc. e em vigor até nossos dias.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003. p.15

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Loc. cit. p. 20

¹²⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Loc. cit. 40-44

Weber em sua teoria revela que uma autoridade burocrática pública, constitui normalmente uma exceção e não uma regra histórica, mesmo que registrada em grandes formações políticas presentes no antigo Oriente, e na maioria das formações feudais de Estado, etc.

A organização burocrática weberiana apresenta algumas características importantes, sendo: a) a hierarquia, sendo essencialmente autoritária; b) a divisão do trabalho, em que cada membro do processo sabe exatamente sua posição e o trabalho o qual deverá ser desempenhado; c) a profissionalização técnica dos membros da organização, prestigiando a meritocracia; d) as atribuições especializadas e distribuídas conforme os resultados pretendidos; e) a impessoalidade nas relações; f) o formalismo nos atos e comunicações na organização, através da uniformidade ou padrão nos procedimentos e rotinas, e g) a confiabilidade e continuidade da organização.¹²⁶

Assim, os meios empregados devem ser analisados e estabelecidos de maneira totalmente formal e impessoal, com ênfase na eficiência dos resultados pretendidos.

A burocracia, como modelo weberiano, objetiva a eficiência da organização racionalizada, para que não haja interferências pessoais que possam criar obstáculos ao processo a ser desenvolvido.

A teoria de burocracia moderna, sopesada por Weber, indica que o funcionamento específico possui uma estrutura conforme a posição do funcionário e em pressupostos da burocratização (área financeira e de economia monetária, desdobramento quantitativo e qualitativo das tarefas administrativas, na tecnicidade da organização e no caráter permanente do aparato burocrático, fortalecendo, assim, um processo de desenvolvimento da estrutura de dominação racional burocrática, e uma racionalização da formação e educação:

O funcionamento específico do funcionalismo moderno manifesta-se da forma seguinte: I - Rege o princípio das *competências* oficiais fixas, ordenadas, de forma geral, mediante regras: leis ou regulamentos administrativos, isto é: 1) existe uma distribuição fixa das atividades regularmente necessárias para realizar os fins do complexo burocraticamente dominado, como deveres oficiais; 2) os poderes de mando, necessários para cumprir estes deveres, estão também fixamente distribuídos, e os meios coativos (físicos, sacros ou outros) que eventualmente podem empregar estão também fixamente delimitados por regras; 3) para o cumprimento regular e contínuo dos

¹²⁶ WEBER, Max. **O que é burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração. s/d. p. 9-10

deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes criam-se providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral. [...] Sobre estes três fatores constituem, na dominação baseada no direito público, a existência de uma *autoridade* burocrática, e na dominação da economia privada, a de uma "empresa" burocrática.¹²⁷

Por isso, as relações burocráticas são tipicamente autoritárias, entre o superior e os subordinados, sendo que estes devem acatar as ordens de seus superiores, pois elas estão sustentadas e amparadas por normas legais, ou seja, as normas e as regras superiores não se sujeitam a nenhuma pessoa em si, mas ao conjunto de regulamentos estabelecidos e aceitos como legítimos dentro da organização, a qual assegura o sistema de normas, e somente podem prestar serviços às pessoas que, segundo as regras gerais, estão qualificadas para tanto.

Dessa forma, a teoria de Weber sobre a burocracia moderna se opera de forma bem específica, em que os bens e/ou equipamentos públicos não são de propriedade privada do funcionário, sendo este um fator condicionante em todos os casos, almejando um resultado de um longo processo, inclusive, este princípio deve ser observado nas organizações empresariais.¹²⁸

A Administração Pública é a atividade desenvolvida pelo Estado e/ou seus delegados, sob o regime de Direito Público, destinada a atender de modo direto e imediato, necessidades concretas da coletividade, por meio de órgãos e de pessoas jurídicas, das quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. É todo o aparelhamento do Estado para a prestação dos serviços públicos, para a gestão dos bens públicos e dos interesses da comunidade.

Miguel Sánchez Móron elucida a finalidade da Administração Pública sob o aspecto da racionalidade do Estado:

[...] ao final do século XX, a gestão pública possui um conjunto numeroso de interesses sociais, necessários para manter a convivência cívica e ao desenvolvimento da sociedade. O Estado social é diferente do Estado liberal, necessariamente intervencionista, e a quaisquer que sejam as formas de intervenção escolhidas, e ao volume de que se pretenda destinar ao setor público, pois a evolução histórica tem demonstrado seguramente que determinados fins do interesse social não podem ser alcançados pelo livre jogo das relações sociais. Daí, a

¹²⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa e Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 198-199.

¹²⁸ Idem. **O que é burocracia**. Loc cit. p. 11

nossa Constituição, assim como outras, impõe aos poderes públicos, uma pluralidade de tarefas voltadas às políticas econômicas, sociais, ambientais e culturais”.¹²⁹

A atividade organizada do Estado pela racionalidade de uma Administração pública, de acordo com Móron, é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum, dos interesses gerais que têm sido definidos pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, por órgãos governamentais democraticamente eleitos (de maneira direta ou indireta) pelos cidadãos; órgãos que têm uma indiscutível legitimidade democrática e que dirigem politicamente as diferentes instâncias administrativas territoriais e adotam as decisões administrativas mais importantes. É uma organização, por demais profissionalizada e capaz de realizar e administrar (melhor ou pior na prática).¹³⁰

3.2 O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO BUROCRÁTICO E SUAS DISTORÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O Estado brasileiro, enquanto esfera política, do passado ao presente, sempre esteve às margens das ondas de mudanças que ocorriam e ocorrem no mundo, atuando como um ente coadjuvante no cenário político mundial, e também não acompanha a evolução social interna, sofrendo dessa forma constantes momentos de crises.

A necessidade de estruturar a burocracia estatal no Brasil é registrada desde a década de 30 do século XX, com uma proposta de desvinculação do Estado patrimonialista, para um Estado desenvolvimentista, ou seja, um Estado capaz de alavancar o desenvolvimento econômico e financeiro da sociedade capitalista da época, conforme dados históricos registrados pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA):

[...] o Estado brasileiro que se vai constituindo, sobretudo a partir da década de 1930, está fortemente orientado pela missão de transformar as estruturas econômicas e sociais da Nação no sentido do desenvolvimento, sendo a industrialização a maneira historicamente

¹²⁹ MÓRON, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editora Tecnos, 1995. p. 98.

¹³⁰ MÓRON, Miguel Sánchez. Loc. Cit.p.99

preponderante de se fazer isso. Ocorre que em contexto de desenvolvimento tardio, vale dizer, quando as bases políticas e materiais do capitalismo já se encontram constituídas e dominadas pelos países ditos centrais – ou de capitalismo originário –, a tarefa do desenvolvimento com industrialização apenas se torna factível a países que enfrentam adequadamente as restrições financeiras e tecnológicas que então dominam o cenário mundial.¹³¹

A partir do Decreto n. 200/1967 foi implantado no Brasil o “Estatuto da Reforma Administrativa” e, sob influência da Teoria da burocracia de Weber, a Administração Pública passa a ser estruturada e classificada em direta (centralizada) e indireta (descentralizada). O Decreto n. 200/67, ainda em vigor, é considerado como a primeira base jurídica de reforma administrativa do estado brasileiro.

O Estado brasileiro passa a ser compreendido sob duas formas: a) Administração Pública direta (inciso I, do art. 4.º, Decreto n. 200/1967), como aquele constituído pelo conjunto de órgãos ligados à estrutura do Poder Executivo nos três níveis de governo autônomo (União, Estados/Distrito Federal e Municípios) o qual forma-se a Administração centralizada, e b) Administração indireta (inciso II, do art. 4.º, Decreto n. 200/1967), sendo o conjunto de órgãos integrados nas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas ao Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal, formando assim a Administração descentralizada.

As entidades consideradas na Administração indireta (descentralizada) pelo inciso II do art. 4.º e 5.º, do Decreto n. 200/1967 são: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

A Administração Pública torna-se um conjunto orgânico e sistemático de normas jurídicas que abrangem as relações jurídicas que nascem da Administração Pública direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo fixadas suas prerrogativas e obrigações sob a regência de princípios constitucionais e administrativos próprios.¹³²

E assim, o Estado brasileiro passou a direcionar seus esforços no controle de processos de trabalho, e não no controle dos resultados, caracterizando a sua primeira

¹³¹ BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estado, instituições e democracia: desenvolvimento**. Livro 9. Projeto Perspectivas do desenvolvimento Brasileiro. Brasília: IPEA, 2010. p.203

¹³² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 51-52.

distorção num modelo burocrático¹³³. A exigência e necessidade do modelo burocrático em gestão do setor público brasileiro, afastou-se da teoria weberiana, a qual determina que a ação direta estatal seja predominantemente impessoal, padronizada, com controles de procedimentos preestabelecidos, sendo estes no Brasil rígidos e em excesso, que muitas vezes criava (e ainda cria) conflitos de competências entre os entes políticos, enquanto os resultados eram desprestigiados, mesmo se houvessem registros, não era o foco estatal.

Apesar disso, o termo burocracia passou a ser carregado de senso pejorativo, associado pelo acúmulo de tarefas e procedimentos, muitas vezes considerados ou analisados como desnecessários, ocasionando assim outra disfunção no sistema burocrático formulado por Weber, devido ao exagero de regras e regulamentos, excesso de formalismo e procedimentos, fazendo com que os membros deixem de observar os resultados almejados para ficarem atentos apenas às regras, ora pela impessoalidade e imprevisto no ambiente organizacional, relacionados a quebra de hierarquia entre os pares.

A Administração Pública no Brasil possui características como:

- a) praticar atos tão somente de execução (denominados atos administrativos), praticados por órgãos e seus agentes, que são sempre públicos;
- b) exercer atividade politicamente neutra, ou seja, a atividade é vinculada à Lei e não à Política;
- c) ter conduta hierarquizada, associado ao dever de obediência e escalonado pelas funções de comando administrativo entre as diferentes funções/atividades;
- d) praticar atos com responsabilidade técnica e legal;
- e) caráter instrumental, isto é, a Administração Pública é um instrumento para o Estado conseguir seus objetivos;
- f) possui competência limitada – o poder de decisão e de comando de cada

¹³³ “Toda a literatura pós-weberiana sobre a burocracia está realmente marcada por uma ambigüidade fundamental. De um lado, a maior parte dos autores pensam que o desenvolvimento das organizações burocráticas corresponde ao advento ao mundo moderno da racionalização e que, por esse motivo, é intrinsecamente superior a todas as demais formas possíveis de organização, enquanto do outro, muitos autores, e frequentemente os mesmos, consideram as organizações como se fossem Leviatãs através dos quais está se preparando a escravidão da raça humana. A ênfase que cada uma deles põe sobre um ou outro dos aspectos, depende do seu otimismo natural; mas, seja qual for o resultado que consiga, sempre se descobre que ele acredita simultaneamente, tanto na superioridade do racionalismo burocrático no tocante à eficiência, como em suas implicações ameaçadoras para os valores tradicionais da humanidade. CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural.** Tradução de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p.258.

área da Administração Pública é delimitada pela área de atuação de cada órgão.

O Direito Administrativo brasileiro está estruturado na teoria do órgão, ou seja, a doutrina informa que vontade da pessoa jurídica de direito público (ente governamental) se divide em centros de diferentes competências, destinadas ao melhor desempenho das funções estatais, atribuindo, assim, tarefas específicas aos órgãos que a compõem, de forma hierarquizada numa estrutura organizacional, sendo que tais órgãos serão compostos, por sua vez, por agentes.

Administração pública compreende-se no conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que procuram satisfazer as necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, etc. Em outras palavras, administração pública é a gestão dos interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, sendo dividida em administração direta e indireta.

É pela atividade da Administração Pública que as autoridades públicas tomam providências para a satisfação das necessidades de interesse público, utilizando, quando necessário, as prerrogativas do Poder Público, para alcançar os fins que não sejam os próprios à legislação ou à distribuição da justiça.

Em âmbito da legislação no Brasil, a Administração Pública possui prerrogativas que constituem a sua principal característica, para permitir a realização dos objetivos do Estado de Direito, Social e Democrático, e essas prerrogativas estão diretamente relacionadas ao atendimento do interesse público, conforme Furtado:

O conceito de interesse público não é metajurídico. Não é possível admitir a existência de interesses públicos previamente definidos fora da ordem jurídica, ordem jurídica que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, fonte de inspiração para a elaboração de inúmeras regras e princípios constitucionais. O interesse público será concretizado por meio do processo de elaboração do Direito Positivo. Cabe à Constituição Federal, como principal fonte do Direito Administrativo, e à lei identificarem o que é o interesse público, definir como se deve proceder para dar a ele executoriedade e quem possui legitimidade para, em seu nome, exercer alguma prerrogativa.¹³⁴

O regime jurídico administrativo, em sentido amplo, é usado para designar o regime de Direito Público a que está submetida à Administração Pública no Brasil, ou seja, esta deve observar as normas de caráter pública diante do interesse da coletividade,

¹³⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.72.

devendo assim prevalecer como finalidade única dos atos administrativos praticados pela Administração Pública e seus agentes.

Dessa forma, as normas de natureza pública podem conceder à Administração Pública prerrogativas, como também restrições em seus atos e atividades. Entretanto, os requisitos do regime jurídico administrativo diante da supremacia do interesse público sobre o particular, colocam a Administração Pública em desigualdade em relação aos administrados, como exemplo servidão administrativa, desapropriações, etc. mas, não podem ser considerados de forma absoluta, pois apenas representam um poder-dever do Estado (prerrogativa e restrição), na defesa dos interesses da coletividade, e desde que não sejam praticados além dos limites previstos na Constituição e outras leis infraconstitucionais.

O Estado, por seus órgãos, proclama em que consiste o interesse de todos, tidos como interesse público e, assim, o Estado chama para si a responsabilidade pela não efetividade na garantia de direitos individuais, principalmente os direitos sociais e coletivos relacionados à saúde, educação, proteção do meio ambiente, dentre outros.

Nesse sentido, o Decreto n. 200/67 foi recepcionado pela atual Carta Constitucional, e por meio desse instrumento jurídico o constituinte de 1988 balizou-se, através do critério orgânico, para expressar o significado de Administração Pública na organização do Estado político-administrativa no texto constitucional (arts. 18 a 43), e de forma didática, outros critérios são propostos pela doutrina pela teoria geral dos órgãos públicos tais como:

i) critério residual (ou negativista) - Administração Pública é toda atividade estatal que não esteja embutida na função legislativa ou jurisdicional;

ii) critério formal (ou subjetivo) - Administração Pública é o conjunto de órgãos incumbidos de exercer a função administrativa; e

iii) critério material (ou objetivo) - Administração Pública é o conjunto de atividades concretas do Estado, exercidas de forma imediata para atender a necessidades e interesses do povo.¹³⁵

Nessa ordem, o órgão público é entendido como uma abstração que designa a ligação entre o agente público e o círculo de poder estatal, para o desempenho de natureza institucional ao exercício de competências, atribuições conferidos aos titulares de cargos ou empregos públicos, expressando assim a ‘vontade’ da União, Estados,

¹³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1010

Distrito Federal e Municípios, através de seus agentes.¹³⁶

E assim, a partir desta configuração, o Estado brasileiro assume uma estrutura com características burocráticas, focado no bem estar, pois atuava diretamente na área social e na intervenção do domínio econômico, principalmente, por meio de empresas públicas e por sociedades de economia mista, gerando gastos e investimentos públicos crescentes, e diante das instabilidades econômicas manifestadas ao longo da década de 50 até meados da década 80 do século XX, acarretando, assim, conseqüências que levaram o próprio Estado à beira de um colapso.

Vale apontar o pensamento de Faleiros sobre as políticas sociais no capitalismo avançado em nossos dias:

Nas sociedades capitalistas avançadas há um discurso dominante: o da igualdade. Trata-se da igualdade de oportunidades, ou seja, da garantia do acesso do cidadão a certos bens e serviços na qualidade de cidadão e que por isso é chamado acesso universal, isto é, sem discriminação de barreiras radicais, partidárias, físicas e religiosas. É o mínimo oferecido a todos. [...] Nos países pobres e periféricos não existe o *Welfare State* nem um pleno keynesianismo em política. Devido à profunda desigualdade de classes, as políticas sociais não são de acesso universal, decorrentes do fato da resistência no país ou da cidadania. São políticas “categoriais”, isto é, que têm como alvo certas categorias específicas da população, como trabalhadores (seguros), crianças (alimentos, vacinas), desnutridos (distribuição de leite), certos tipos de doentes (hansenianos, tuberculosos, etc), através de programas criados a cada gestão governamental, segundo critérios clientísticos e burocráticos.¹³⁷

Essa situação, principalmente nas distorções e excesso da burocracia, provocou a necessidade de repensar um Estado mais preparado em gestão pública, que conseguisse diminuir o gasto e investimento públicos e ao mesmo tempo aumentar sua efetividade frente às novas demandas sociais.

Assim, passaram a fazer parte do cotidiano político questões como a manutenção de um Estado altamente burocrático, no que se refere ao apego extremo às formalidades e formulários, e não preocupado à eficiência, ou a sua redução exagerada, cujas respostas revelavam ser condições extremas e perversas a ponto de refletirem em sacrifício de direitos e garantias fundamentais, representando um retrocesso na supressão de direitos fundamentais sociais à coletividade.

¹³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Loc. cit. p. 1011

¹³⁷ FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 19 e 28

As transformações do Estado exigem maior dinâmica diante da constante evolução da sociedade e, na atualidade, surge uma necessidade de nova concepção da figura e papel do Estado, para que este venha assumir funções e responsabilidades que possam, de maneira mais precisa e rápida, retornar à sociedade soluções às demandas sociais.

O Estado brasileiro em tempos atuais encontra-se em letargia e em crise administrativo-financeira, numa posição em ‘xeque’ no cenário político-jurídico em face da imobilidade do aparato estatal, da pouca eficiência em gerir recursos públicos, em controlar os gastos em serviços públicos, etc., e em âmbito político e social, vem fragilizando sua legitimidade e existência jurídica, pela incapacidade em responder de forma eficaz as demandas sociais e pela não eficiência nos serviços à coletividade, principalmente os considerados serviços públicos não exclusivos.

As distorções da burocracia estatal na gestão pública no Brasil, tornou-se uma doença crônica e, de modo geral, coloca em ‘coma induzido’ a população que necessita da prestação positiva do Estado, pela não concretização dos direitos sociais fundamentais, a fim de diminuir as desigualdades sociais e ao mesmo tempo promover o desenvolvimento econômico, garantindo, assim, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.2.1 As Reformas Administrativas do Estado Brasileiro a Partir de 1990 Sob as Influências dos Novos Modelos da Economia Mundial.

A racionalidade do modelo de política econômica keynesiana do pós-guerra (1945) propunha a intervenção estatal na vida econômica objetivando conduzir um regime de pleno emprego, foi adotada por muitos países capitalistas, na condução do crescimento econômico, tinha como um elo funcional o projeto social de *welfare state*, cuja justificativa ideológica é bastante óbvia, ou seja, uma política econômica dinâmica pela qual se estimula e regulariza o crescimento econômico, de maneira que os resultados obtidos na arrecadação de tributos permitam a ampliação dos programas do *welfare state* e, ao mesmo tempo, o crescimento econômico continuado, praticamente com a circulação de renda e estímulo ao consumo.¹³⁸

Entretanto, este modelo apresentou seu esgotamento em meados da década

¹³⁸ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.375

de 70, do século XX, diante da evolução e complexidade das relações e demandas sociais e econômicas, que sob a liderança da Inglaterra e dos Estados Unidos da América no cenário político internacional, iniciou-se a tendência mundial de reforma administrativa estatal, sendo um movimento que atingiu seu ápice entre as décadas de 80 e 90 do mesmo século.

Bresser Pereira ao argumentar a necessidade de uma reforma administrativa do Estado brasileiro, informa que é possível delinear, na história do Brasil, as características políticas de governo e da sociedade logo após a Independência, período de 1822 até 1930, no qual a sociedade era mercantil senhorial, enquanto o Estado era oligárquico e a Administração Pública voltada ao patrimonialismo.

Já no período de 1930 até meados da década de 1980, Bresser Pereira esclarece que a sociedade era capitalista industrial, com um Estado autoritário e a Administração Pública burocrática, e que somente com a redemocratização, a sociedade passa a ser tida como pós-industrial, enquanto o Estado passou a ser democrático e a Administração Pública deveria ser gerencial e ‘desburocratizada’, no sentido de buscar a eficiência, racionalizar os procedimentos, e a sua melhorar sua própria estrutura e organização na gestão pública, focando resultados efetivos à população.¹³⁹

A tendência mundial de renovação dos sistemas econômico-sociais passou a ser uma referência para os países em desenvolvimento ou periféricos, nestes inclui-se o Brasil, quando o termo ‘globalização’ ganhou força a partir do final dos anos 80 que, sob as influências internacionais, os países em dificuldades financeiras passaram a adotar medidas tidas como recomendações pelo Consenso de Washington (1989).

O Consenso de Washington foi documento elaborado principalmente por instituições como Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial, para a desregulamentação do mercado, flexibilização das relações trabalhistas e de direitos sociais, reforma administrativa do Estado (com redução de gastos públicos, reforma tributária, abertura comercial, etc.).

Evidente que, uma nova ordem mundial surgiu, principalmente, diante das várias mudanças sociais e políticas institucionais relacionadas à redemocratização em países da Europa Oriental, e com queda do sistema da União Soviética pelas reformas

¹³⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 222-259.

políticas (Glasnost e Perestroika¹⁴⁰) e crises econômicas em diversos países desenvolvidos (centrais) e em desenvolvimento (periféricos).¹⁴¹

Tem-se, assim, o surgimento de um modelo de Estado sob o movimento ‘Neoliberal’, e a crítica do processo de bem estar social (welferismo) em um mundo em vias de ser considerado globalizado, com fortes indícios de incapacidade dos Estados em não conseguir garantir a expansão na provisão estatal, voltada ao atendimento público em saúde, em educação básica, no seguro-desemprego, etc., principalmente àqueles indivíduos não considerados como “seus” cidadãos (sejam migrantes e/ou imigrantes), cuja ênfase gera um conflito em escala global.

Tais recomendações são ainda estimuladas no cenário comercial internacional, cujos resultados operacionais demonstram que não são mecanismos de desenvolvimento cooperativo, mas sim uma forma de dominação hegemônica da economia mundial, sacrificando direitos individuais, sociais, culturais e econômicos nos países periféricos e em desenvolvimento, incluindo o Brasil. Nesse sentido, Novoa Monreal elucida que:

O Estado, ainda esse Estado mais evoluído, que prevalece, hoje, em adiantados países do mundo ocidental, não é, na realidade, esse ente superior, encarregado de racionalizar a vida social para bem de todos, senão a organização mais vasta, eficiente e fiel com que conta a burguesia, economicamente mais poderosa, para apegar-se ao poder, que detém. Desse Estado, as classes majoritárias não podem esperar ordem, paz e segurança, porque sua verdadeira missão é a de proporcioná-los à classe dominante.¹⁴²

Sob esse contexto de transformações mundiais, a proposta de uma nova configuração do Estado brasileiro, a partir da década de 90, foi direcionada para que passasse a ser um catalisador na busca da prosperidade econômica e da justiça social, onde o setor público deixa de ser um produtor direto de bens e serviços, para ser um indutor e regulador do desenvolvimento, num processo de ação ágil, inovadora e

¹⁴⁰ Foram propostas de políticas de reformas introduzidas a partir de 1985 a 1991, pelo último líder soviético, Mikhail Gorbachev, na tentativa de encerrar um período de estagnação/crise econômica e buscar a democratização do governo russo. Assim, a Perestroika baseou-se na mudança da estrutura econômica planejada para uma estrutura de mecanismos de economia de mercado, enquanto a Glasnot foi a proposta de democratização com a queda do monopólio da vida política nacional, influenciada pelo Partido Comunista à transferência nas relações políticas. IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992. P. 11-12

¹⁴¹ GREMAUD, Amary Patrick. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. TONETO Jr. Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. 6. Ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas. 2007. p.465

¹⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.179

democrática.

Em ressonância dessas influências internacionais, haviam exigências de que Estado brasileiro desempenhasse um novo papel no cenário mundial, e para tanto era necessário que ocorresse uma reforma do aparato estatal estruturante, no sentido de tornar-se desburocratizado, descentralizado, transparente, responsável, competitivo e com maior enfoque no bem estar dos indivíduos, ou seja, dos cidadãos.

O debate da descentralização administrativa, da atuação do Estado e dos mecanismos de ‘desburocratização’ através reforma administrativa da década de 90 se tornam mais contundentes, tanto no aspecto jurídico quanto filosófico, principalmente, quando a discussão resvala na dicotomia tradicional entre o público e o privado, tanto na vida dos indivíduos, como na rotina das instituições públicas e sociais desde a Antiguidade na *pólis* grega de Aristóteles, até o moderno Estado liberal e/ou neoliberal.

O processo de reforma administrativa do Estado brasileiro a partir dos anos de 1990 foi uma estratégia governamental para impulsionar o Estado rumo à ‘desburocratização’ com a eliminação das distorções e excessos, e a modernização de sua atuação.

Tal estratégia estava embasada sob dois vetores, ou seja, um vetor sob o aspecto econômico, pela instituição do programa nacional de desestatização (Lei n. 9.491/1997), chamado de privatização.

E em outro vetor, sob o âmbito social, a instituição do programa nacional de publicização (Lei n. 9.637/1998), sendo que, a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, cujo objetivo primordial é a Justiça social, de maneira que a prioridade não é a satisfação dos interesses do capital, mas, sim, os interesses do trabalho, o qual é assim tido como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 173).¹⁴³

Ambos vetores instituídos na reforma administrativa nos anos 90 sinalizavam o interesse em diminuir a intervenção estatal tanto em âmbito da ordem econômica, quanto na ordem social.

A Constituição Federal brasileira atribui deveres ao Estado, enquanto Poder Público, com a colaboração da sociedade, em sentido amplo, na garantia de direitos individuais, principalmente, de direitos sociais e coletivos, em cultura (art. 215), desporto (art. 217), proteção do meio ambiente (art. 225), etc., e a responsabilidade

¹⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.830

estatal pela não efetividade dos direitos relacionados à saúde (art. 196), educação (art. 205).

O legislador constituinte evidenciou que o Estado não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços sociais de interesse coletivo, os quais podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, sejam eles públicos, privados, incluindo as instituições privadas sem fins lucrativos, consideradas como públicas não estatais, cuja participação destas instituições é expressamente autorizada na Constituição (arts. 199, 202, 204, I, 209, etc.) sem a exigência de prévia delegação.

Destaca-se que, no Brasil, a principal demanda da população ao Estado, está voltada aos serviços públicos relacionados aos direitos sociais e coletivos em educação e, principalmente, em saúde.

O direito à saúde, conforme os artigos 2.º e 3.º da Lei n. 8.080/1990¹⁴⁴, depende em como o Estado irá prover bens e serviços postos à disposição dos indivíduos para o pleno exercício deste direito, ora para a manutenção da vida, ora na melhoria das condições como as pessoas beneficiárias vivem e, ao mesmo tempo, o legislador ordinário não excluiu a participação e responsabilidade de outros atores sociais na busca de melhoria destas as condições às pessoas.

Paulo Modesto informa que no direito brasileiro, o serviço de relevância pública, conceitualmente falando, possui menor exigência do que serviço público, sendo que:

São atividades de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a contratá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso.¹⁴⁵

¹⁴⁴ “Art. 2.º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3.º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

¹⁴⁵ FUX, Luiz (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1.923/2015**. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.27

Modesto esclarece que o conceito de serviços de interesse geral está circunscrito à ordem social, considerados como serviços sociais (saúde, educação, cultura, etc.), os quais estão previstos na Constituição como dever do Estado e faculdade aos particulares, sendo que não há uma exigência e imposição de todas as exigências de serviço público, nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada, sendo imperativo à fiscalização e regulação destas atividades pelo Poder Público.¹⁴⁶

As inconsistências do Estado de Direito brasileiro, nos últimos 20 anos, ora visto como liberal (estatalização¹⁴⁷ da sociedade), ora visto como social (socialização do Estado), as colocam em crise permanente, e têm exigido maior dinâmica do aparato estatal, sinalizando a uma nova configuração do Estado brasileiro, para que, de fato, venha assumir o papel e responsabilidades que possam, de maneira mais eficiente e eficaz, retornar à sociedade soluções às demandas sociais.

Atualmente o Estado brasileiro encontra-se em constante dilema econômico-financeiro que contrasta a capacidade das instituições de dar respostas adequadas, tempestivas em quantidade e qualidade em face ao atendimento demandas da sociedade.

3.2.2 Concepções e Fundamentações dos Serviços Públicos Enquanto Atuação do Estado e Atividade Econômica.

O serviço público é um tema fundamentado, conforme Regís da Silva Conrado, a partir de dois juristas, Léon Duguit (1859-1928) e Gaston Jèze (1869-1953), que contribuíram na delimitação dos aspectos fundamentais à própria conceituação do serviço público. Assim para Duguit o conceito de serviço público foi estruturado primordialmente no campo da teoria do Estado e do direito constitucional,

¹⁴⁶ FUX, Luiz (et al). Loc. cit. p. 27

¹⁴⁷ Termo estatalização foi denominado por Claus Offe, também é utilizado como estatização que consiste na dependência das ações sociais e coletivas em relação à proteção, anuência ou controle do Estado. OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SOLA, Lourdes; WILHEIM Jorge (Orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo. Ed. UNESP. p. 119-146, 1999. (Cap. 4). Destaca-se que Bresser Pereira ao tratar o vocábulo da estatalização ou estatização na reforma gerencial e administrativa do Estado brasileiro, elabora o seguinte entendimento: “Na verdade um grande número daqueles que se autodenominam socialistas e afirmam que o caminho para o socialismo está nas estatizações são de fato tecnoburocratas tentando construir não uma formação social socialista, mas sim estatista. Constituem-se ou pretendem constituir-se em uma elite industrializante alternativa aos empresários capitalistas[...]” in BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O caráter cíclico da intervenção estatal**. Revista Economia Política, S.i, v. 3, n. 9, p.115-130, jul-set.. 1989. p. 117

compreendendo:

[...] toda atividade cuja execução deve ser regrada, assegurada e controlada pelos governantes, porque a execução desta atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é por ser desta natureza que ela não pode ser completamente assegurada senão pela intervenção da força governante.¹⁴⁸

Desta forma, para Duguit conforme a civilização se desenvolve, aumentam as atividades necessárias de suporte, ou seja, os serviços públicos, que poderiam ser classificados como serviços públicos originários (ex. defesa nacional, justiça, etc.), e/ou serviços públicos de assistência (ex. ensino, correios, etc.). Entretanto, relata Conrado que tal concepção sofreu críticas de Maurice Hauriou, que relaciona tal conceito à visão de direito natural, e rebatida pelo próprio Duguit ao afirmar que sua teoria se sustenta pela interdependência social em que o homem deve cooperar com a solidariedade social.¹⁴⁹

Na mesma ordem, Gaston Jèze, por ter sido discípulo de Duguit, esclarece que o Estado, enquanto Administração Pública:

[...] tem por missão satisfazer as necessidades de interesse geral e, para chegar a esse fim, utilizam-se dois tipos de procedimento: (i) o procedimento de direito privado – que é o que usam os simples particulares quando satisfazem as necessidades de interesse geral; (ii) o procedimento de direito público. [...] Dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, é dizer, um regime jurídico especial [...].¹⁵⁰

Os serviços públicos na atualidade estão mais próximos da conceituação prática de Gaston Jèze em que, nem sempre os agentes públicos estão obrigados ao regime público para realizarem suas atividades, quando realizam contratos administrativos de compra de mercadorias, que não são serviços públicos e sim é prática de gestão administrativa.

Régis da Silva Conrado ao discorrer sobre a teoria do serviço público, elaborada por Gaston Jèze, esclarece que o autor atribuía ao serviço público aquela

¹⁴⁸ CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. edição eletrônica (e-Book). São Paulo: Saraiva, 2013. passim

¹⁴⁹ CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. edição eletrônica (e-Book). São Paulo: Saraiva, 2013. passim

¹⁵⁰ Id. Ibid. passim

atividade em âmbito do direito administrativo, cujo entendimento ocorre a partir da análise positivista e indutiva, sob um critério formal de identificação vinculada à intenção do legislador em configurar ou não uma atividade como serviço público, restringindo apenas ao procedimento de direito público.¹⁵¹

O citado autor informa que Gaston Jèze ao conceituar o serviço público atribui um significado e conseqüências jurídicas próprios, principalmente quanto ao tratamento diferente das atividades estatais que possuem regimes jurídicos diferentes.

Vale ressaltar que Duguit e Jèze foram juristas franceses, muito embora influenciaram outros ordenamentos jurídicos romano-germânico, faz-se necessário destacar a existência de nuances operacionais distintas entre a França e o Brasil relacionadas à organização do estado e ordenamento jurídico no tocante o regime jurídico público e privado da Administração Pública.

Assim, serviço público e gestão administrativa são salutares em suas diferenciações no que tange a atuação de organizações não estatais e sua pactuação com o Poder Público na execução de serviços públicos não exclusivos no Brasil.

Por isso, no Brasil os serviços públicos são instituídos pela Constituição Federal e distribuídos entre os Entes Políticos da República (União, Estados/DF e Municípios), e conforme a competência, a quem cabe a regulamentação, execução e controle.

Nesse sentido a Constituição Federal atribui: a) poderes reservados ou enumerados pela União (arts. 21 e 22), tais como: serviços de transporte rodoviário, interestadual e internacional de passageiros, serviço postal, serviços e instalações nucleares, dentre outros; b) poderes remanescentes aos Estados (art. 25, §1.º) e c) poderes indicativos aos Municípios (art. 30).

Distinguindo a competência executiva da competência legislativa, de forma a atribuir a competência material para a execução dos serviços (privativa ou comum), e da capacidade de editar leis (privativa, concorrente ou suplementar). Assim, a execução dos serviços públicos, após sua instituição e regulamentação, está a cargo da União, dos Estados/DF e Municípios, observada a distribuição de competências.

No tocante aos serviços públicos, ensina Hely Lopes Meirelles que:

[...] o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora

¹⁵¹ CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. edição eletrônica (e-Book). São Paulo: Saraiva, 2013. passim

nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto, [...] o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico [...].¹⁵²

A Constituição Federal trata os serviços públicos, não só como uma atuação estatal, mas sob a conotação de serviço público como atividade econômica, que poderão prestados aos usuários sob a observância dos requisitos previstos no artigo 173, 174 e 175, Parágrafo único, incisos I a IV, da CF/88 e Lei n. 8.987/1995 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão do serviço público).

Dessa forma, a Ordem Econômica na Constituição Federal busca afirmar a necessidade de uma prática capitalista com finalidade de existência digna e não o lucro, ou seja, afirma a ideia de um ‘capitalismo’ social por meio do trabalho e da livre iniciativa, não apenas na liberdade econômica empresarial, mas que o trabalhador tenha a liberdade e direito de seguir a área que desejar pela livre iniciativa do trabalho.

Eros Graus utiliza uma narrativa sobre a atividade econômica e serviço público ao informar que a Constituição do Brasil confere tratamento peculiar no art. 173 que enuncia as hipóteses nas quais é permitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado; no art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica e no art. 175 define incumbir ao Poder Público, direta ou indiretamente, a prestação de serviços públicos.¹⁵³

Para o autor, o serviço público (espécie) entende ser um tipo de atividade econômica (gênero), ou seja, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público, de forma ‘não exclusiva’, dado que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão, e que o serviço público está para o setor público como a atividade econômica está para o setor privado, atribuindo assim a significação de espécie ao serviço público. Para o autor a atividade econômica em sentido amplo, significa o gênero e, em sentido estrito, significa também espécie.¹⁵⁴

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.329

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.), **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, s/d. p.250-251

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed. rev. e atualiz. Malheiros: São Paulo, 2012. p.99-100

Tomando-se por base tais significados, o art. 173 e seu §1.º, trata da exploração econômica do Estado (União, UF, DF, e Municípios), enquanto no art. 174, a expressão ‘atividade econômica’ é utilizada em sentido amplo, respeitando a ampla atuação estatal como agente normativo e regulador na economia, entrelaçado ao art. 170 que pressupõe o exercício de atividade econômica enquanto gênero, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Eros Grau esclarece, ainda, a dificultosa identificação da parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, tendo algumas vezes o texto constitucional elevado algumas delas à primeira categoria, como serviços públicos por definição constitucional, como serviços públicos não privativos (por concessão ou permissão admitindo ao setor privado desenvolvê-los – arts. 175; 199 e 209) dos serviços públicos privativos do Estado.

Quanto aos serviços públicos do tipo privativo (art. 21), são serviços de titularidade dos entes políticos da República previstos nos incisos X, XI e XII do art. 21, no §2.º do art. 25; inciso V do art. 30 CF.

A distinção das atividades econômicas que são obrigatoriamente serviços públicos (privativos ou não privativos) e atividades econômicas que não podem ser públicas (atividade econômica em sentido estrito), sendo estas atividades destinadas ao setor privado e podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou houver relevante interesse coletivo.

Neste sentido, por meio de lei ordinária haverá o tratamento do que não é público daquilo que por sua natureza é intrinsecamente público, entendendo, inclusive, que as atividades desenvolvidas pelo Estado, não necessariamente serão todas públicas, porque dependerão do regime jurídico, cuja vinculação dependerá da formulação de prerrogativas da autoridade ao exercício das atividades típicas do Estado, daquelas exercidas por organizações privadas sem fins lucrativos, reconhecidas e qualificadas como públicas não estatais.¹⁵⁵

A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista pelo art. 177, que cuida da atuação em regime de monopólio, bem como aqueles previstos no inciso XXIII, do art. 21, tendo a mera

¹⁵⁵ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.78-79

atribuição de determinada competência atinente ao empreendimento de atividades do Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. A alusão a atividade econômica que não podem ser serviço público (atividade econômica em sentido estrito), evidencia a impossibilidade do legislador, de forma discricionária, qualificar qualquer parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público.

Para tanto, Rubens Cirne Lima apud Eros Grau, esclarece que o serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo estado ou outra pessoa administrativa. Nesse sentido, o autor declara que o serviço público é atividade indispensável à consecução da coesão social, o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse público (interesse coletivo e interesse social).¹⁵⁶

Sob esses preceitos, opera-se a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social (Estado e sociedade), cuja preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, incumbindo a responsabilidade pela provisão à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo, que seja tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, além de permitir a identificação de novas áreas de serviço público.

Assim, o interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo da segurança nacional, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado.

A noção de serviço público há de ser construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social. O caráter de serviço público deve ser prestado à sociedade pelo Estado (ou por outra pessoa administrativa, direta ou indiretamente). A identificação dos casos nos quais a realização e o desenvolvimento da coesão e da interdependência social reclamam a prestação de determinada atividade pelo Estado, ou seja, casos nos quais essa atividade assume caráter existencial em relação à sociedade, é conformada pela Constituição, de maneira que o intérprete não se deve deter exclusivamente na análise das diretrizes, programas e fins que ela enuncia, a serem

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.), **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, s/d. p.256-257

realizados pelo Estado e pela sociedade, mas ao contrário, interpretá-la no seu todo.

3.2.3 Entre o Público e o Privado, e a Busca da Eficiência Estatal na Prestação de Serviços Públicos.

No Brasil, a proposta de uma nova reforma administrativa, teve sua gênese a partir de 1995, através da Emenda Constitucional n. 8 do mesmo ano, que alterou o inciso XI, e também alínea “a” do inciso XII, do artigo 21 da Constituição Federal de 1988¹⁵⁷, possibilitando o desdobramento em leis ordinárias sob dois eixos em diferentes processos, sendo um muito forte, considerado como ‘privatização’ (Lei n. 9.491/1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.594/1998), e outro incipiente considerado como publicização (Lei n. 9.637/1998).

A reforma administrativa do Estado brasileiro teve sua fundamentação na necessidade de instrumentos jurídicos e instituições legais, que pudessem garantir ou que pudessem dar base às mudanças no modelo de intervenção estatal, para um novo modelo indireto de intervenção e regulação na ordem social. Assim o entendimento de Luiz Carlos Bresser Pereira é:

A reforma do Estado, que se tornou tema central nos anos 90 em todo o mundo, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que reduziu a autonomia dos estados de formular e implementar políticas, e principalmente à crise do Estado, que começa a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assume plena definição nos anos 80. No Brasil, a reforma do Estado começou nesse momento, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge em 1990 com um episódio hiperinflacionário. A partir de então a reforma do Estado se torna imperiosa. Problemas considerados cruciais como o ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, cujo ataque vinha sendo ensaiado nos anos anteriores, são, então, atacados de frente. [...] A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização tornou imperativo redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram

¹⁵⁷ Art. 21. Compete à União: [...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) [...]"

muito.¹⁵⁸

Nesse sentido, segundo Bresser Pereira, a proposta de reforma do aparelho do Estado parte da existência de quatro setores dentro do Estado, sendo: i) núcleo estratégico do Estado – onde são definidas as leis e políticas públicas; ii) as atividades exclusivas de Estado – são aquelas em que o “poder de Estado”, tais como legislar e tributar é exercido, como também os órgãos de fiscalização e regulamentação, e órgãos responsáveis pelas transferências de recursos para as áreas sociais e científicas, etc.; iii) os serviços não exclusivos ou competitivos do Estado – são aqueles que, embora não envolvam o poder de Estado, este realiza e/ou subsidia diante da relevância para os direitos fundamentais, tais como escolas, hospitais, centros de pesquisa etc. e; iv) a produção de bens e serviços para o mercado – é realizada pelo Estado através de empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou considerados estratégicos¹⁵⁹.

A proposta de reforma administrativa passou pelo crivo de diferentes críticos e das mais diferentes áreas do conhecimento da Administração, Economia, Direito e Ciência Política, dentre outros, isto porque, tomavam por base premissas não comprovadas por experiências na história recente, e que não havia qualquer parâmetro a fim de verificar se haveria a melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais.

Assim, sob o dever do Estado numa atividade positiva aos cidadãos, a alternativa de descentralizar a execução serviços públicos, considerados não privativos ou exclusivos, transpassou a compreensão de mera transferência de responsabilidade do Estado à sociedade (civil ou econômica), pela terminologia de ‘publicização’, cuja compreensão do termo segundo Norberto Bobbio tem-se:

De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de “privatização do público.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil**. 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/97.Reforma_gerencial-RSP.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018. p. 1

¹⁵⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil**. 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/97.Reforma_gerencial-RSP.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018. p. 21

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 26.

A conceituação do termo ‘publicização’, segundo Martins não é pacífica, pois de um lado significa tornar público, voltado ao conhecimento à sociedade, por outro, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado utilizou no sentido de direcionar para a sociedade civil, considerada como espaço público não estatal, as atividades não exclusivas que estivesse sendo executadas sob modelos de direito público.¹⁶¹

A necessidade de uma reestruturação do Estado brasileiro voltada à flexibilização do modelo burocrático de gestão pública, com preponderância ao processo, para um modelo de gestão pública voltada à gestão pública de resultados dos serviços públicos, teve traços significativos em incorporar novas figuras institucionais à Administração Pública, e um novo modelo de prestação de serviços públicos, que sob a ótica de Leffeld tem-se que:

A proposta era readequar as funções e as formas de propriedade e de gestão, com maior participação da sociedade na execução de atividades não exclusivas do estado (função pública não estatal). As atividades exclusivas do Estado, por outro lado, também deveriam sofrer mudanças em sua organização, permitindo a separação entre formulação de políticas, regulação, controle e operação de serviços. Com maior autonomia estão as entidades da Administração Pública Indireta, em que há uma descentralização administrativa, com métodos de gestão semelhantes àqueles praticados pela iniciativa privada. [...] Com o objetivo de se construir uma estrutura institucional eficiente para a consecução do bem comum como finalidade do Estado, a reforma administrativa propôs modelos de organização da prestação de serviços pela Administração Federal.¹⁶²

A Emenda Constitucional n.19/1998 introduziu importante princípio no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, sendo o princípio da eficiência, cujo objetivo é claro de que os serviços públicos deverão obter resultados positivos à satisfação das necessidades básicas dos administrados, além da finalidade em combater o mau uso dos recursos públicos, a falta de planejamento e práticas da Administração Pública de gestão nociva aos interesses da coletividade.

O princípio da eficiência diz respeito tanto à otimização dos meios quanto a qualidade do resultado final. Consiste em o administrador público realizar o máximo

¹⁶¹ FUX, Luiz.(et al) **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 140.

¹⁶² LEHFELD. Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008. p.207 e 217

possível, com os meios mais adequados, com o menor custo possível, em atingir o resultado esperado.

Aliás, este princípio constitucional também encontra abrigo na Ordem Econômica e Social, associando-se ao princípio constitucional implícito¹⁶³ sobre a economicidade, ou seja, o mercado e o Estado ao regularem a atividade econômica, terão condicionadas suas escolhas ao dever de observar o resultado final, para este seja mais vantajoso do que os custos sociais envolvidos.

Entretanto, a sociedade civil em constante ebulição econômica e busca de sua emancipação do poder interventor do Estado, para um Estado regulador da economia, poderia ter nesta transformação condições de risco dela mesma ser envolvida num processo de estatalização do privado, envolto pela burocracia estatal.

Assim, a mudança necessária deveria ocorrer na figura social do Estado de Direito (governo em expansão) do passado, para uma imagem substitutiva configurada em moldes de um Estado Social (governo difuso) e mais inclusivo da participação do cidadão nas questões de ordem econômica.

Nessa esteira, a concepção da publicização como estratégia prevista no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁶⁴, veio alargar o conceito de propriedade, antes concebida tradicionalmente como privada ou pública, passa a ter um conceito intermediário de propriedade ‘não estatal’, constituída por organizações privadas sem fins lucrativos, e que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo, mas estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público, por meio de parceria com o Estado.

A redução da intervenção direta do Estado, concebida pela Reforma administrativa de 1995, foi embasada no custo econômico que poderia tornar-se insuportável à sociedade, de forma que a redução somente pudesse ser instituída, se admitida e acompanhada pela funcionalização de poderes reconhecidos à iniciativa privada.

Por outro lado, a retirada da atuação direta do Estado não poderia representar a supressão de garantia de realização de direitos fundamentais, pois a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil de maneira

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed. rev. e atualiz. Malheiros: São Paulo, 2012. p.152

¹⁶⁴ BRASIL, Ministério da Administração Federal e reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado. Organizações sociais/Secretaria da Reforma do Estado. **Cadernos MARE da reforma do estado**. v.2. 5. ed. Brasília: Ministério da Administração e reforma do Estado, 1998. p. 10

que, para a realização dos valores fundamentais a um Estado Social, torna-se necessária a maior participação de todos os segmentos sociais.

A publicização surgiu como uma via pública, porém não estatal, tendo em vista à impossibilidade do Estado responder de forma ágil e eficaz a demanda da coletividade, e ao criar mecanismos de transferência dos serviços públicos ao setor privado sem finalidade econômica, ficaria o Estado, em tese, como regulador e não executor, com a proposta de exercer um papel de ‘fiel da balança’, em ponderar o interesse público sobre o particular, visando garantir e proteger os direitos coletivos e sociais.

Nesse sentido, Maria Lírida C. A e Mendonça esclarece que, a partir da reforma administrativa de 1995, o Estado passou a normatizar o que é público para a coletividade, definindo também quais os setores nos quais a atividade estatal (publicizável) passaria atuar simultaneamente com organizações privadas nas áreas de educação, saúde, cultura, etc. passando tais organizações serem qualificadas como Organizações Sociais. Nesse sentido:

A proposta governamental de reforma do Aparelho do Estado no Brasil adotou uma estratégia, que os teóricos da reforma chamaram de Publicização, a qual objetiva implantar um instrumento de absorção dos serviços públicos não-estatais fomentados pelo Estado. [...] As organizações sociais, entes localizados entre a sociedade e o Estado, viabilizando uma ação pública mais ágil e de maior alcance, com controle social direto e participativo.¹⁶⁵

Por certo, no tocante aos dispositivos constitucionais quanto à ordem social precisavam ganhar o tônus jurídico necessário a fim de garantir a consecução dos direitos sociais, bem como materializar os direitos fundamentais, cristalizando assim, a própria legitimidade estatal em solidificar a democracia e o Estado de direito, e sob este enfoque, Luiz Carlos Bresser Pereira levanta os seguintes apontamentos:

Os principais dispositivos na Constituição de 1988 que tendiam para essa direção foram os artigos sobre a estabilidade e o sistema de previdência dos servidores públicos, complementados a nível apenas federal pela lei de 1991 sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos. Criaram-se privilégios para os servidores públicos, garantindo-se-lhes estabilidade plena, uma aposentadoria precoce com vencimentos integrais equivalentes ao último salário e, na prática,

¹⁶⁵ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p. 75-76

sacramentando-se a renúncia à exigência de sua responsabilização (*accountability*) perante a sociedade. Conseqüentemente, em janeiro de 1995, quando apresentei as primeiras idéias sobre a reforma da administração pública - atenuar a estabilidade plena que a Constituição garantia a todos os servidores públicos, aproximar os mercados de trabalho dos setores público e privado, e usar organizações públicas não estatais (sem fins lucrativos) para prestar os serviços sociais e científicos sustentados pelo dinheiro público - uma tempestade caiu sobre mim. O tema era novo e, portanto, ameaçador, pelo menos na aparência. A reação negativa foi quase universal. [...] Esta era uma crítica comum e autoritária, como se fosse possível reformar a Constituição e as leis de uma nação sem falar, sem debater idéias.¹⁶⁶

Sobre a necessidade de justificar e fundamentar a reforma administrativa, para solidificar a democracia e o Estado Social, Bresser-Pereira diz que:

Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial são instituições dialeticamente inter-relacionadas. Após a Segunda Guerra Mundial, a democracia permitiu que os trabalhadores e as classes médias aumentassem suas demandas por serviços sociais, transformando o Estado Democrático Liberal em Estado Democrático Social - uma forma de Estado na qual o consumo coletivo relativamente igualitário é importante.¹⁶⁷

Significa dizer que, a publicização do privado se deve na subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade, na visão de Bresser Pereira sob o enfoque da reforma administrativa pelo processo de publicização aponta que:

[...] 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, quanto esse grupo, embora orientado para o interesse público, perpetua-se no controle da organização, independentemente da sua capacidade gerencial.¹⁶⁸

Sob essa preocupação na adequação dos gastos públicos como um todo, o programa de reforma gerencial brasileira (Plano Nacional de Desestatização – Lei n.

¹⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**. vol. 50. pp 5-30. 1999. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7559_Cached.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018. p.11.

¹⁶⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, estado social e reforma gerencial. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 50, n. 1, mar. 2010. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-75902010000100009>. Acesso em 26 fev.2018. p.1.

¹⁶⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. Loc. cit. p. 27

9.491/1997), vigora sob 03 objetivos principais:

a) aumentar a eficiência e efetividade dos órgãos ou agências do Estado por meio da descentralização e desconcentração, da separação entre formulação e execução, da implantação de novos controles (de resultados, contábil, etc.), da separação entre as atividades exclusivas de Estado e as competitivas, da transferência ao setor público não estatal dos serviços competitivos, da terceirização das atividades de apoio e do fortalecimento da burocracia central, a fim de corrigir as distorções na gestão pública que encontrava-se voltada ao controle de procedimentos e regras, por vezes, desnecessárias;

b) fortalecer a capacidade do Estado de promover o desenvolvimento econômico e social, da promoção de educação, saúde, desenvolvimento tecnológico e comércio exterior e,

c) assegurar o caráter democrático da administração pública com um serviço orientado para o cidadão-cliente ou cidadão-usuário e a responsabilização do servidor público pelos seus resultados.¹⁶⁹

Tais objetivos contribuíram para o embasamento de descentralização, principalmente à implantação de parcerias com Organizações Sociais – através do Programa Nacional de Publicização, a ser regulamentado conforme a Lei n. 9.637/1998, para a transferência de atividades consideradas competitivas do Estado e tidas como não exclusivas, sendo: educação, saúde, cultura, ciência e tecnologia para o chamado setor público não estatal.

A proposta da lei n. 9.637/1998, contemplava num primeiro momento a extinção de órgãos e entidades e a absorção de suas atividades por organizações sociais, sendo então extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República (arts. 21 e 22).

Com a extinção destas entidades e órgãos, suas atividades passariam para as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais, e estas poderiam ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão (art. 12), como também era facultado ao Poder Executivo, a cessão especial de servidores públicos das entidades extintas, para as organizações sociais, com ônus para a origem, e os servidores perceberiam as

¹⁶⁹ PIMENTA, Carlos César. **A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais**. n. 5. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, Set/Out, 1998. p. 188.

vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem (art. 14 e §3.º).

O Plano Diretor de Reforma do Estado contemplava que os serviços não exclusivos corresponderiam aqueles nos quais o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas, sendo que estas não recebem qualquer poder estatal, porque tais serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, e como exemplos desse setor foram apontados as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa, os museus, etc.

Entretanto, o processo de publicização no Brasil, dentro da proposta de reforma administrativa do Estado, passou ao largo das privatizações, a velocidade estrutural em sua proposta inicial foi sendo reduzida ao longo dos tempos.

E essa sonegação política gerou muitos desvios e percalços jurídicos sobre a prestação de serviços públicos não exclusivos, por entidades não estatais que compõem o Terceiro Setor, tendo características de terceirização, criando, assim, hiatos e reticências que dificultaram a própria existência legal do processo da publicização e de sua funcionalidade dada precária regulamentação normativa e regulação eficaz durante 19 anos, uma vez que o Programa foi regulamentado somente em novembro de 2017 e que será tratado com propriedade em capítulo próprio neste trabalho de pesquisa.

Neste interím, as prestações de serviços públicos considerados não exclusivos, muito embora relacionados aos direitos fundamentais e sociais como saúde, educação, proteção do meio ambiente, etc., não têm os devidos cuidados regulamentares, sejam legislativos e/ou administrativos, ao menos em atender adequadamente a segurança jurídica, sobre os pactos/contratos com as entidades privadas de caráter público não estatal do Terceiro Setor.

3.3 O TERCEIRO SETOR: FUNÇÃO ECONÔMICA E ANÁLISE CRÍTICA.

As demandas sociais ao longo do século XX passaram por transformações, principalmente a partir da década de 50, quando novos direitos foram introduzidos na ordem jurídico-constitucional das sociedades modernas, como direitos sociais, econômicos e políticos, aumentando assim a responsabilidade do Estado, enquanto esfera política, em garantir a efetividade desses direitos frente às demandas da sociedade civil em particular. Para tanto,

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram,

cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.¹⁷⁰

Sob esse contexto de transformações mundiais, o Estado passa a ser um catalisador na busca da prosperidade econômica e da justiça social, onde o setor público deixa de ser um produtor direto de bens e serviços, para ser um indutor e regulador do desenvolvimento, num processo de ação ágil, inovadora e democrática.

Para que Estado pudesse desempenhar este novo papel, era necessário que houvesse uma reforma estruturante no sentido de tornar-se descentralizado, transparente, responsável, competitivo e com maior enfoque ao cidadão, diminuindo os exageros burocráticos, a fim de atingir maior eficiência administrativa.

E as modificações no cenário mundial provocaram uma reconfiguração tanto nas instituições públicas como nas organizações privadas, em nível nacional e internacional, proporcionando uma maior participação de instituições privadas sem fins lucrativos, voltadas ao interesse público, também denominadas de Terceiro Setor, tanto no Brasil como em outros países.

As instituições privadas sem fins lucrativos - Terceiro Setor – passaram a coexistir com dois setores tradicionais, sendo: a) o Primeiro Setor (Estado), aquele no qual a origem e destinação dos recursos são públicos, e estão relacionados diretamente às ações do Estado (despesas, investimentos e fomento) e, b) o Segundo Setor (Empresas/Mercado), correspondente ao capital privado, sendo os recursos (capital e bens) são revertidos em benefício do próprio investidor.

E a tendência mundial sobre a reforma administrativa estatal foi um movimento que atingiu seu ápice entre as décadas de 80 e 90 do século XX, liderado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos da América. Tal tendência principiou o movimento do Terceiro Setor, com o surgimento e fortalecimento de entidades privadas sem fins lucrativos no cenário mundial, cujas ações e atuações estavam atreladas às parcerias com o setor público em áreas como meio ambiente, saúde e educação, etc.

A consideração em ser o Estado responsável exclusivo pela prestação de

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.10-11

serviços públicos, segundo Costa e Santin, foi uma ideia esvaziada pela doutrina Liberal, através do posicionamento político-neoliberal, promovida a partir da década de 80 do século XX, que visa manter a ideia de responsabilidade do Estado, somente os serviços essenciais, enquanto os demais, em razão da necessidade de especialização e eficiência poderiam ser delegados à iniciativa privada ou instituições privadas sem fins lucrativos, ou seja,

A organização do terceiro setor possibilita que o Estado direcione as verbas orçamentárias para a realização de políticas públicas, uma vez que muitas atividades acabam sendo realizadas pelo terceiro setor. Existem alguns instrumentos jurídicos que viabilizam estas parcerias com o terceiro setor.¹⁷¹

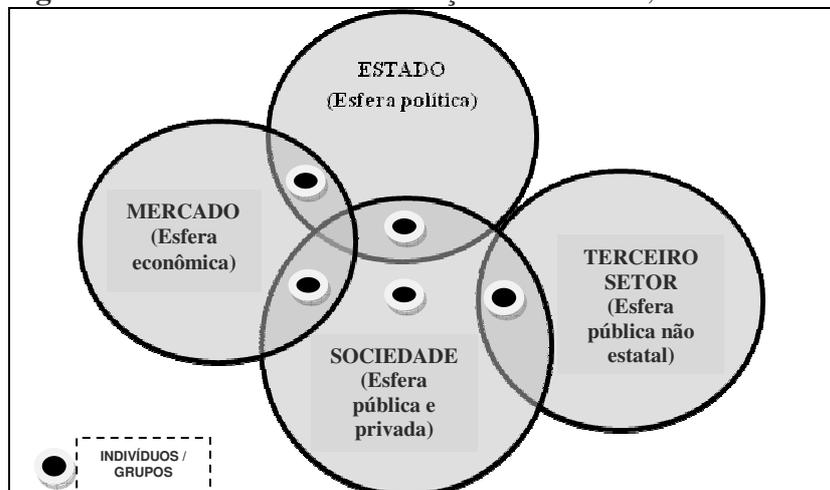
Para tanto, Costa e Santini formulam a ideia de que o Terceiro Setor, formado por instituições privadas sem fins lucrativos, possui o pressuposto da solidariedade, uma vez que o Estado tendo o dever em prestar serviços à população, nem sempre consegue atender as demandas da sociedade por dificuldades no orçamento público, seja no aspecto técnico, de pessoal, financeiros, etc. o que restringe a atuação estatal.

Rubem Fernandes discorre que o Terceiro Setor é utilizado com frequência para designar as organizações da sociedade civil, como aquele conjunto de instituições sem fins lucrativos, e por suas características distinguem-se não apenas do Estado (como esfera política), mas também do mercado (como esfera econômica), dada sua atuação num contexto democrático e participativo de quaisquer pessoas nas causas coletivas, ou seja, um espaço no qual indivíduos e instituições privadas exercem sua cidadania de forma direta e autônoma.¹⁷² Sob a concepção clássica do terceiro setor mencionada por Rubem Fernandes, é possível vislumbrar a seguinte imagem:

¹⁷¹ COSTA, Ilton Garcia da. SANTIN, Valter Foleto (organizadores). **Organizações Sociais. Efetivações e inclusão social.** São Paulo: Editora Verbatim, 2015. p.80-81 e 83

¹⁷² FERNANDES, Rubem Cesar. O que é Terceiro Setor? *In*: IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.27

Figura 1 – Terceiro Setor em relação à sociedade, Estado e mercado



Fonte: Própria (2017)

Montaño apresenta uma interessante e estruturada crítica à expressão vigorante ‘Terceiro Setor’ afirmando que, nem é terceiro, nem é setor, isto é, afirma ser uma denominação equivocada para designar um fenômeno real, e sob a ótica de uma segmentação do social entre Estado, mercado e sociedade civil.

Esclarece o autor que esta segmentação social conduz a uma desarticulação, pois o fenômeno real deve ser interpretado como ações desenvolvidas por organizações da sociedade civil (associações, fundações, etc), que, na atualidade, assumem o papel em dar respostas às demandas sociais, das quais eram de responsabilidade do Estado (burocrático e ineficiente) e de seus órgãos e entidades públicas, ou do mercado (lucrativo).

Assim, são estas organizações da sociedade civil que assumem a tarefa de atender demandas sociais, diante da valorização e relevância de aspectos como solidariedade, ajuda mútua, mínimo existencial, etc., e que tais instituições complementam o direito social aos serviços públicos.¹⁷³

Entretanto, numa perspectiva crítica, Carlos Eduardo Montaño discorre que, supostamente, o Terceiro Setor teria surgido para resolver um dilema entre o público e privado, entre o Estado e o Mercado, numa concepção claramente de inspiração liberal, e que:

¹⁷³ MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.184-185

O conceito “terceiro setor” foi cunhado por intelectuais orgânicos do capital, e isso sinaliza clara ligação com os interesses de classe, nas transformações necessárias à alta burguesia. [...] Se o Estado está em crise e o mercado tem uma lógica lucrativa, nem um nem o outro poderiam dar resposta às demandas sociais. O “terceiro setor” seria a articulação/intersecção materializada entre ambos os setores: o “público porém privado”, a atividade pública desenvolvida pelo setor privado” – por equiparação a expressão cunhada por Bresser-Pereira na década de 90: “público não estatal”.¹⁷⁴

O autor esclarece ainda que, a perspectiva hegemônica, sob forte inspiração pluralista, estruturalista ou neopositivista, que buscam isolar os supostos setores, público e privado no que se entende como “terceiro setor”, e estimula estudos de forma desarticulada da totalidade social, pois desconsidera processos tais como a reestruturação produtiva, a reforma do Estado, enfim, descartam-se as transformações do capital promovidas segundo os postulados neoliberais, e traça a seguinte justificativa:

[...] o Estado intervencionista (Providência, de Bem-estar Social) constitui um claro limite da liberdade. Com ele, se estaria seguindo um “caminho de servidão” [Hayek], ou o desenvolvimento de uma democracia tal que permitira uma “tirania da maioria” dominar as minorias [Tocqueville]¹⁷⁵, ou até a instauração de uma “racionalidade instrumental” que colonizaria o mundo da vida [Habermas]. No fundo, está em questão o clássico antagonismo liberal entre a igualdade e liberdade, entre justiça social e livre-iniciativa, entre sistema democrático e sistema de liberdades individuais. [...] Definitivamente, trata-se de uma proposta que, no fundo, procura deixar a uma minoria, os poderosos (e capazes), o governo do Estado, atribuindo à maioria do povo e gratificante, porém dócil e pacífica atividade de participar por seus interesses particulares nas associações livres.¹⁷⁶

Contudo, no mesmo compasso de conceituação do Terceiro Setor, Rifkin, segue uma linha crítica sobre a concepção do que seria o Terceiro Setor, que para este autor o Primeiro (1.o) Setor não seria o Estado, mas sim a comunidade, e o Segundo (2.o) Setor encontram-se as atividades econômicas em geral, e no Terceiro (3.o) Setor

¹⁷⁴ MONTAÑO, Carlos Eduardo. Loc. cit. p.53-54

¹⁷⁵ O autor retrata no temor de Tocqueville uma crítica à democracia em que o Estado esteja nas mãos de poucos, que representariam a maioria, enquanto a massa popular (em tese a maioria) sem condições de intervir ativamente nas decisões estatais, teria na participação de associações livres da sociedade civil uma estratégia política daqueles poucos, cujo intuito é impedir os processos revolucionários ou que a igualdade venha invadir a liberdade, num ciclo de dominação. MONTAÑO, Carlos Eduardo. Op. cit.p.72

¹⁷⁶ Id. Ibid. p.60-61

seria, enfim, a organização ou a estrutura política, na forma de Estado.¹⁷⁷

O termo Terceiro Setor, segundo Ruth Cardoso, encontra-se em construção, assumindo posições e espaço na sociedade, tendo suas ações voltadas ao interesse público por iniciativa sem fins lucrativos, filantrópicas, voluntárias etc. de maneira que não representa nem o Estado e nem o mercado, e ainda:

É um modelo que descreve um espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social que rompe o modelo tradicional entre o público e privado, surgindo a esfera pública não estatal e que enriquece a dinâmica social. O terceiro setor tem uma interrelação conceitual com o terceiro mundo, assim considerado os países não desenvolvidos entre as décadas de 70 e 80 do século XX. O fenômeno do terceiro setor tem apresentado nos últimos anos não só o envolvimento de voluntários, em que pessoas doam parte de seu tempo e experiências em causas sociais, como há uma maior participação de investimento empresarial voltado à concretização de sua responsabilidade e compromisso com a melhoria da comunidade.¹⁷⁸

E diante dos dilemas econômicos e sociais contemporâneos, dos conflitos entre o lucro e os benefícios sociais, entre os detentores do capital e os detentores da força de trabalho, as organizações privadas sem fins lucrativos, teriam condições e diminuir várias destas tensões, sendo que:

O Terceiro Setor poderá ser o fiel da balança nesta fase ou momento de transformações modernas das empresas e da sociedade, sendo que o trabalho massificado poder ser absorvido pelas ações das organizações sem fins lucrativos em parceria com o Estado e empresas.¹⁷⁹

Rubem Fernandes, compartilhando a conceituação clássica do Terceiro Setor, esclarece que em outros países, como nos Estados Unidos, a expressão possui diferenciação na natureza de atuação de certas instituições sob duas formas: a primeira faz referências às ‘organizações sem fins lucrativos’ (*non profit organization*), cujos benefícios financeiros não podem ser distribuídos entre seus diretores e associados; e na segunda são consideradas como ‘organizações voluntárias’, em sentido complementar

¹⁷⁷ RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do Terceiro Setor. In: IOSCHPE, Evelyn (et al). Loc. cit. p.13-24.

¹⁷⁸CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. In: IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.7-11

¹⁷⁹ FERNANDES, Rubem Cesar. O que é Terceiro Setor? In: IOSCHPE, Evelyn (et al). Loc. cit. p.13-24

ao da primeira.

Enquanto na Europa continental vem o predomínio da expressão “organizações não governamentais” (ONG)¹⁸⁰, expressão originada na ONU, que as consideravam significativas na contribuição aos projetos das Nações Unidas, mesmo não sendo representantes formais de governos.¹⁸¹

As relações do Estado com a sociedade vêm sendo transformada pelo processo de delegação para organizações privadas sem fins lucrativos, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, para a execução de certas atividades anteriormente centralizadas no Estado, sendo encontradas estas organizações e reconhecidas na gestão de Universidades nos Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia, na Inglaterra, principalmente na gestão de centros médios e hospitais.

Na Inglaterra, por exemplo, as organizações do Terceiro Setor desempenham suas atividades em parceria com o Estado de forma autônoma, são conhecidas como organização quase não governamental, representadas pela nomenclatura de “Quangos”, ou seja, expressão literal de: **QUA** (quasi) – **N** (non) – **G** (governamental) – **O** (organization).¹⁸²

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça esclarece, ainda que, as ‘quangos’ são entidades que recebem recursos públicos, e formam uma relação contratual com o Estado, bem como se submetem as exigências relativas à composição dos seus órgãos de deliberação de suas ações na prestação do serviço governamental.

Mendonça destaca as características de ‘quangos’ sendo identificáveis como: a) recebimento de dinheiro público; b) atuação em atividades de interesse público e, c) não se trata de órgão cuja direção seja entregue a um gestor diretamente eleito.

Por isso estas organizações na Inglaterra enfrentam resistências e, por vezes, possuem uma imagem negativa junto à opinião pública entre os cidadãos ingleses, sendo apontadas pela mídia como instituições ilegítimas, corruptas, de difícil responsabilização (*accountability*) e fundamentalmente antidemocráticas.

Entretanto, conclui que estas instituições não sofrem interferências diretas

¹⁸⁰ Segundo Marcos Kisil o Terceiro Setor refere-se a um conjunto de iniciativas privadas com fins políticos. Essas iniciativas podem ser observadas através de movimentos, associações e organizações não-governamentais – ONGs. Este setor confia mais nos mecanismos voluntários de solidariedade humana, apelando para o senso de interesse público. KISIL, Marcos. Organização Social e desenvolvimento sustentável. in IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.137

¹⁸¹ FERNANDES, Rubem Cesar. O que é Terceiro Setor? In: IOSCHPE, Evelyn (et al). Op. cit. p. 25-27

¹⁸² MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.90

de partidos políticos, pois utilizam técnicas de gestão mais adequadas, conseguem atrair técnicos e profissionais especializados aos seus quadros como prestadores de serviços, possuem forte atração de contingente de pessoas voluntárias, representa uma forma mais eficiente, barata e rápida de obtenção de informações, além de envolver-se no processo de elaboração de políticas públicas.¹⁸³

Por isso, o Terceiro Setor, em particular no Brasil, é composto por instituições de direito privado, sem fins lucrativos, com interesse público ou com atividades paralelas ao Estado, contribuindo para resultados de atendimento social à coletividade. Assim, estas entidades possuem estatutos sob várias formas jurídicas, sendo associações, fundações ou entidades de serviços sociais autônomos (híbridas), tendo os seus objetos sociais a marca de suas diferenciações legais, seja pela colaboração/apoio e parcerias constituídas com o Estado, e as qualificações que este atribuí àquelas, para firmar tais parcerias e repasse de recursos públicos, assunto a ser tratado especificamente no desenvolvimento deste trabalho.

3.3.1 O Terceiro Setor no Brasil e seu Crescimento nas Últimas Décadas.

O movimento do Terceiro Setor no Brasil ganhou força a partir final da década de 80, passando a coexistir com os dois setores tradicionais (econômico e estatal), constituindo-se, assim na esfera de atuação pública, porém não estatal, a partir de iniciativas privadas, voluntárias, sem fins lucrativos, tendo o objetivo promover o bem comum.

O Terceiro Setor no Brasil, sob a concepção clássica, encontram-se as organizações que não pertencem nem ao Estado, considerado o Primeiro Setor¹⁸⁴, e nem aos particulares, em sentido estrito sob o aspecto econômico, considerado o Segundo Setor, mesmo tendo sua iniciativa e instituição, e são, assim, consideradas modernamente como pertencentes ao Terceiro Setor, dado seu interesse altruísta em promover ações à coletividade de interesse público.

E ainda, no conjunto do Terceiro Setor, encontram-se as instituições paraestatais, sendo entidades sem fins lucrativos cujas denominações são diversas de

¹⁸³ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Loc. cit. p. 91

¹⁸⁴ De acordo com Marcos Kisil, o Primeiro Setor conta com mecanismos burocráticos e busca uma concordância forçada de toda a sociedade para com as decisões do governo, que usa de seu papel regulador e responsável pelo cumprimento das decisões legais. O Segundo setor conta com os mecanismos do mercado para participar do processo de desenvolvimento. *In: IOSCHPE, Evelyn (et al). Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.136-137

meras associações e/ou fundações de direito privado, que possuem ou não certificados e/ou qualificações específicas de utilidade ou interesse público como filantrópicas ou entes de apoio (Organizações Sociais – OS, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP).

Nesse sentido, Maria Sylvia Z Di Pietro ensina que no Brasil encontram-se outras entidades que atuam ou colaboram com o Estado, também chamadas de paraestatais, sendo que não estão expressamente na Constituição, mas são tratadas pela jurisprudência, leis ordinárias e complementares, e também pela doutrina, em especial de Cretella Júnior, em que a entidade paraestatal:

[...] é vocábulo híbrido formado de dois em elementos, a saber, a partícula grega *pará*, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e estatal, adjetivo formado sobre o nome latino *status*, que tem o sentido de Estado.¹⁸⁵

Bandeira de Mello apud Maria Sylvia Z. Di Pietro informa que o termo paraestatal surgiu no direito italiano, e eram entidades que existiam ao lado das autarquias, sendo assim uma pessoa jurídica semipública ou semiprivada.

Nesta esteira, Bandeira de Mello indica que esse tipo de entidades no Brasil são reconhecidamente os chamados serviços sociais autônomos (Sistema “S” - Senac, Senai, Sebrae, etc.), e adota o conceito para estas entidades como sujeitos não estatais, cujo regime jurídico é de direito privado, porém mantêm algum vínculo jurídico para atuar em paralelo ao Estado, que desempenham atividades com interesses próprios, muito embora não sempre exclusivamente seus, ou seja, são entidades colaboradoras que concorrem para os objetivos sociais de interesses públicos, no amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional, etc.¹⁸⁶

A Constituição Federal no art. 5.º, inciso XVIII trata da criação de associações que independem de autorização e veda a interferência estatal em seu funcionamento, e a legislação infraconstitucional do Código Civil (arts. 44 e 53) e correlatas, em especial as Leis ns. 9.637/1998 e 9.790/1999, as quais revelam as entidades privadas que se organizam para fins não econômicos e, principalmente, dando suporte legal àquelas relacionadas aos interesses públicos na prestação de serviços à coletividade, seja em parceria e/ou em colaboração com o Poder Público.

¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.597

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Loc. cit. p.597 e 599-602.

No Brasil, dados estatísticos dos órgãos oficiais como IBGE¹⁸⁷ e IPEA¹⁸⁸, revelam o crescimento do Terceiro Setor através de instituições sem fins lucrativos, diversificadas na atuação e pulverizadas em todo território brasileiro, tais como associações comunitárias, assistenciais e filantrópicas com caráter de organizações não governamentais (ONG), fundações e institutos empresariais, assim como várias outras instituições sem fins lucrativos consideradas de utilidade pública.

Dados dos IBGE publicados em 2010 informam que até 1970 existiam 9.558 Fundações e associações privadas sem fins lucrativos, na década de 70 surgiram 27.720, na década de 80 foram registradas 45.132, na década de 90 passando a existir 90.079 novas instituições, e a partir dos anos 2000, esses números começaram a reduzir gradativamente, entre 2001 a 2005 surgiram 58.388, entre 2006 a 2010 surgiram 60.265 novas instituições. Assim, em 2010 o IBGE registrou um total de 290.692 instituições privadas sem fins lucrativos em todo o Brasil¹⁸⁹, conforme o quadro abaixo:

Tabela 2 – Instituições Privadas sem fins lucrativos por seu objeto social.

ÁREA DE ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO	QUANTIDADE
Habitação	292
Saúde	6.029
Cultura, arte, esporte e recreação	36.921
Educação e pesquisa	17.664
Assistência Social	30.414
Religião	82.853
Associação Patronal, profissionais e de produtores rurais	44.939
Meio Ambiente e proteção animal	2.242
Desenvolvimento e defesa de direitos	42.463
Outras instituições	26.875
TOTAL	290.692

Fonte: Própria (2017).

O IPEA informa que as entidades sem fins lucrativos firmaram convênios com o Poder Público num montante de quase R\$ 190 bilhões, para execução de Políticas Públicas Federais. Essas entidades compõem aproximadamente 15% do total

¹⁸⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

¹⁸⁸ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

¹⁸⁹ BRASIL. IBGE INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As Fundações Privadas e Associações Sem fins lucrativos no Brasil 2010**. 2012. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62841.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

de transferências realizadas pela União entre 2003 e 2011, correspondendo a quase R\$ 29 bilhões.¹⁹⁰

Do montante relatado na pesquisa, demonstra que a grande maioria dos convênios com entidades sem fins lucrativos foram destinados a 7.588 associações, por meio de 22.046 convênios, no entanto, a categoria associações torna a classificação jurídica apresentada no orçamento federal pouco relevante, pois congrega grande diversidade de organizações, com propósitos muito diversos e grande variação no volume de transferências recebidas.

Dentre as entidades sem fins lucrativos que receberam recursos do governo federal, temos aquelas com classificação em Defesa de direitos de grupos e minorias, sendo 121 associações, por meio de 438 convênios firmados com valores empenhados em R\$355.452.88,00, e as entidades com classificação em Meio ambiente e proteção animal, foram 122 associações, por meio de 370 convênios firmados com valores empenhados de R\$168.664.987,00.

De certa maneira, por parte do Poder Público Federal, há o empenho em investir em projetos com entidades sem fins lucrativos, a fim de executar Políticas Públicas em defesa de direitos coletivos e meio ambiente.

Segundo outros levantamentos do IPEA no bojo de seus dados coletados e analisados, entre os anos de 2003 a 2011, puderem classificar as transferências federais para as entidades sem fins lucrativos por titulação, através do Sistema de Convênios do Governo Federal (SICONV), sendo que, as OSCIPs receberam R\$3.103.615.326,00, entidades de utilidade pública federal (UPF) receberam R\$7.672.617.117,00, e as demais entidades sem fins lucrativos, receberam mais R\$100 milhões.¹⁹¹

A classificação da natureza jurídica dessas entidades que firmaram convênios descritos no estudo acima, possuem as seguintes categorias: - associação; - cooperativa; - entidade sindical; - fundação; - fundação de apoio à pesquisa; - hospitais e santas casas; - serviço social autônomo; e Outros.

As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ao longo dos anos, compondo o Terceiro Setor, além de buscarem maior profissionalização, vêm conquistando maior especialização em suas atuações, detendo melhores condições de

¹⁹⁰ BRASIL. IPEA INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ed.). **A Participação das ONGS nas Políticas Públicas: o ponto de vista de gestores federais**. Texto para discussão 1949. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, Abril, 2014. p. 7-9

¹⁹¹ BRASIL. IPEA INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Texto para Discussão 1896: As entidades sem fins lucrativos e as políticas públicas federais: tipologia e análise de convênio e organizações (2003-2011)**. 2013. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/>. Acesso em: 26 fev. 2018.

articulação e mobilização de forma mais ágil e eficaz, desburocratizando o Poder Público na execução de Políticas Públicas.

Andrés A. Thompson descola sua conceituação formal do Terceiro Setor, para a reflexão do importante papel das instituições privadas sem finalidades lucrativas na execução de serviços públicos à coletividade, e na construção de arquétipos políticos, interagindo entre o Estado e a Sociedade quando:

[...] atua [politicamente] na conquista e na garantia dos direitos e da cidadania dos excluídos, sendo capaz de mobilizar a sociedade e provocar a opinião pública, bem como atua na flexibilização de alianças e busca influenciar nos processo de tomada de decisões. [...] presta serviços com qualidade visando as relações [econômicas] entre custo-benefício e efetividade, possui um capital humano qualificado e capacitado, de forma que consegue atuar de forma complementar às Políticas Públicas em maior escala, vencendo assim a burocracia estatal em ter um serviço adequado à população.¹⁹²

Dessa forma o Terceiro Setor foi uma das estratégias da proposta na reforma administrativa do Estado no Brasil a partir de 1995, através da Emenda Constitucional n. 8 do mesmo ano, que alterou o inciso XI, e da alínea “a” do inciso XII, possibilitando o desdobramento em leis ordinárias sob dois eixos em diferentes processos, sendo um muito forte, considerado como privatização (Lei n. 9.491/1997), e outro incipiente considerado como publicização (Lei n. 9.637/1998), sendo considerado processo que ensejaria uma legislação pela qual o Terceiro Setor trafegaria na execução de serviços públicos não exclusivos em parceria/colaboração com o Estado, na busca de maior eficiência e qualidade no atendimento à sociedade.

3.3.2 A Participação do Terceiro Setor no Brasil e as Distorções da Burocracia na Execução de Serviços Públicos.

A redução da intervenção direta do Estado na prestação de serviços públicos, as correções nas distorções do modelo burocrático estatal com excessos nos procedimentos e em outras falhas na burocracia que impediam a eficiência da Administração Pública, foram apontadas como necessárias na Reforma administrativa do Estado brasileiro a partir de 1995, a qual foi embasada no custo econômico que

¹⁹² IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.46-48

poderia tornar-se insuportável à sociedade, de forma que a redução somente pudesse ser instituída, se admitida e acompanhada pela funcionalização de poderes reconhecidos à atuação da iniciativa privada. Neste sentido, Bresser-Pereira refletindo sobre o processo de Reforma do Estado discorre que:

A reforma provavelmente significará reduzir o Estado, limitar suas funções como produtor de bens e serviços e, em menor extensão, como regulador, mas implicará também ampliar suas funções no financiamento de atividades que envolvam externalidades ou direitos humanos básicos e na promoção da competitividade internacional das indústrias locais. A reforma do Estado é um tema amplo. Envolve aspectos políticos – os que se relacionam com a promoção da governabilidade –, econômicos e administrativos – aqueles que visam a aumentar a capacidade de governar – a capacidade efetiva de que o governo dispõe para transformar suas políticas em realidade –, as que primeiro foram iniciadas, ainda nos anos 80, foram aquelas que devolvem saúde e autonomia financeira ao Estado: particularmente, o ajuste fiscal e a privatização.¹⁹³

Por outro lado, a retirada da atuação direta do Estado não poderia representar a supressão de garantia de realização de direitos sociais fundamentais, pois a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil de maneira que, para a realização dos valores fundamentais a um Estado Social, torna-se necessária a maior participação de todos os segmentos sociais.

Nesse sentido, conforme entendimento de Lefheld, a reforma administrativa do Estado brasileiro foi fundada na:

[...] necessidade de impor uma reforma baseada em modernas formas de gestão pública baseou-se na perspectiva de melhoria do uso dos recursos estatais escassos disponíveis e no atendimento democrático das demandas da sociedade civil.¹⁹⁴

O processo de reforma administrativa do Estado brasileiro teve dois vetores, um sob o prisma econômico, com a instituição do programa nacional de desestatização (Lei n. 9.491/1997), chamado de privatização, conforme o artigo 175 da Constituição Federal que, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. E, em outro prisma, sob o âmbito social, foi instituído o programa nacional de

¹⁹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. SPINIK, Peter. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Tradução de Carolina Andrade. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p.23

¹⁹⁴ LEFHELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008. p.204

publicização (Lei n. 9.637/1998), conforme o artigo 193 da Constituição Federal sendo que, a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Ambos vetores sinalizavam o interesse em diminuir a atuação econômica estatal tanto em âmbito da ordem econômica, quanto na ordem social.

Aliás, o objetivo primordial na ordem social é a Justiça social, de maneira que a prioridade não é a satisfação dos interesses do capital, mas, sim, os interesses do trabalho, o qual é assim tido como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 173).¹⁹⁵

O vetor de âmbito social tem como ponto de partida a Lei n. 9.637/1998, que instituiu o Programa Nacional de Publicização. Nesse sentido, Bandeira de Mello ao tratar do tema da intervenção do estado no domínio social, esclarece que a Constituição Federal é expressa em apontar o dever do Estado na prestação de serviços públicos sociais, principalmente quanto à saúde (arts. 196 a 198), educação (arts. 205, 208, 211 e 213), previdência social (art. 201), enquanto outros serviços como previdência privada terá o caráter complementar (art. 202) e assistência social (arts. 203 e 204) é previsto a colaboração com entidades beneficentes de direito privado.¹⁹⁶

Sob o prisma do dever do Estado numa atividade positiva aos cidadãos, a alternativa de descentralizar a execução serviços públicos, considerados não exclusivos, transpassou a compreensão de mera transferência de responsabilidade do Estado à sociedade civil organizada, que pela análise de Norberto Bobbio:

De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de “privatização do público.”¹⁹⁷

Assim, a tendência da sociedade civil em buscar sua emancipação do poder regulador do Estado, e em transformá-lo da figura social do Estado de direito (governo em expansão), na metamorfose substitutiva à figura do Estado Social (governo difuso), sempre será uma intenção incerta, dado o risco de envolver-se num processo de estatalização, ou seja, a impossibilidade do Estado em responder de forma rápida e eficaz a demanda da coletividade, transfere serviços públicos ao setor privado, enquanto

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.830

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p.833

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003 p.26.

ele passa a ser o regulador e não executor, com o papel de ‘fiel da balança’, ponderando o interesse público sobre o particular, enquanto a garantia e proteção dos direitos coletivos e sociais poderiam ser fragmentados e/ou serem colocados em suspensão.¹⁹⁸

Dessa maneira, em diversos países, assim como no Brasil, a administração pública tem sido submetida ao processo de reforma e adequação do perfil governamental e de suas capacidades em gestão dos gastos e investimentos públicos, provocado pelo contraste entre a sociedade civil e o Estado.

Assim, as Políticas Públicas, enquanto conjunto de diretrizes advindas da sociedade, por meio de seus vários grupos, contém programas de ação e de execução, cuja finalidade é atingir um resultado ou um objetivo, têm recebido influências dadas participações das instituições do Terceiro Setor. O sistema político contempla um conjunto de objetivos que informam determinados programas de ação de governo, e condicionam sua execução.

No que tange às políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci apud Eduardo C. B. Bittar, a fim de esclarecer os objetivos e a finalidade de execução de programas de governo em atender as necessidades demandas pela coletividade:

Quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem sucedida.¹⁹⁹

No caso, de modo diferente, a Política Governamental deve ser entendida como um conjunto orgânico de diretrizes voltadas à concretização de um determinado objetivo, ou seja, é um conjunto de ações ordenadas com intuito de alcançar um fim, e realizar o bem comum. Assim, o objeto da Política Governamental pode ter uma abrangência federal, estadual/distrital e municipal, atribuições gerais e setoriais.

No tocante a freqüente junção de Estado e governo como sinônimos, faz-se necessário realçar as diferenças conceituais, principalmente quando se trata de parceria

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 47-50

¹⁹⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.190.

com o Terceiro Setor. Nesse sentido:

O debate do ‘terceiro setor’ não distingue estes dois conceitos; pelo contrário, confunde-os. Diferenciar Estado de governo torna-se central para poder caracterizar, no nosso caso, o papel e a função na relação (por exemplo, de “parceria”) entre organizações populares, não-governamentais, com o Estado. A “parceria” é com o Estado, porém segue tendencialmente uma política governamental. [...] Assim sendo, a chamada “parceria” não é outra coisa senão o repasse de verbas e fundos públicos no âmbito do Estado para instâncias privadas, substituindo o movimento social pela ONG. E essa verdadeira transferência de recursos públicos para setores privados não ocorre sem uma clara utilidade política governamental. O Estado é, portanto, mediante a legislação (leis como do “voluntariado”, do “terceiro setor”, das “Oscip”, das “parcerias”) e repasse de verbas, um verdadeiro subsidiador e promotor destas organizações e ações do chamado “terceiro setor” e da ilusão do seu serviço.²⁰⁰

O termo parceria segundo Paulo Modesto, em sentido amplo, é a associação estável e duradoura de interesses comuns, com reciprocidade entre os envolvidos, reconhecimento mútuo em complementar os pontos fortes, e suprir os pontos fracos, disciplinada pelo direito, com obrigações paritárias, independente da criação de uma pessoa jurídica.²⁰¹

Modesto adentra o conceito de parceria público-privado destacando certas características por não ter uma designação de estrutura relacional uniforme, mas arranjos variados de colaboração duradora, voluntária e estável sob o aspecto finalístico, ou seja, há um valor comum, o interesse público. E ainda, a parceria público-privada deve ser constituída de modo paritário, cujos benefícios sejam voltados à coletividade e não os pares, se os benefícios (oferecimento de serviços, bens ou pessoal) tendo como destinatário um dos parceiros, não será uma parceria, mas uma simples contratação, por ausência do valor compartilhado – o interesse público e conclui:

Toda parceria para prestação de serviços ou para implementação de projetos comuns deve ser voluntária. Parceria compulsória é uma contradição em termos. Nas parcerias há relação jurídica bilateral ou multilateral, geradora de obrigações jurídicas recíprocas, caracterizada pela paridade, equilíbrio e voluntariedade, pois o vínculo pretende traduzir o esforço comum e autônomo para prossecução de fins

²⁰⁰ MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.137 e 144

²⁰¹ FUX, Luiz (et al). **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 97

compartilhados.²⁰²

Sob este aspecto, Maria João Estorninho em seu estudo sobre a fuga do direito público para o direito privado, cujas imperfeições dos serviços prestados pelo Estado poderão ser corrigidas por instituições que não pertencem ao aparato estatal, tampouco do domínio privado, e a cautela necessária será sobre os riscos de ineficiência no atendimento à coletividade.

Na verdade, é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenômenos, existam por vezes objetivos velados e subreptícios[obtido por fraude], como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de atuação, aos controlos ou à responsabilidade.²⁰³

Montaño esclarece que o terceiro setor compensaria as políticas sociais abandonadas pelo Estado, sob o aspecto de que:

[...] as políticas sociais promovidas no “terceiro setor” tendem a multifragmentação do trato da “questão social”, pois além da sua setorialização genética, são agora multifragmentadas, dada as novas concepções ali presentes e a pequena área de abrangência das organizações deste setor em micro-espacos. Mal poderia o chamado “terceiro setor” compensar, em quantidade, qualidade, variedade e abrangência, as políticas sociais e assistenciais abandonadas pelo Estado.²⁰⁴

A parceria público-privada, entre Estado e entidades do Terceiro Setor, acarreta uma finalidade de fomento, e seu vínculo não se confunde com o contrato de ‘terceirização’ de serviços públicos, pois o destinatário destes serviços é o cidadão e não o aparato estatal, tanto que a quantificação da atividade não se pode ser parametrizada segundo indicadores de mercado, ou seja, massificação no atendimento versus maximização de lucros.

No Brasil, a principal demanda da sociedade ao Estado está voltada à prestação de serviços públicos, na ordem de direitos coletivos da ordem social são relacionados à educação e, principalmente, em saúde, a qual está associada às condições

²⁰² Idem. Op. cit. p.99

²⁰³ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2009, p. 56-57

²⁰⁴ MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social.** 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.169

como os indivíduos vivem, e a maneira de sua manutenção e melhoria, que dependem dos bens e serviços postos à sua disposição, ou seja, a saúde da coletividade nacional dependerá da capacidade produtiva e econômica para alimentar-se, e dos recursos em sobra para cuidar e proteger a sua saúde, cuja lógica estatal, tem no direito à saúde e serviços públicos dessa ordem, associados ao desenvolvimento econômico (art. 3.º, Lei n. 8.080/1990).

Assim, o programa brasileiro em saúde pública, por meio do Sistema Único de Saúde (Lei n. 8.080/1990), reserva um dos maiores orçamentos públicos e a execução de políticas públicas que não se ajustem às condições da coletividade, podem deixar de atender às necessidades demandadas pela sociedade, gerando grande frustração social, e a sensação de desperdício dos recursos públicos quando mal utilizados.

A dificuldade do Estado brasileiro na gestão pública eficiente evidencia seus conflitos de governabilidade, das quais impossibilitam equacionar as demandas e o atendimento à população, sob o aspecto político, enquanto no aspecto jurídico, expõe uma crise de legitimidade da autoridade estatal em tomar decisões válidas a serem cumpridas pela coletividade, que se refletem no aumento de ações judiciais a fim de garantir a efetivação de direitos sociais.

Em relação à adequação e atendimento das demandas sociais pelo Estado, e a busca de eficiência no atendimento, não se pode perder de vista a qualidade e efetividade dos direitos sociais fundamentais nas ações e entrega de serviços públicos. Dessa maneira,

[...] entre as várias teorias justificadoras da reforma da Administração Pública, encontra-se aquela que argumenta ser o aparato estatal burocrático, ineficiente, mas não projeta a reforma, reestruturar e aprimorar o aparelho estatal. Procura simplesmente transferir a prestação estatal para a iniciativa privada. Preocupam os possíveis desvirtuamentos e a insegurança, de já não serem ou não virem a ser, as Organizações Sociais, privatizações dissimuladas que levarão inevitavelmente ao aumento das desigualdades sociais e ao aprimoramento do conformismo popular frente ao Estado.[...] O plano de reforma, que buscou descentralização e desconcentração, tem nas Organizações Sociais o alcance de suas diretrizes e têm como concepção orientar novas metas e funções do aparelho estatal, os serviços não exclusivos do Estado. Atividades antes consideradas de caráter estatal passam a ser realizadas por uma entidade privada.²⁰⁵

²⁰⁵ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.99 e 101-102

A publicização como estratégia prevista no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁰⁶, alargou o conceito de propriedade, concebida como privada ou estatal (pública), criando um conceito intermediário de propriedade não-estatal, constituída por organizações sem fins lucrativos que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público, por meio de parceria com o Estado.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 introduziu importante princípio ao caput do artigo 37 da Constituição Federal, sendo o princípio da eficiência, cujo objetivo é claro de que os serviços públicos deverão obter resultados positivos à satisfação das necessidades básicas dos administrados, além da finalidade em combater o mau uso dos recursos públicos, a falta de planejamento e práticas da Administração Pública de gestão nociva aos interesses da coletividade.

Humberto Falcão Martins esclarece que o Poder Público ao escolher seus parceiros deve pautar-se por outro princípio constitucional implícito na eficiência, qual seja, o princípio da vantagem da complementaridade de capacidades, no qual a combinação das partes potencializa capacidades que, isoladamente, gerariam efeitos inferiores quanto aos impactos pretendidos e, por isso, fomento significa apoio capaz de induzir os parceiros a gerar bens ou serviços a certos beneficiários, a ponto de que o parceiro privado não seja um fornecedor como numa relação comercial que envolve de um lado o interesse de lucro e de outro a contraprestação de um serviço ou fornecimento de um bem.²⁰⁷

Além da complementariedade de capacidades citada por Martins, outro ponto importante a ser destacado é o custo social em relação a necessidade e oportunidade da parceria entre o Poder Público com entidades privadas sem fins lucrativos, ligadas ao Terceiro Setor, pois o atendimento à coletividade deve demonstrar uma melhoria qualitativa e quantitativa em relação ao investimento público, daí a necessidade de acompanhamento de metas e monitoramento da parametrização dos resultados anteriores em relação aos apresentados na execução da parceria público-privada.

²⁰⁶ BRASIL, Ministério da Administração Federal e reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado. Organizações sociais/Secretaria da Reforma do Estado. **Cadernos MARE da reforma do estado**. v.2. 5. ed. Brasília: Ministério da Administração e reforma do Estado, 1998. p. 10

²⁰⁷ FUX, Luiz. (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.154

O Poder Público a fim de alavancar sua atuação social em atendimento à população, através de uma terceira via, por meio de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos pertencentes ao Terceiro Setor.

As entidades do Terceiro Setor, para atuação em parceria com o Poder Público, passaram a ser regidas por dois diplomas legais, sendo: a) Lei n. 9.637/1998, a qual dispõe em seu artigo 2.º os requisitos de qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos como Organização Social (OS) e, b) Lei n. 9.790/1999 pela qual podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, três anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei (art. 1.º).

As Organizações Sociais (OS), como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) são consideradas como organizações públicas não-estatais, com suas regras e procedimentos de parceria próprios junto ao Poder Público, e Humberto Falcão Martins esclarece que:

[...] não pode ser considerada um bônus à pactuação, mas uma condição necessária, uma “vantagem comparativa”, que deve ser revertida em ganhos estruturais de eficiência. [...] há uma questão cultural (o mito de que “qualquer ganho de autonomia e flexibilidade é uma porta aberta à corrupção”) e uma questão histórica (de que quando há problemas decorrentes da não regulação e não direcionamento da autonomia, opta-se por cassá-la, não por melhor regulá-la e direcioná-la) subjacentes a essa questão.²⁰⁸

A proposta da reforma administrativa do Estado em criar meios legais e instituir parcerias com organizações privadas, sem fins lucrativos e com interesse público, estava focada nas condições destas entidades em profissionalização, e maior nível de especialização em suas atuações, detendo melhores possibilidades de articulação e na mobilização social, de forma mais ágil e eficaz, desburocratizando, assim o Poder Público na execução de Políticas Públicas, além de facilitar aos cidadãos acesso a direitos antes distantes de suas realidades.

3.3.2.1 As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP – lei n.

²⁰⁸ FUX, Luiz. (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.161

9.790/1999, e seu papel na concreção de direitos sociais fundamentais.

As organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) são singularmente chamadas de organizações não governamentais (ONGs), pelo fato de terem uma atuação não estatal. Entretanto, de modo geral, se diferem de outras instituições não governamentais, conforme a natureza jurídica complexa para alcançarem a sua qualificação legal de acordo com os artigos 1.º ao 8.º, da Lei n. 9.790/1999, pela qual as Fundações privadas e/ou instituições privadas, sem fins lucrativos passam a ter condições jurídicas para firmar termos de parceria e cooperação com o Poder Público.

As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que pretenda a qualificação como OSCIP, conforme o artigo 3.º, da Lei n. 9.790/1999, deverá em seu estatuto comprovar objetivos sociais em pelo menos uma das seguintes finalidades em:

- 1 – Social, pela promoção da assistência social; promoção do voluntariado;
- 2 – Cultura e Educação, pela promoção da cultura; defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais
- 3 – Saúde, pela promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; promoção da segurança alimentar e nutricional;
- 4 – Desenvolvimento Econômico e sustentabilidade, pela defesa, preservação e conservação do meio ambiente; promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; estudos; estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte, dentre outros.

Desse modo, o marco legal do Terceiro Setor no Brasil surgiu com o advento da Lei n. 9.790/1999 (e seu regulamento pelo Decreto n. 3.100/1999), que trata da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e por meio

desta obtêm, assim, o reconhecimento jurídico e político de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

A partir deste marco legal, estas instituições assumiram um importante papel social e político no Brasil, para a implementação de direitos fundamentais e coletivos, bem como firmando parcerias e ou cooperação com Poder Público na execução de Políticas Públicas, melhorando as condições de grupos no exercício da cidadania, beneficiando não só do indivíduo, mas, principalmente, determinados grupos de indivíduos.

Maria Sylvia Z. Di Pietro esclarece sobre a função da OSCIP e do Poder Público em relação à parceria entre eles sendo que:

[...] a atuação da Administração Pública enquadra-se na função de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão do serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3.º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.²⁰⁹

A atuação do Terceiro Setor pela OSCIP, principalmente por meio de instituições com finalidade sócio-ambiental no Brasil, voltadas à busca de ações efetivas de preservação e proteção ao meio ambiente, promovem intervenções na garantia de direitos coletivos, provocando em diversos segmentos da sociedade uma nova forma de pensar e agir, estimulando os sujeitos coletivos a uma consciência crítica, colaborando, assim, em mudanças significativas da realidade de determinadas coletividades e exercício de participação cidadã.

Por isso, o Terceiro Setor, dentre as diversas instituições de OSCIP, pode ser considerado o elo entre o Poder Público, Organizações Empresariais e Sociedade, costurando parcerias mais eficientes, numa atuação cooperada entre esses atores.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apresentou em 2013 dados sobre o avanço das parcerias das organizações da sociedade civil, a partir do marco regulatório Lei n. 9.790/1999, que sob a ótica jurídica sua operacionalização pelos gestores públicos, a parceria com entidades do Terceiro Setor representa pontos

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.629

favoráveis e diversificou-se muito nas últimas décadas, porém há pontos que necessitavam ser destravados:

[...] no conjunto de menções a esta questão, *expertise e capilaridade* novamente se sobressaem. Contudo, um novo atributo, central ao debate contemporâneo sobre a cooperação entre organizações civis e o Estado, emerge: a flexibilidade comparativa das ONGs e a maior celeridade na transferência e execução dos recursos públicos por organizações civis. Esta noção, portanto, é dual: refere-se às menções sobre maior flexibilidade das organizações na gestão de recursos materiais e humanos e agilidade para o gestor executar os recursos orçamentários. [...] Congruente com a importância dos atributos de flexibilidade das ONGs, a regulação excessiva – burocracia, em sua acepção negativa – para a execução de políticas pela via estatal é uma categoria central na lista das principais diferenças entre ONGs e burocracia pública.²¹⁰

Dados como estes embasaram um projeto de lei, e após 16 anos da Lei da OSCIP, culminou na promulgação da Lei n. 13.019/2014, que entrou em vigor a partir de 27 de julho de 2015, alterada pela Lei n. 13.204/2015 de 14 de dezembro de 2015, em salutar tentativa em flexibilizar e estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, definindo diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil.

A Lei n. 13.019/2014, primeiro, reafirmou a institucionalização as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, dando maior importância às pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa no Terceiro Setor, como agentes parceiras na colaboração, cooperação para efetivação de projetos de interesse público e, segundo, reconheceu a importância da participação democrática da comunidade, na construção de valores da cidadania e inclusão social e produtiva, objetivando o desenvolvimento sustentável, através de ações descentralizadas e de forma cooperada na execução de políticas públicas, como a disseminação das informações de forma transparente e integrada (arts. 5.º e 6.º da Lei n. 13.019/2014).

Pode ser entendido, assim, que a Lei n. 13.019/2014 passou a ser um

²¹⁰ BRASIL. IPEA INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ed.). **A Participação das ONGS nas Políticas Públicas: o ponto de vista de gestores federais**. Texto para discussão 1949. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, Abril, 2014.p. 16-17

instrumento viável à execução e/ou operacionalização de Políticas Públicas voltadas ao meio ambiente, à promoção do desenvolvimento econômico sustentável e cidadania, através de projetos e ações por meio do termo de colaboração e o termo de fomento, que por ausência desses mecanismos legais, era utilizado convênio, previsto na Lei n. 8.666/1993, instrumento legal que burocratizava a tramitação e aprovação processo projetos de parceria, bem como o seu encerramento.

O diploma legal em evidência, em artigo 18, traz uma inovação ao instituir o Procedimento de Manifestação de Interesse Social, e requisitos como instrumento a ser utilizado pela OSCIP, movimentos sociais e cidadãos, para que o Poder Público possa avaliar a propostas, alargando o rol de proponentes, dando maior ênfase à participação de movimentos sociais (sem personalidade jurídica) e às pessoas físicas, para então, após análise da viabilidade da proposta, realizar um chamamento público, objetivando a celebração de parceria. Dessa forma, também alterou algumas práticas anteriores em realizar o chamamento público para que a instituição interessada apresentasse uma proposta.

Outra mudança que denota ser positiva na Lei n. 13.019/2014 foi introdução da obrigação em constar um plano de trabalho de parceria mediante o Termo de colaboração e/ou Termo de fomento (art. 2.º, inciso VII e VIII), demonstrando o nexo entre a realidade e as atividades ou projetos, definindo as metas a serem atingidas, bem como a previsão de receitas e de despesas que serão realizadas na execução das atividades abrangidos pela parceria, e os parâmetros a serem utilizados para a aferição dos resultados e cumprimento das metas.

Assim, tais termos são os principais instrumentos jurídicos de formalização e vínculo de parceria entre a OSCIP e o Poder Público, destinado ao fomento e a execução das atividades de interesse público, especificando o objeto, os programas de trabalho, as metas e os resultados, por meio de relatórios anuais e demonstrativos de execução física e financeira, sendo supervisionados pelo órgão do Poder Público da área de atuação à atividade fomentada e Conselhos de Políticas Públicas em cada nível de governo que estiver relacionada à parceria.

Deste modo, o objetivo do termo de parceria é regular o fomento entre a OSCIP e o Poder Público, substituindo entre as partes a formalização dos Convênios, instrumento jurídico exigido pela Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e contratos da Administração Pública).

A instituição de instrumentos jurídicos de gerenciamento de projetos pode

colaborar a potencializar a execução de Políticas Públicas e seus resultados, por meio da profissionalização das parcerias, no que tange ao uso de recursos governamentais, de maneira que as ações nos projetos sejam elaboradas, construídas e executadas com a efetiva participação democrática e participativa da coletividade, e que resultados possam concretizar os direitos fundamentais e coletivos, atingindo os valores da cidadania, a inclusão social e produtiva, objetivando o desenvolvimento sustentável.

Significativamente, o diploma legal estimula uma nova perspectiva e fortalecimento do papel sócio-político de atuação da OSCIP como um elo necessário, podendo servir de ponte entre Estado, as Organizações Empresariais e a coletividade, para o incremento, implantação e melhoria em ações entre os atores políticos, econômicos e sociais, por meio de parceiras eficazes na preservação do meio ambiente, desenvolvimento econômico sustentável, cultura dentre outros, disseminando as boas práticas e unindo esforços com os mesmos objetivos, convergindo e otimizando os resultados.

3.3.2.2 As organizações sociais – OS – lei n. 9.637/1998 e os entraves à efetividade de direitos sociais fundamentais na execução de serviços públicos não exclusivos.

A Lei n. 9.637/1998 dispõe sobre a competência do Poder Executivo para a qualificação de entidades, como Organizações Sociais, consideradas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme os requisitos previstos em lei (artigo 1.º).

Paulo Modesto informa que as entidades privadas sem fins lucrativos para alcançarem a qualificação ou o título de Organização Social devem atender, antecipadamente, ora requisitos estatutários, ora exigências da entidade para celebrar o contrato de gestão com o Poder Público.

Tais exigências estão contempladas na Lei n. 9.637/1998, e para o autor são consideradas como cautelas ou condicionamentos, apresentadas em três momentos distintos:

a) Condicionamentos procedimentais (art. 2.º), dentre eles a manifestação do órgão público supervisor da área social a ser fomentada sobre a conveniência e oportunidade do credenciamento da entidade postulante; assinatura de contrato de

gestão com o Poder Público, no qual deverá constar e especificar o programa de trabalho proposto pela entidade, com a estipulação de metas a serem atingidas, os prazos para execução e critérios de avaliação dos resultados, etc.

b) Condicionamentos orgânicos (art. 3.º) para comprovar a previsão de colegiado superior de administração, respeitando as proporcionalidades de composição de membros fundadores e associados da entidade, de pessoas da comunidade e de representantes do Poder Público e, o processo de eleição dos membros e o tempo de seus respectivos mandatos, dentre outros.

c) Condicionamentos materiais (arts. 4.º ao 7.º) devido a exigência de qualificação para prestação de serviços sociais de natureza universal, ou seja, não dirigidos a determinados grupos de destinatários; assinatura do contrato de gestão com determinação de contrapartidas em resultados, prazos e indicadores de desempenho; apresentação pela entidade qualificada de relatórios gerenciais ao Poder Público, etc.²¹¹

As Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades são direcionadas às atividades sociais de ensino, pesquisa científica, proteção e preservação ambiental, cultura, saúde, desenvolvimento tecnológico (art. 1.º, da Lei 9.637/1998), sendo que a qualificação dessas instituições se dá por meio de um ato discricionário do Poder Executivo (art. 2.º, da Lei 9.637/1998).

Organização Social, portanto, é um título jurídico especial atribuído pelo Poder Público às Associações e Fundações privadas, quando preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 9.637/1998. Este título jurídico especial não se confunde com o título de utilidade pública²¹², outorgado às pessoas jurídicas sem fins lucrativos em geral com caráter filantrópico. Neste sentido, as Organizações Sociais recebem uma titulação pela qual:

[...] é uma qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão,

²¹¹ MODESTO, Paulo. As Organizações sociais no Brasil, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, de 2015. In FUX, Luiz. (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.38-40

²¹² A primeira forma de qualificação são os chamados Títulos de Utilidade Pública (criados na década de 30), nos quais cabe ao Ministério da Justiça qualificar atividades do Terceiro Setor para analisar cabimento ou não daquela entidade dentro dos requisitos exigidos para essa qualificação. CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social): Nova lei de Filantropia Lei Federal n. 12.101/2009, regulamentada pelo Decreto n. 7.237/2010. É outorgado pelo Estado, pelos Ministérios da Saúde, Educação ou Desenvolvimento Social, que atuem em uma dessas áreas. COSTA, Ilton Garcia da. SANTIN, Valter Foletto (organizadores). **Organizações Sociais. Efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. p.107

para desempenhar serviço de natureza social.[...] a entidade é criada pela iniciativa privada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público.²¹³

As Organizações Sociais, assim qualificadas, deveriam alicerçar a redução da intervenção estatal direta em serviços públicos, principalmente os considerados não exclusivos (relacionados aos direitos sociais como saúde, educação, cultura, etc.), quando preenchidos requisitos específicos e técnicos, poderiam firmar parceria com o Poder Público, que por meio de contrato de gestão executar atividades relativas às áreas relacionadas anteriormente no artigo 1.º da lei acima.

As Organizações Sociais de colaboração, conforme Bulos são entendidas como:

[...] uma espécie de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, subentendendo a ideia de pessoa jurídica de direito privado. Não visa o lucro. Colima, apenas, exercer serviços públicos relevantes em prol da sociedade. Daí prescindir de ato concessivo ou permissivo do Poder Público, embora seja fiscalizada e fomentada por ele. Nasce da iniciativa de particulares, sujeitando-se ao império da legalidade, pois, para formar parceria com o Estado, deve aderir ao modelo legal. Daí resultar de um ato formal e discricionário de reconhecimento, assemelhando-se àquelas instituições particulares que recebem o status de utilidade pública. Distingue-se destas pelo conteúdo dos seus estatutos, os quais devem dispor, inclusive, sobre a previsão orçamentária, trespassando bens e recursos que se condicionam à assinatura de contratos de gestão com os órgãos da Administração Pública Federal.²¹⁴

O diploma legal das Organizações Sociais contempla os requisitos que deverão ser preenchidos à qualificação destas entidades, e quando preenchidos, não há mais espaço à discricionariedade, ou seja, a discricionariedade está relacionada ao processo lógico na tomada de decisão do agente público, substanciada na motivação, conveniência e oportunidade, enquanto o ato discricionário está relacionado à observância aos princípios constitucionais (art. 37, *caput*, CF/1988), competência e legitimidade para a prática do ato. Sob esta perspectiva Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça ensina que:

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.617

²¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 1040

A criação das Organizações Sociais representa um novo direcionamento da prestação de serviços públicos pelo Estado, conquanto sai dos setores mais excluídos e transfere a prestação desses serviços para a sociedade organizada. Trata-se, assim, de chamamento à sociedade organizada para comprometer-se, de forma, mais ativa, com o poder público não estatal.²¹⁵

Sendo assim, a Organização Social é um título jurídico especial atribuído pelo Poder Público às Associações e Fundações privadas, quando preenchidos os requisitos previstos na Lei 9.637/1998. Este título jurídico especial não se confunde com o título de utilidade pública, outorgado às pessoas jurídicas sem fins lucrativos com aspectos de atividades filantrópicas.

Di Pietro em relação às Organizações Sociais (OS) ressalta algumas observações das quais diferenciam das demais entidades englobadas no chamado ‘Terceiro Setor’, tendo como enquadramento jurídico ser ‘públicas não estatais’, pois são entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos, que prestam serviço público em substituição ao Poder Público por delegação.

A mencionada autora é categórica em falar que estas entidades não integram a Administração Pública seja Direta ou Indireta, cuja relação jurídica possui a conotação legal de serviço social de titularidade do Estado e não atividade privada de interesse público, sendo que:

Elas substituem o Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como Organização Social constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferirem a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público.²¹⁶

A autora esclarece, ainda, que o objetivo do Poder Público em contratar com Organizações Sociais, através de ‘delegação’ por meio de instrumento jurídico próprio - contrato de gestão -, serve para a não vinculação do regime jurídico a que se submete a Administração Pública, e que a execução do serviço público, isto é, serviços sociais não exclusivos do Estado, sejam prestados sob o regime de direito privado, sem qualquer

²¹⁵ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.92

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.603

derrogação por normas de direito público.²¹⁷

Juarez Freitas discorre que as Organizações Sociais, dada uma nebulosidade em seu regime, ocupam uma zona mesclada entre dois mundos, ou seja, o público e o privado, sendo assim partícipe do Terceiro Setor, e que se diferencia da OSCIP, isto porque a propalada publicização na reforma de 1990, precisaria de maior escala, pois contém maior peso de estatização, conduzindo-se ao risco de uma privatização dissimulada.²¹⁸

Assim, no tocante à conceituação do que seja figura jurídica de Organização Social no Brasil, a partir da Lei n. 9.637/1998, tem-se que Paulo Modesto relata a dificuldade diante da ambigüidade das finalidades destas entidades, e referencia que:

Organização Social é expressão ambígua no direito brasileiro. Em sentido Lato, organização social pode denotar: a) modo de estruturação ou ordenação de determinada comunidade social ou etnia; b) qualquer espécie de entidade privada sem finalidade lucrativa dirigida à prestação de atividades de interesse coletivo ou de solidariedade social.

Em sentido estrito, ou próprio, organização social pode denotar: a) título jurídico instituído, no âmbito da União Federal, [...]; b) título instituído, por leis estaduais, municipais ou distritais para qualificar entidades privadas sem fins lucrativos e de escopo social, segundo modelo semelhante ao adotado na Lei n. 9.637, de 15.5.1998 e c) as entidades privadas sem fins lucrativos detentoras de um ou mais títulos de organização social [...], depois de atendidos os requisitos previstos nas normas regentes dos respectivos títulos administrativos.²¹⁹

As Organizações Sociais possuem atividade de interesse público tendo nítida vocação em firmar parcerias com o Poder Público, porém, a atuação destas instituições não deve caracterizar a substituição completa da atividade ou responsabilidade do Estado, conforme imperativos constitucionais, principalmente, relacionados ao direito à saúde (art. 196) e à educação (art. 205), uma vez que o Estado é quem investe e contribui com recursos para que estas entidades realizem os serviços públicos não exclusivos.

Flávio Lobo apud Naves informa que a expansão do modelo de publicização e qualificação de entidades públicas não estatais a partir de 1998, ocorreu tanto em nível

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Loc. cit. p.603-604

²¹⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.442

²¹⁹ MODESTO, Paulo. As organizações sociais no Brasil, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 1.923, de 2015. In FUX, Luiz (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.19-20

federal, como em muitos Estados da federação, principalmente no Estado de São Paulo (Lei Complementar n. 846/1998 e Decreto n. 43.493/1998), Rio de Janeiro, Goiás, Distrito Federal, dentre outros, e que aproveitaram a oportunidade em expandir as parcerias com instituições de tidas com excelência nas áreas de saúde, tecnologia, cultura, educação, etc.²²⁰ podendo ser destacadas algumas Organizações Sociais, a título de exemplo, conforme quadro abaixo:

Tabela 3 – Organizações Sociais, áreas de atuação em âmbito federal e no Estado de São Paulo.

Denominação	Área de atuação	Âmbito institucional	Vínculo governamental
Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM)	Pesquisa em escala atômica e gestão de Laboratórios Nacionais de Biociências, Bioetanol, Nanotecnologia, sediado em Campinas/SP	Federal	Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação.
Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada (IMPA)	Centro de Pesquisa e ensino, atuando na formação de pesquisadores e difusão da cultura matemática no Brasil, sediado no Horto do Jardim Botânico no Rio de Janeiro/RJ.	Federal	Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação.
Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá (IDSM)	Pesquisa para a conservação da biodiversidade e desenvolvimento sustentável, desenvolvidas em mais de 25 unidades de conservação federais e estaduais na Amazônia. Sediado em Tefé/AM	Federal	Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação.
Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (OSESP)	Realiza ações de educação musical para crianças, jovens e adultos, promoção, capacitação e treinamento de profissionais das áreas da música e da educação e gestão do complexo cultural Julio Prestes (sala São Paulo). Sede na cidade de São Paulo/SP.	Estadual	Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo.
Associação Cultural de Apoio ao Museu Casa de Portinari – Brodóski	Parceria para fomento e execução de atividades relativas a área de Cultura, materializada pelo gerenciamento e execução de atividades a serem	Estadual	Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo.

²²⁰ LOBO, Flavio. As leis e as práticas: uma breve história das Organizações Sociais no Brasil. In NAVES, Rubens (coordenador). **Organizações Sociais: A construção do modelo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.34-37

	desenvolvidas junto ao Museu Casa de Portinari.		
Fundação de Apoio ao Ensino Pesquisa e Assistência HCFMRPUSO – FAEPA	Desenvolve ações e serviços de saúde no Centro de referência da saúde da Mulher de Ribeirão Preto – Mater.	Estadual	Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo
Hospital Estadual Américo Brasiliense	Desenvolve ações e serviços de saúde no Hospital Estadual Américo Brasiliense	Estadual	Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo
Fundação Pio XII	Desenvolve ações e serviços de saúde no Ambulatório Médico de Especialidades (AME) Barretos: Unidade de cirurgia ambulatorial.	Estadual	Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo

Fonte: Própria (2017).

O quadro acima representa alguns exemplos de Organizações Sociais e seu papel na gestão colaboradora com o Poder Público, e dentre essas parcerias encontram-se ainda outros Centros de pesquisas avançadas, Hospitais, Santas Casas de Misericórdia, Museus, etc.

Os Estados editaram regras próprias complementando a Lei n. 9.637/1998, editando regras complementares próprias, para atuação das Organizações Sociais em seus territórios.

É salutar que as Organizações Sociais cumprem importante papel quanto à flexibilização, disseminação e ações direcionadas à preservação da biodiversidade, promoção da ciência e tecnologia, e melhoria da qualidade no atendimento em saúde, educação, cultura, dentre outros.

As atividades das Organizações Sociais ao prestarem serviços públicos não exclusivos, principalmente em saúde e educação, devem sê-los de maneira complementar aos serviços prestados pelo Estado, ou seja, é dever do Estado manter a prestação de um serviço público em saúde (art. 199 CF) e educação (art. 209 CF), e as Organizações Sociais o complementam a fim de diminuir o déficit de atendimento à população, e que na visão de Mendonça:

A transferência institucionalizada da prestação de serviços públicos para as Organizações Sociais pode representar mera absorção de serviços antes prestados por Autarquias e Fundações Públicas, o que trará como consequência a redução da atuação da Administração Pública indireta, podendo vir a ocorrer extinção de uma entidade pública e, em seu lugar, nascer uma Organização Social, como especificamente está previsto em lei. [...] Serviços públicos não

exclusivos são deveres constitucionais do Estado, por isso não pode o Poder Público transferir a totalidade destes serviços a terceiros estranhos à atividade estatal, puro e simplesmente, embasados na eficiência econômica, sob o risco de relativização e precarização de uma publicização, criando um vínculo do cidadão como cliente com o Estado.²²¹

Mendonça alerta que, dependerá sempre da participação cidadã na fiscalização e acompanhamento das atividades destas instituições parceiras, como formas de diminuir os riscos quanto à precariedade dos serviços públicos e/ou extinção de entidades públicas.

Ademais, a função das atividades do Estado no processo de reforma administrativa deveria ser delimitada pela regulação econômico-social, ou seja, na intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implantação de políticas governamentais e realização dos direitos sociais fundamentais.²²²

O processo de publicização no Brasil, dentro da proposta de reforma administrativa do Estado a partir de 1995, passou ao largo das privatizações, e por isso, a velocidade estrutural em sua proposta inicial foi sendo reduzida ao longo dos tempos, com desvios e percalços legais, criando hiatos e reticências que dificultam sua própria existência e funcionalidade, caracterizados pela falta de regulamentação e regulação em relação à prestação de serviços públicos considerados não exclusivos, compreendidos nos direitos sociais como saúde, educação, proteção do meio ambiente, etc.

De uma maneira elucidativa, a efetividade da publicização no Brasil sob os moldes atuais, a doutrina assenta certa insegurança gerada por todo o período marcado entre 1998 a 2017, pela não regulamentação do Programa de Publicização prevista na reforma administrativa do Estado brasileiro, de maneira ter sido possível o Poder Público pactuar parcerias que resvalaram ora em caráter de privatização de serviços públicos, ora em investimentos equivocados que contribuiram numa baixa efetividade de direitos sociais fundamentais, dada ausência de regulamentação da Lei n. 9.637/1998.

²²¹ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.100

²²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.833

4. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS E A NECESSIDADE EM FLEXIBILIZAR AS PARCEIRAS PÚBLICO-PRIVADAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.

As diferentes concepções legais e doutrinárias dos instrumentos de contratos em negócios públicos, embasam as normas de direito administrativo, dentre elas a Portaria Interministerial MP/MF/CGU n. 507/2011²²³, em seu artigo 1.º, §2.º, inciso IV, descreve o Convênio sob a seguinte definição operacional:

[...]VI - **convênio**: acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação; [...] (grifo nosso)

Nesse sentido, quando não for o caso da aplicação das normas previstas no Decreto n. 6.170/2007 e da Portaria Interministerial nº 507/2011, a aplicação da Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional²²⁴, para cumprimento de informações fiscais pelo recebimento de recursos públicos, haverá cabimento com observância das seguintes hipóteses de exclusão:

Art. 2.º Não se aplicam as exigências desta Portaria:

I - aos convênios:

- a) cuja execução não envolva a transferência de recursos entre os partícipes;
- b) celebrados anteriormente à data da sua publicação, devendo ser observadas, neste caso, as prescrições normativas vigentes à época da sua celebração, podendo, todavia, se lhes aplicar naquilo que beneficiar a consecução do objeto do convênio;
- c) destinados à execução descentralizada de programas federais de atendimento direto ao público, nas áreas de assistência social, médica e educacional, ressalvados os convênios em que for prevista a

²²³ Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, revoga a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008 e dá outras providências. Disponível em <<http://portal.convenios.gov.br/legislacao/portarias/portaria-interministerial-n-507-de-24-de-novembro-de-2011>> Acesso em: 28 jul. 2017.

²²⁴ Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em <<http://manualsiafi.tesouro.fazenda.gov.br/040000/041700/041701>> Acesso em 28 jul.2017

antecipação de recursos;

d) que tenham por objeto a delegação de competência ou a autorização a órgãos ou entidades de outras esferas de governo para a execução de atribuições determinadas em lei, regulamento ou regimento interno, com geração de receita compartilhada; e

e) homologados pelo Congresso Nacional ou autorizados pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais, específicas, conflitarem com esta Portaria, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento;[...] (grifo e destaque nosso)

A Instrução Normativa em estudo descreve ainda em seu artigo 2.º, II, alíneas ‘a’ a ‘g’, hipóteses de exclusão de formalização do instrumento de Convênio, quando houver transferências de recursos por Programas governamentais por exemplo: Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas; Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE; Programa Brasil Alfabetizado, etc., e em parceiras por meio de Contrato de Gestão (art. 2.º, III).

No âmbito federal o Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007 (com dispositivos alterados pelos Decretos n. 6.329/2007, n. 6.428/2008 e n. 6.619/2008, e acrescidos pelo Decreto n. 6.497/2008), considera convênio sob 03 aspectos:

1) representa um acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União

2) deve ter como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos,

3) deve visar a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Por Convênio entende-se como um instrumento jurídico em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e/ou recursos, sejam financeiros ou econômicos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas.²²⁵

O Convênio como instrumento jurídico depende para sua formalização a

²²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed.. São Paulo: Editora Dialética. 2008. p. 871.

observância dos rigores da Lei n. 8.666/93 sobre as normas para licitações e contratos da Administração Pública, ou seja, a natureza jurídica deste instrumento é ser rígido e burocrático na sua pactuação entre Poder Público e empresas privadas, entidades públicas e/ou nos Consórcios Públicos (Lei n. 11.107/2005).

O Convênio possui, ainda, natureza jurídica de instrumento de fiscalização por órgãos responsáveis por movimentações financeiras do erário federal, independente do parceiro ser público ou privado, salvo as hipóteses previstas na Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, o que demonstra ser um mecanismo burocrático estatal, que emperra a flexibilização de parcerias, e contribui para o engessamento do Estado e da Administração Pública.

A Lei da OSCIP (n. 9.799/1999) determinava a qualificação das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, e os instrumentos que deveriam utilizar, no caso, pelo Convênio, para pactuar com o Poder Público, engessando, assim, a parceria.

No entanto, esta legislação foi alterada pela Lei n. 13.019/2014, a fim de dar maior agilidade na parceria e formalização da contratação do Poder Público com estas instituições, introduziu novos instrumentos jurídicos de parcerias, denominados de:

a) Termo de colaboração ou Termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública quando envolverem a transferência de recursos financeiros (art.2.º, VII e VIII da Lei n. 13.019/2014) e,

b) Acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, que não envolve a transferência de recursos financeiros (art. 2.º, VIII-A, da Lei n. 13.019/2014).

Outra importante contribuição da Lei n. 13.019/2014 foi atualização do procedimento para seleção da OSCIP, que deverá ocorrer por meio de ‘chamamento público’, ou seja, procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, 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, bem como o procedimento de prestação de contas e as responsabilidades, tanto da instituição contratada, como do Poder Público contratante (art.2.º, incisos XII a XIV).

Assim, é dever do Estado buscar maior eficiência em sua atuação (art. 37 CF/88) e, em se tratando de negócios públicos, encontra no Termo de Colaboração ou Termo de Fomento e Acordo de Cooperação, instrumentos propícios para formalizar parcerias com a OSCIP, como também por meio do Contrato de Gestão, se instrumentaliza para pactuar com instituições qualificadas como OS.

Os instrumentos jurídicos acima são formas ideais, flexíveis e desburocratizados, pois sua formalização ocorre em gabinetes governamentais e com a exigência da participação comunitária em todo o processo de pactuação e execução, enquanto o ‘Convênio’, instrumento jurídico rígido e burocrático, é formalizado em gabinetes, sendo que o Poder Público, de forma unilateral, impõe suas cláusulas ao contratante.

Em si, houve uma gama de regulamentações legais que atualmente, ou melhor dizendo, nos últimos 03 anos, flexibilizam a participação da OSCIP na execução de serviços públicos e de políticas públicas em parceira com o Poder Público.

Entretanto, no que concerne à parceria entre as Organizações Sociais (OS) e o Poder Público, foi instituído o Contrato de Gestão como instrumento jurídico na parceria público-privada, sendo considerado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995 como “um compromisso institucional, firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade pública estatal, a ser qualificada como Agência Executiva, ou uma entidade não-estatal, qualificada como Organização Social”.²²⁶

Para o Núcleo Estratégico da reforma administrativa o propósito do contrato de gestão era contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, com o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, a fim de atingir uma qualidade no serviço prestado ao cidadão, de maneira que o contrato especificaria metas com seus respectivos indicadores, obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes, as formas de avaliação e as penalidades na inexecução e descumprimento do acordado entre os parceiros.

O contrato de gestão para o Poder Público serviria como um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas. Para as organizações (estatais ou não estatais) parceiras, o contrato

²²⁶ Brasil. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações sociais. Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p.36

de gestão seria um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas.

Por isso parte da doutrina defende que o instrumento – contrato de gestão – se reveste de certa hibridez ora com características de um contrato administrativo pela ligação entre o público e o privado (sem fins lucrativos), ora por contemplar elementos que são próprios do convênio, dada finalidade e intuito a um resultado comum.

Maria Lírida C. de Araújo e Mendonça esclarece que os Contratos de Gestão não têm natureza de convênio, nem de contrato administrativo, representa um termo, pelo qual é utilizado entre ente e órgão público ou entre eles, na figura de responsáveis, ao estabelecem responsabilidades com a instituição privada (considerada pública não estatal), a qual receberá o recurso público e que realizará determinadas atividades.

A autora relaciona este instrumento jurídico com o termo de assunção de responsabilidades recíprocas, pois no Contrato de Gestão não há repasse de recursos, que ocorrerá em outro momento, por meio de dotação orçamentária, definindo o Contrato de Gestão da seguinte forma:

[...] é uma categoria intermediária que está situada entre os convênios firmados pelos órgãos públicos e os contratos administrativo em geral. Possui uma menor margem de discricionariedade para rompimento lícito do ajuste e por isso se aproxima dos contratos privados. Assemelha-se aos convênios porque as partes visam um escopo comum e não admitem responsabilidade por fato lícito.²²⁷

Meirelles discorre que o contrato de gestão foi considerado um elemento estratégico à implantação da reforma administrativa do Estado nos anos 90, mas não apresenta uma uniformidade de tratamento na legislação que o contempla, tendo como finalidade básica apenas possibilitar à Administração Pública fixar metas e prazos a serem cumpridos pela entidade privada sem fins lucrativos ou pelo ente público da Administração Indireta, com o objetivo de melhoria no atendimento dos serviços públicos e de seu controle, assim,

Como na Administração Pública domina o princípio da legalidade, o contrato de gestão não é fonte de direitos. Ele é simplesmente um fato

²²⁷ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.130

jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei. A ampliação da autonomia e outras vantagens a serem concedidas à entidades devem estar previstas em lei. É o que ocorre, p. ex., com o aumento dos percentuais de dispensa de licitação para as autarquias e fundações qualificadas como agências executivas (Lei n. 8.666/1993, art. 24, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 9.648/1998).²²⁸

Nessa ordem, o contrato de gestão²²⁹ é um instrumento jurídico-meio, ora por não possuir termos de repasse de recursos públicos, ora por servir ao controle gerencial de desempenho no cumprimento de metas e resultados.

Vale destacar, também, que o Contrato de Gestão, utilizado nos negócios públicos com as Organizações Sociais e Administração Pública, é um instrumento jurídico emprestado dos Decretos n. 2.487/1998 e n. 2.488/1998 que tratam respectivamente da qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, e que estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas; e das medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas, conforme a Lei n. 9.649/1998 (Organização da Presidência da República e dos Ministérios).

Meirelles, ainda, professora que não se deve confundir o contrato de gestão fundado no §8.º, do artigo 37 da Constituição Federal, com o contrato de gestão lançado na Lei n. 9.637/1998, sendo este um instrumento a ser firmado entre o Poder Público e a entidade privada sem fins lucrativos qualificada como organização social, para a formação de parceria para realização de serviços de interesse público, enquanto aquele representa um acordo operacional, pelo qual o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contratada um programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, prazos a cumprir e os resultados a serem demonstrados, ou seja, necessariamente não se trata de um contrato, propriamente

²²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.266-267

²²⁹ O objetivo do contrato, de acordo com Di Pietro, é estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 387

dito, é um instrumento de pactuação e avaliação de desempenho.²³⁰

O Contrato de Gestão com as organizações sociais é, pois, um acordo de vontades livres com objetivo de melhoria da qualidade e desempenho nos serviços públicos, mediante aferição de metas e resultados, e não se difere do conceito de contrato administrativo da Lei n. 8.666/1993, que no parágrafo único, do art. 2.º, o considera como todo e qualquer ajuste ou que tenha um acordo de vontades entre órgãos ou entidades da Administração Pública e/ou particulares, para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, ou seja, é um conceito aberto e não expressa qual a denominação instrumental utilizar na pactuação.

Apesar da dificuldade do Contrato de Gestão ser reconhecido como contrato administrativo, por sua hibridez característica, não pode ser denominado como Contrato de Administração, voltado à natureza do direito privado por envolver autonomia da vontade entre seus contratantes, e também não pode servir como um veículo às irregularidades na execução de forma fragmentada, de baixa qualidade dos serviços públicos, ou ser utilizado para causar prejuízos ao cidadão-usuário.

Mendonça embasada na argumentação de Maria João Estorninho, quanto à atividade de direito privado da Administração Pública direito privado, comenta o seguinte:

O mais interessante a salientar é o fato de, no fundo, quer no Estado Absoluto quer no Estado Liberal a atividade de direitos privado da Administração Pública foi sempre considerada como uma exceção. Aquilo que, em relação a essa questão verdadeiramente constituiu a diferença entre os dois períodos foi o fato de, no primeiro caso, a outra atividade do estado não estar sujeita à lei, ao passo que no Estado Liberal passa a estar subordinada ao Direito Administrativo.²³¹

A Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, quanto à escolha por conveniência, oportunidade e conteúdo, mesmo quando pactua pelo Contrato de Gestão com entes públicos, ou quando celebra este pacto com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, dado o instrumento jurídico comentado não ter natureza de direito privado (regido pela autonomia da vontade), deverá estar pautada pelos princípios do caput do art. 37 CF/198, mesmo sob o enfoque e objetivo em ampliar a autonomia gerencial da Administração Pública.

²³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.266

²³¹ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.161

4.1 OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CELEBRAR PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA.

Em relação à Administração Pública brasileira, Luiz Fux revela que a discricionariedade não pode ter o sentido de arbitrariedade, ou seja, o agente público ao examinar a conveniência e da oportunidade do ato administrativo não deve ser levado por um mero capricho, mas pela tecnicidade que a função pública exige, principalmente pela observância dos princípios constitucionais, principalmente, aqueles expressamente previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.²³²

A Administração Pública está organizada para atender e realizar serviços à sociedade, ao bem comum, aos interesses gerais que são definidos pelas leis e normas jurídicas, por meio de órgãos governamentais que buscam aplicar as políticas públicas de maneira mais profissional, mesmo que por vezes de forma muito burocrática.

A discricionariedade estatal possui elementos que regulam o exercício dos atos administrativos como: extensão concreta do poder, a possibilidade de determinação e a competência para o exercício, sendo que estes elementos são sempre regradados, de maneira que seu exercício delimitará o poder quanto à finalidade pública a que se destina, assim como pela previsão e ao atendimento do interesse geral.

No que tange a luta contra as imunidades do Poder Público, Eduardo Garcia de Enterría categoriza três técnicas de controle da discricionariedade:

O controle dos fatos determinantes – todo poder discricionário se apóia na realidade de fato que funciona como pressuposto de fato da norma cuja aplicação se trata. Este fato há de ser uma realidade, e ocorre que a realidade é sempre uma: não pode ser e não ser ao mesmo tempo ou ser simultaneamente de uma maneira e de outra. [...] O controle da realidade dos fatos determinantes fundamenta-se nas possibilidades mais eficazes do controle judicial sobre os poderes discricionários; [...]. (tradução nossa)²³³

O autor elucida na primeira técnica, o controle dos fatos determinantes passa pela valorização política da realidade, cujo ponto inicial será um determinado fato

²³² FUX, Luiz (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.77

²³³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3.ed. Madrid: Editora Civitas, 1995. p.26

produzido no mundo fenomênico, o qual não poderá ser objeto de discricionariedade da Administração Pública, pois não pode ele ficar ao arbítrio da Administração discernir se ele foi cumprido ou não, ou determinar a forma como ocorreu, sendo que tal investida não compete ao Direito Administrativo.

A outra técnica de análise no controle da discricionariedade está relacionada aos conceitos jurídicos indeterminados ou normas flexíveis, como: boa-fé, bons costumes, ordem pública, etc. e que devem ser considerados como institutos que limitam a autonomia da vontade, ou conceitos como fidelidade, respeito, coação irresistível, uso natural das forças, etc. que demonstram valores ou experiências, empregados pela doutrina do Direito e, conhecidos como conceitos jurídicos indeterminados, pois necessitam de imparcialidade numa conceituação objetiva.

Por fim, o anunciado autor atribui sua terceira técnica de controle das faculdades discricionárias, sendo aquela realizada por meio dos princípios gerais do Direito e que são uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais, que constituem o substrato do ordenamento jurídico e da experiência reiterada da vida pública. No entanto, a Administração Pública está submetida à lei e aos princípios gerais de Direito e próprios da atividade da Administração Pública.²³⁴

Enterría revela que os atos de agentes políticos não são considerados atos administrativos, por não possuírem natureza ou por não terem uma constituição de espécie de ato administrativo discricionário, ou seja, são atos distintos da Administração Pública enquanto forma típica do Poder Executivo, ora pelos Poderes como forma atípica, pelo resultado a que se propõem.²³⁵

No Direito Administrativo, segundo Enterría, os conceitos jurídicos indeterminados como: justo preço, utilidade pública, urgência, circunstâncias excepcionais, ordem pública, etc. e sua qualificação em uma circunstância concreta não podem ser mais que um conceito ao considerar se há utilidade pública ou não há, se há ou não preço justo, etc., que em verdade, frente ao conceito jurídico indeterminado, o administrador ou agente público, deve observar a característica da pluralidade de soluções justas e possíveis como consequência do exercício do poder discricionário.²³⁶

Por outro lado, Móron se posiciona sobre as dificuldades em perceber as diferenciações entre os conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade de

²³⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3.ed. Madrid: Editora Civitas, 1995. p.26-43

²³⁵ Id. Ibid. p.53-54

²³⁶ Idem. Loc. Cit. p.53-54

Enterría:

O que não está tão claro é que exista sempre uma diferença radical entre os conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, como se presume uma parte da doutrina e se lê em algumas jurisprudências. Esta suposta diferença teórica de princípio se apóia na ideia de que, quando a lei condiciona o exercício de um poder administrativo mediante um conceito jurídico indeterminado, somente admite uma solução justa, que e aquela que derivaria da subsunção dos fatos na esfera significativa do conceito mediante um processo lógico-jurídico. Este processo de subsunção excluiria toda discricionariedade, já que esta supõe, por definição administrativa, admitir que existem várias soluções igualmente lícitas entre as que a Administração Pública pode optar livremente. (tradução nossa)²³⁷

Móron aponta que se admitir a existência de uma margem de apreciação, quer dizer que a Administração Pública possui, de certa forma, margem em como aplicar formas distintas do conceito jurídico indeterminado, que seria igualmente lícita, mas a questão é que deve existir uma única solução lógica e juridicamente aceitável.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou o caput do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, a fim de dar azo à maior eficiência na Administração Pública, e inseriu no §8.º do mesmo artigo a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, que poderá ser ampliada por meio de contrato, tendo por objeto a fixação de metas, controles e critérios de avaliação de desempenho, acarretando maior discricionariedade na Administração Pública.

Vale ressaltar que as parcerias previstas na reforma administrativa de meados dos anos 90, foram objetivadas como uma das estratégias do Estado em ser mais assertivo no atendimento de direitos sociais, e mais eficiente na entrega de serviços públicos adequados às demandas da sociedade.

Entretanto, a parceria de modo geral é uma forma flexível, negociada e tratada pela autonomia da vontade entre os sujeitos numa relação jurídica de direito privado, e no setor público necessitaria de normas jurídicas e regulamentos próprios que pudessem dar os critérios e estruturas das parcerias, conforme os diferentes resultados a serem alcançados.

Neste sentido Paulo Modesto esclarece há diferentes formas de parceria público-privada, e dentre elas destacam-se:

²³⁷ MÓRON. Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editora Tecnos, 1995. p.117-118

a) parceria econômica quando, em sentido estrito, autoriza um dos parceiros a apropriar-se do resultado econômico mediato ou imediato da colaboração para utilização livre;

b) parceria social quando o resultado econômico do vínculo entre os partícipes será integralmente reinvestido na própria atividade social desempenhada ou incorporado ao fundo de contingência relacionado à sustentabilidade da prossecução da atividade social fomentada à realização dos valores comuns e,

c) parceria institucional quando, independente de ações somente com instituições públicas e/ou com privadas, envolver transferência de recursos entre os parceiros, bem como a troca de informações ou atuação conjunta.²³⁸

O Estado brasileiro na atualidade tem buscado executar serviços públicos não exclusivos através de entidades do Terceiro Setor, na tentativa de flexibilizar a burocracia estatal por meio de parcerias com entidades do Terceiro Setor, composto por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que em alguns casos, são chamadas pela esfera política/governamental, como entidades públicas não estatais.

4.2 OS FATORES ECONÔMICOS E SOCIAIS DO CONTRATO DE GESTÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

No que se refere à participação das Organizações Sociais no processo de parcerias público-privadas, o núcleo estratégico do Estado pelo Poder Executivo Federal, durante a década de 90, instituiu o Contrato de Gestão como instrumento jurídico que daria melhores condições de agilidade à Administração Pública.

Ressalta-se que, a Administração Pública até 1995 utilizava um instrumento denominado ‘Convênio de desempenho’ com as Empresas Públicas, quando foi substituído pelo Contrato de Gestão, o qual possui um viés de economicidade, ou seja, os parceiros deverão observar a relevância do resultado social a ser atingido em detrimento o retorno de investimento.

O Poder Público (órgãos e entidades da Administração direta e indireta) passou a utilizar do Contrato de Gestão com as Organizações Sociais (OS), na execução de serviços públicos à sociedade, assim como estabeleceu a participação comunitária na

²³⁸ MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais (PPS): categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas. In FUX, Luiz (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.100

fiscalização da prestação e qualidade dos serviços.

O programa de reforma administrativa, conforme a Lei n. 9.637/1998, ao inovar com o contrato de gestão, instrumento que possibilita a negociação entre Poder Público e Organização Social para a não fragmentação da atuação e das atividades voltadas à coletividade, com previsão e estipulação de meios para avaliação de desempenho institucional estatal, através de cláusulas que pactuem os indicadores de desempenho e metas.

Para tanto, o contrato de gestão previsto no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado determinava ser um documento flexível e dinâmico, e que deveria conter disposições estratégicas com objetivos da política pública à qual se referia, apresentando a missão, objetivos estratégicos e metas institucionais com os seus respectivos planos de ação, os indicadores de desempenho, quantitativos e qualitativos, para a mensuração de cada meta programada, definindo-se os meios e condições como recursos, níveis de autonomia, a sistematização do tempo das avaliações que seria exercida pelo Ministério Supervisor, por meio de reuniões de acompanhamento, objetivando correções e/ou redirecionamento das metas.

Por meio do Contrato de Gestão seriam definidos de forma discricionária os objetivos das entidades executivas relacionadas aos serviços públicos não privativos (telecomunicações, distribuição de energia elétrica, etc.), e os respectivos indicadores de desempenho, garantindo, também às entidades os meios para a sua consecução.

O mesmo instrumento serviria também àqueles serviços públicos não exclusivos (saúde, educação, etc.), ou seja, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado direcionava-se mais à gestão pública do que a estrutura organizacional do Estado, sendo que novas instituições descentralizadas seriam criadas como as agências executivas no setor das atividades não privativas (ordem econômica) e as organizações sociais no setor das atividades não exclusivas (ordem social).

A proposta do Contrato de Gestão entre o Poder Público e uma Organização Social, não é voltada a formar um Estado mínimo, mas voltar-se ao fortalecimento de um Estado legítimo, ágil, indutor e regulador do desenvolvimento econômico e da justiça social.

Nesta ressonância, Hely Lopes Meirelles tece o seguinte entendimento sobre o contrato de gestão entre o Poder Público e Organizações Sociais, de que:

[...] não se trata de um contrato propriamente dito, porque não há

interesses contraditórios. Trata-se de um acordo operacional – acordo de Direito Público [...] instrumento formalizador da parceria entre o Poder Público e as organizações sociais para prestação de serviços não exclusivos do Estado[...].²³⁹

A figura jurídica denominada de ‘Contrato de Gestão’, representa um instrumento versátil pelo qual o Poder Público poderá celebrá-lo tanto com órgãos e entidades da Administração direta, indireta, como também com entidades de direito privado, qualificadas como Organização Social (OS), e estas prestarão de serviços públicos à sociedade, tendo a participação comunitária na fiscalização da prestação dos serviços e controle de sua qualidade.

Pelo princípio jurídico da economicidade, o pacto entre Poder Público e entidade colaboradora terá seu cronograma fiscalizado pelo Estado e, também, pelo controle social, sendo objeto de comparação de desempenho entre instituições por meio de uma administração gerencial.

O contrato de gestão, em si, é um instrumento jurídico que prevê a parceria público-privada, através de estipulação de direitos e deveres entre as partes, com forte traço do consenso típico do direito privado, ou seja, há a fixação de metas e resultados a serem alcançados, e que possam demonstrar à melhoria efetiva de um serviço colocado à disposição do cidadão.

A parceria público-privada com instituições sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais, consideradas públicas não estatais, possui um objetivo comum, isto é, o interesse público.

Assim, a parceria proporcionará ao Poder Público ter maior autonomia em suas atividades administrativas (gerenciais, orçamentárias, dentre outras), e maior eficiência em seus serviços, bem como além do seu controle estatal, submeterá o parceiro público não estatal ao controle social, para manterem a continuidade da parceria.

O contrato de gestão por se tratar de um instrumento de gerenciamento, torna-se imprescindível o acompanhamento e avaliação de desempenho do mesmo, por meio de relatórios parciais, anuais, e auditorias realizadas pela Administração Pública.

E no momento da assinatura do Contrato de Gestão haverá a juntada de documento jurídico, constituído em planilhas com rubricas de valores que serão

²³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros.2006, p. 266.

repassados pela Poder Público, através do órgão contratante e a Organização Social, tendo a característica marcante o fato de que todos os envolvidos estão juntos para alcançar determinado objetivo comum, não existindo entre as partes interesses contrapostos, mas dependerá de dotação orçamentária da Administração Pública, quanto ao repasse dos recursos, e para a concretização do acordo e apresentação de relatórios quanto à realização das metas e comprovação dos resultados obtidos.

A Lei n. 9.637/1998 em seu artigo 12 dispõe que as Organizações Sociais poderão utilizar bens públicos (móveis e imóveis), recursos financeiros, e servidores, sem necessidade de demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie.

O Decreto-lei n. 271/1967 apesar de dispor sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, suas normas são observadas como regras à concessão de uso de bem público nos moldes do art. 12 comentado acima, e que tal concessão do bem público poderá ser remunerada ou não, sendo caracterizada por duas modalidades, sendo:

a) concessão de direito real de uso, que atribui o uso do bem público como direito real, transferível a terceiros por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária e;²⁴⁰

b) concessão administrativa de uso ou comum de uso, que confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros, sendo o instrumento utilizado para empreendimentos de interesse social, e o Poder Público estimula o fomento pelo uso do bem público.

O uso de bens públicos por particulares poderá ocorrer em casos previstos

²⁴⁰ Esta modalidade encontra sua base legal no art. 7. do Decreto n. 271/1967 – Art. 7.º - “É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

§ 1.º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2.º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3.º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4.º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência. [...]”.

na legislação já ventilada, e concedidos mediante ato administrativo, tendo natureza e caráter precário, e/ou contrato administrativo, pelos quais o Poder Público poderá conceder o uso dos bens público por meio de atos solenes, por meio de:

i) autorização de uso – que representa um ato administrativo sobre uso de determinado espaço comum do povo (rua, praça, etc.) através de uma autorização simples (sem prazo) ou qualificada (com prazo);

ii) permissão de uso – promovida por ato administrativo de liberação de negócios em espaços públicos de uso comum;

iii) concessão de uso – realizado por meio de contrato administrativo para conceder o uso de espaços, equipamentos, utensílios e bens públicos.²⁴¹

Ainda sob o enfoque do uso do aparato público pelas Organizações Sociais dependia de regulamentação por Decreto, e durante 19 anos não teve um marco regulatório por meio de Decreto, que somente ocorreu em 01 de novembro de 2017, pela publicação do Decreto n. 9.190, o qual passou a regulamentar o artigo 20 da Lei n. 9.637/1998 que trata do Programa Nacional de Publicização.

Sob a circunstância de falta de regulamentação às parcerias público-privadas com Organizações Sociais, uma parte da doutrina de direito administrativo defende a parceria do Poder Público com estas instituições como descentralização por colaboração, equiparadas às fundações públicas, uma vez que usarão bens públicos, e outros autores, as consideram como entidades privadas de cooperação e não como descentralização.

Em meio ao inconformismo e crítica da doutrina de direito administrativo, Mendonça referencia-se em Di Pietro argumentando que as Organizações Sociais são entidades constituídas sem sede própria, tampouco com patrimônio e capital, e tais elementos servem como comprovação cabal, tanto da constituição destas entidades, como para a demonstração de suas capacidades em prestarem serviços públicos, almejados e objeto de um contrato de gestão com o Poder Público.

E a falta destas evidências, somadas ao fato de não demonstrarem a qualificação técnica e experiência, como exigência legal e requisito ao pacto na parceria público-privada, expõem os riscos destas entidades na colaboração com o Estado na entrega de serviços públicos não exclusivos, com a qualidade necessária à população.

Em síntese, Mendonça esclarece que Di Pietro concebe as Organizações

²⁴¹ PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p.418-425

Sociais como “Entidade ‘ad hoc’”.²⁴²

Na mesma esteira sobre a regularidade do uso de bens e recursos públicos pelas Organizações Sociais, Mendonça sustentada nos argumentos de Justen Filho esclarece que:

Esta é uma situação, pela qual as Organizações Sociais podem ser encaradas como de “fachada”, caracterizando uma infração à ordem pública sob dois aspectos:

- a) manutenção de um ente público integrante da Administração Pública indireta, mascarada sob a forma de Organização Social, pelo uso de bens e pessoal integrante do Poder Público;
- b) dissimulação pela Organização Social em fuga ao regime jurídico próprio da atividade pública, para o regime privado, mais flexível às contratações e a execução dos serviços públicos de competência do Estado.²⁴³

Por outro lado, os contratos de gestão previstos na Lei n. 9.637/1998, sob o aspecto econômico, possuem características de serem menos burocráticos, pois são firmados com a dispensa de licitação, e sua celebração ocorre à luz do inciso XXI, do artigo 37 da CF/88 e acórdão da Adin 1.923/2015, não caracteriza violação ao presente dispositivo constitucional, no qual exige a licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienação, mas que deve o Poder Público observar e assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, a qualificação técnica e econômica, indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações.

E caso haja indícios fundados de malversação de bens ou recursos públicos no Contrato de Gestão, os responsáveis pela fiscalização devem informar o Tribunal de Contas e o Ministério Público sobre qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela OS, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

4.3 OS FATORES ECONÔMICOS E SOCIAIS DO TERMO DE PARCERIA (TERMO DE COLABORAÇÃO OU FOMENTO E ACORDO DE COOPERAÇÃO) ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE

²⁴² MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.103

²⁴³ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Op. cit. p. 108-109

INTERESSE PÚBLICO.

A OSCIP possui abrangência de atuação maior do que as Organizações Sociais, podendo assim propor parcerias público-privadas em diversas áreas complementares aos serviços públicos, tanto em áreas sociais, educação e cultura, saúde, promoção de direitos humanos, proteção dos direitos de minorias e grupos vulneráveis, assistência social, desenvolvimento econômico e sustentabilidade, etc. não ficando restritas as atividades e projetos de execução de serviços sociais em saúde, educação, cultura como as OS.

A parceria público-privada, entre o Poder Público e a OSCIP, inicia-se por meio de um processo público de escolha com a publicação de edital de concursos de projetos pelo Poder Público, também conhecido como chamamento público (art. 23, Lei n. 9.790/1999), registrado no SICONV – Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de repasse do governo federal, coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no qual são realizados os atos e os procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de Tomada de Contas Especial de todos os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação.

O SICONV é um sistema burocrático que exige a apresentação de uma série de documentos de comprovação de situação de regularidade junto à Receita Federal, ao INSS, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao PIS/PASEP, ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), e ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados (CADIN).

As exigências impostas à OSCIP, para realizar a parceria com o Poder Público, revelam demasiada burocracia, uma vez que o Poder Público, de certa forma, possui a custódia das informações pelo Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) de todas as pessoas jurídicas, sendo uma redundância tal exigência à propositura da parceria público-privada.

E o peso e exagero burocrático na parceria público-privada diminuiu com a Lei n. 13.019/2014, sendo um fator econômico positivo a ser evidenciado pelo uso do Termo de Parceria, sendo este instituído pelo Termo de Colaboração ou Termo de Fomento (art. 2.º, VII e VIII), ou o Acordo de Colaboração (art. 2.º, VIII-A), concebido como uma opção ao convênio, que era o principal instrumento de relação entre Poder Público e OSCIP, mas não conseguia contemplar integralmente nem as necessidades do Estado, nem das organizações em matéria de flexibilidade, rapidez, autonomia, controle

de resultados, etc.

Nesse sentido, o Termo de Parceria, enquanto instrumento jurídico é considerado como uma das grandes inovações da Lei n. 13.019/2014, pois permite a formação de parcerias entre o poder público, em suas várias esferas, com as entidades integrantes do Terceiro Setor, qualificadas como OSCIP, tendo como essência os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita (art. 23, Decreto n. 3.100/1999, da Lei n. 9.799/1999).

A seleção e julgamento dos projetos deve considerar a adequação do projeto às especificações do edital, a capacidade técnica e operacional da organização, a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados, e a regularidade jurídica e institucional da OSCIP.

O Termo de Parceria não tem natureza contratual, assemelhando-se muito à natureza jurídica dos convênios, sendo que estes são firmados para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração, porém não há a previsão legal específica de licitação para a realização do Termo de Parceria, pois este é decorrente do acordo de mútua colaboração, de um processo público de escolha da OSCIP.

A celebração do Termo de Parceria ocorrerá após a publicação do edital de concurso de projeto, no qual constam as especificações técnicas do objeto do Termo, os critérios de seleção e julgamento e o valor máximo a ser desembolsado, dentre outras informações.

O regime jurídico da parceria do Poder Público com a OSCIP, conforme o artigo 6º da Lei 13.019/2014, terá como diretrizes fundamentais sob os seguintes pontos condicionantes:

a) fortalecimento da parceria público-privada – com a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público; o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil; a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social;

b) controle das ações - pela priorização do controle de resultados; o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do

trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

c) racionalidade no uso dos recursos públicos – com o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos.

Sob o enfoque da pactuação do Termo de Parceria, este é o instrumento que garante o repasse de recursos governamentais nas parcerias público-privadas à OSCIP, e a fiscalização da execução do Termo de parceria é de responsabilidade dos órgãos e entidades concedentes dos recursos, e a utilização em desacordo com o plano de trabalho ou a falta de prestação de contas acarreta a rescisão da parceria.

Por isso, a OSCIP deve prestar de contas dos recursos recebidos com regularidade, através dos seguintes relatórios quantitativos de cumprimento do objeto: 1) da execução do plano de trabalho; 2) de execução físico-financeira, através de demonstrativos da execução da receita e da despesa, relação de pagamentos, relação de bens adquiridos, entre outros documentos, sendo todas as informações lastreadas a documentos fiscais.

A OSCIP deve, ainda, apresentar ao Poder Público um relatório qualitativo e comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, ou seja, a execução, quantitativa e qualitativa, do objeto do Termo será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação.

Os resultados atingidos com a execução do Termo serão analisados por uma comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a organização, sendo que esta comissão encaminhará à autoridade competente relatórios sobre a avaliação procedida.

Além disso, nos casos em que o Termo de Parceria tiver um valor de seiscentos mil reais ou mais, deverá ser feita uma auditoria independente da aplicação dos recursos, circunstâncias das quais o Termo de Parceria passa a ser considerado um instrumento superior ao convênio, frente ao foco e controle nos resultados e não apenas na mera prestação das contas quantitativa do uso de recursos públicos.

Por outro lado, o Poder Público quando não realiza chamada de projetos, ele

poderá fazer uso do convênio, quando a proposta é apresentada diretamente pela OSCIP ao titular do órgão ou entidade pública responsável pelo programa, mediante a apresentação do Plano de Trabalho, que deve conter, por exemplo: as razões que justifiquem sua celebração; descrição completa do objeto a ser executado; descrição das metas a serem atingidas (qualitativa e quantitativamente); plano de aplicação dos recursos, etc.

O convênio será o instrumento utilizado pelo Poder Público para repassar recursos financeiros para as entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas como OSCIP, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade ou de eventos com duração certa.

E além destes requisitos para a aprovação e celebração do convênio, a entidade proponente deverá comprovar por meio das certidões negativas e declarações de órgãos públicos sobre a regularidade da instituição junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, além de pareceres de setores técnicos, e de assessoria jurídica do órgão, e após a aprovação da autoridade o convênio poderá ser celebrado.

A utilização do convênio é disciplinada pela Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/1997, conforme o capítulo 4 deste trabalho, e como instrumento jurídico de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, como ocorre nos negócios públicos conforme a previsão do artigo 116 e seus parágrafos, da lei n. 8.666/1993, que confere a base legal dos convênios administrativos (com ou sem repasse de recursos financeiros) no que diz respeito ao conteúdo deste instrumento:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; [...] (grifo nosso)

Conforme disposição do artigo acima, tanto o convênio, como acordos e

ajustes entre órgãos ou entidades da Administração Pública, trazendo uma natureza de instrumento de expediente vinculado em um plano de trabalho, do que propriamente uma natureza contratual, com interesses contrapostos.

Sendo assim, o convênio, não obriga as partes a nada, indica apenas sua recíproca intenção de colaborar em algum interesse comum. Evidentemente, o convênio tornou-se um instrumento subsidiário ao Termo de Parceria, que poderá também ser celebrado com OSCIP, porém com as características do rigor burocrático empregado nos negócios públicos e, caso haja desinteresse de uma das partes no convênio, não haverá qualquer impedimento legal para o seu desfazimento, ou ressarcimento por infração, ou seja, não haverá qualquer violação às regras de Direito, obstando qualquer reclamação jurídica pela outra parte.

4.4 O CONTROLE DO PODER PÚBLICO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP).

A evolução da atuação estatal ao longo dos últimos 50 anos reforça a necessidade para que a probidade administrativa viesse a aperfeiçoar-se, ou seja, fortalecer o dever de honestidade e ética para com o ente público e, principalmente, para com o interesse público.

Na pactuação de parceria público-privado, independente do uso do Termo de Parceria ou do Convênio, caso haja indícios fundados de malversação de bens ou recursos públicos pela OS e OSCIP, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público (Federal ou Estadual), para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

O constituinte pátrio inseriu no artigo 37, caput, da Constituição brasileira, o princípio da moralidade, cuja intenção não foi evidenciar meramente a Moral, mas a observância de princípios constitucionais sobre a 'boa administração pública' defendida por Hauriou, valorando, assim, a conduta proba necessária em realizar o interesse público em prol da coletividade.

Têmis Limberger relata que, a primazia do desenvolvimento da moralidade administrativa, no campo doutrinário, remete-se aos ensinamentos de Hauriou o qual

definia a legalidade dos atos administrativos como um recurso para a fiscalização e conformidade aos princípios basilares da “boa administração”. E no que se refere à boa administração, esta deve influenciar e determinar não só a decisão administrativa, como também os atos administrativos, cuja fiscalização é o recurso indicado em afastar qualquer aspecto de desvio de poder, uma vez que este controle encontraria abrigo na moralidade administrativa.²⁴⁴

Limberger conclui no sentido de que mesmo havendo a observância da lei, a finalidade pública pode não ser atingida, e o agente público pode ter agido com propósito deliberado, ou inexistiu interesse na violação, e que tanto a Administração Pública não pode esquivar-se de seu papel fiscalizador e controlador, tampouco órgãos externos com a mesma atribuição como o Ministério Público, Tribunal de Contas, e a própria Sociedade, e tais desvios devem ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário, decidir o propósito os atos administrativos praticados, realizando a valorando o descumprimento ou violação a lei em cada caso concreto.²⁴⁵

Freitas posiciona que os princípios constitucionais e do direito administrativo assumem importantes papéis no trato da Administração Pública em relação à sociedade, sendo que:

O princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o “bem de todos”, no dizer do art. 3.o da CF) sobre a vontade egoistamente articulada ou facciosa, sem que aquela volição se confunda com a simples vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria. Trata-se, em vez de problemática supremacia, do lúdimo primado tópico, que se esclarece somente na relação nuançada com os demais princípios e direitos fundamentais, no plano concreto.²⁴⁶

No tocante à distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro traça considerações de que as expressões guardam a mesma significância, pois ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública, e que não basta uma observância da legalidade formal na atuação administrativa, deve-se observar também princípios da lealdade, da ética, de boa-fé, dentre outros, como regras de sustentação da boa administração, em menção à

²⁴⁴ LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998. p. 124

²⁴⁵ Id. Ibid. p. 125 e 127

²⁴⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.54

Hauriou, como disciplina interna de toda Administração Pública.²⁴⁷

Por probidade, entende-se, então, que o administrador público (enquanto autoridade), e os agentes públicos (executores), em momento algum devem cometer qualquer tipo de favorecimento ou nepotismo, sendo-lhe vedada qualquer conduta tendente a beneficiar particulares em detrimento do interesse público.²⁴⁸

O art. 37, §4.º da CF/88 estabelece que os atos de improbidade administrativa acarretam suspensão de direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, bem como a matéria é regulada pela Lei n. 8.429/1992, cuja aplicação geral em todas as esferas de governo.

Assim, todo ato de desvio de poder e/ou corrupção guarda no íntimo do agente público ou de terceiros, não só o desejo, mas também interesse em alcançar uma vantagem seja qual for esta, pecuniária ou benefício econômico, realizada tanto no ambiente estatal quanto no privado. É importante entender que o ato corrupto dificulta ou cria obstáculos em serviços públicos essenciais, atingindo muitas vezes diretamente à população em geral, causando prejuízos à Administração Pública, em detrimento ao benefício do agente/servidor público ou terceiro beneficiado²⁴⁹.

Os responsáveis por atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção ou qualquer benefício do Poder Público, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles de que:

[...]O art.52 da Lei n. 10.527/2001 (Estatuto da Cidade) diz que, pelas condutas ali relacionadas, o “Prefeito” pode incorrer em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92. Embora essa norma mencione apenas o “Prefeito”, é claro que outros agentes públicos que também participarem ou concorrerem para aquelas condutas poderão cometer improbidade administrativa, só que está deverá ser enquadrar nas espécies previstas pela Lei 8.429/92.²⁵⁰

Seguindo o raciocínio do autor acima, a Administração Pública tem o dever-poder de fiscalizar a lisura dos seus negócios públicos, mas também compete à sociedade em geral, e ao Poder Legislativo e Poder Judiciário tal tarefa. A finalidade é

²⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo:Editora Forense, 2016. p.973

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 504

²⁴⁹ BUGALHO. Gustavo R. **Improbidade Administrativa**. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 14-15.

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 505

garantir a proteção ao Patrimônio Público (*res publica* do Direito Romano), contra desvios do interesse público materializados em ações danosas e lesivas praticadas por agentes públicos/servidores e terceiros, que venham a ser beneficiados ou facilitar irregularmente benefícios a terceiros com recursos públicos (financeiros ou econômicos), de forma ilícita ou pelo enriquecimento ilícito.

No que se refere ao controle do Poder Público, Odete Medauar esclarece que a doutrina publicista possui uma diversidade de tipologias de controle, que podem ser didaticamente compreendidas em três formas como: controle administrativo ou executivo, controle legislativo ou parlamentar e controle judiciário ou judicial.

Entretanto, a autora formula um quarto controle na tipologia tradicional, sendo ele mais adequado à realidade do Estado e da sociedade, sendo que esta se distancia das instituições de controles tradicionais, quando chamada a participar diretamente nos processos políticos, e assim necessita de meios mais eficientes para fazer sua reivindicação ou denúncia em casos de mau uso de recursos e dos serviços públicos, através da figura de órgão com a função de Ouvidoria, também conhecido pela denominação de “Ombudsman”, uma vez que esta figura representa no direito público como aquele agente autônomo com a missão pública de controle independente.²⁵¹

A figura do Ombudsman (*riksdagens justitieombudsman*), segundo Medauar, remonta o ano de 1713 quando o rei da Suécia nomeou uma pessoa de sua confiança, delegado do parlamento, com poderes especiais de fiscalizar as atividades dos coletores de tributos e outros agentes do estado, incluindo magistrados. A figura do ombudsman assumiu diversas formas com o passar do tempo na Europa e Estados Unidos, mas sua principal função continua em essência.

No Brasil, a função do Ombudsman não está regulamentada e sua atuação normalmente funciona como ouvidor público, captando as reclamações da população, como um mecanismo de levantamento de insatisfações e não denúncias. Por isso, a eficácia, do que se chama de ouvidoria pública, é duvidosa, uma vez que a escolha do Ouvidor (Ombudsman) se dá através da nomeação do chefe do Poder Executivo, e a ele fica vinculado por cargo de confiança.²⁵²

Bandeira de Mello descreve o entendimento de Marçal Justen Filho de que, o controle da atividade da Administração Pública, seja direta ou indireta, depende de

²⁵¹ MEDAUAR. Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 24-31 e 145

²⁵² Idem. Loc. cit. p.146-158

instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios, e a participação popular na atividade administrativa representa a solução mais satisfatória e eficiente para a promoção dos direitos fundamentais, objetivando a realização dos fins comuns visados pelo conjunto da sociedade, aliada a atividade de controle realizado por meio da atuação de cada um dos Poderes e do próprio Ministério Público.²⁵³

Desta forma, tanto as Organizações Sociais, como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, quando realizam parcerias com o Poder Público mediante, respectivamente, Contrato de Gestão e Termo de Parceria, estarão submetidas a três mecanismos de controles pelo Estado (pelos instrumentos de autotutela da Administração Pública, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas), e por controles sociais, sendo: o mercado (concorrência) e a sociedade civil (pelos indivíduos e grupos sociais), que desempenham a função de fiscalizadores da eficácia destas instituições e das parcerias público-privadas.

No tocante ao controle externo do Poder Público que tenha realizado parcerias com Organizações Sociais, por meio de Contrato de Gestão e, também, com a OSCIP, por meio do Termo de Parceria, com repasse de recursos públicos, compete ao Ministério Público (Federal e/ou Estadual) fiscalizar a atuação das destas instituições, tanto pelo cumprimento do pactuado nos instrumentos jurídicos, como também pelo uso/destinação dos recursos públicos na operação de prestação de serviços públicos não exclusivos, e a sua melhoria qualitativa.

Atua, assim, o Ministério Público na fiscalização e defesa do patrimônio público e do erário, e havendo indícios de irregularidades poderá atuar mediante o Inquérito Civil e/ou pela propositura de Ação Civil Pública, para a responsabilização do administrador/agente público e das instituições que causarem danos ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou desrespeitos aos princípios fundamentais, em razão da moralidade administrativa, dentre outros princípios e normas jurídicas.

E ainda, todos os atos da Administração Pública passarão pelo controle externo exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, sendo este último auxiliado pelos Tribunais de Contas, de acordo com a esfera do ente político (federal, estadual) que figurar como parte no repasse de recursos públicos. As formas de controle externo se assentam sobre o princípio da Separação dos Poderes do Estado de Direito que fixa no plano constitucional as regras disciplinadoras do controle.

²⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 748-749.

Por isso, as instituições privadas sem fins lucrativas, também reconhecidas como entidades públicas não estatais quando qualificadas como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Organizações Sociais, estarão sujeitas aos controles contábil-financeiro, legislativo e administrativo pelos Tribunais de Contas.

Os recursos públicos repassados as OS e OSCIP estarão, necessariamente, submetidos ao controle dos Tribunais de Contas para verificação dos investimentos e metas estipulados no contrato de gestão ou termo de parceria, de acordo com o ensinamento de Maria Lírida C. de Araújo e Mendonça:

[...] o contrato de gestão funciona como instrumento de controle, pois o seu acompanhamento e a avaliação de desempenho permitirá a adoção de estratégias de ação mais eficazes, e permitirá a redefinição dos objetivos e metas pactuados, além de ser um excelente instrumento para avaliação de desempenho dos gestores da instituição. Como um compromisso institucional, o propósito do contrato de gestão é atingir objetivos de políticas públicas mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, visando conseguir uma qualidade superior do produto oferecido.²⁵⁴

Na verdade, os repasses de recursos às Organizações Sociais (OS) são destinados quando da outorga de execução de serviços públicos por uma discricionariedade com uma desmedida amplitude, da qual poderá permitir o favorecimento de toda espécie, sob o risco desses serviços passarem a ser cobrados, implicando, fatalmente, em mera privatização, e segundo Mendonça, “[...] O uso do dinheiro público sem muito controle conduz a desvio de finalidade e nepotismo exacerbados. É o retrocesso, com vestimenta de modernização do Estado”.²⁵⁵

Assim, a terminologia do vocábulo regulação não pode ser encarada de forma conceitual sob o aspecto casual, pois não se pode confundi-lo com regulamentação, esta pela qual corresponde ao desempenho de função normativa, conforme previsão constitucional do inciso IV do artigo 84, que trata da atribuição do Poder Executivo em expedir decretos e regulamentos para sua execução fiel das leis, enquanto a regulação possui uma conceituação mais abrangente, mais ampla qualitativamente.

Marçal Justen Filho ensina que a regulação se entende como a opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, numa solução de

²⁵⁴ MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.152

²⁵⁵ Id. Ibid. p.103

política mais adequada para a obtenção de fins, não consiste no exercício direto e imediato do Estado em todas as atividades de interesse público. A regulação também não se confunde com o dirigismo econômico, sendo este uma supressão da autonomia empresarial privada, assumindo o Estado uma competência ilimitada no setor privado/econômico.²⁵⁶

Sob o ensinamento de Juarez Freitas de que em outros tempos a preocupação da atividade do Estado era para o controle das relações administrativas conforme a sua legalidade, e que para o momento atual e futuro deve evoluir para reservar-se ao controle e o respeito dos objetivos fundamentais da Constituição que estão voltados à boa administração, ou seja, é dado o momento dos princípios e os direitos fundamentais assumirem seu papel no controle substancial das relações administrativas estatais.²⁵⁷

Neste sentido o autor defende a racionalidade aberta e dialógica esclarecendo que incumbe ao administrador não só observar as regras formais, principalmente no que se refere aos atos vinculados, mas, deverá assumir a defesa concreta de constitucionalidade dos seus atos, afastando assim a obediência passiva às regras, para explicitar de forma clara e suficiente os fundamentos de fato e de direito na tomada de decisões administrativas, principalmente quando seus atos atingem direitos ou interesses legítimos de terceiros, afetando o patrimônio dos indivíduos ou da sociedade.

O Estado brasileiro, a partir de meados da década de 90, através de uma terceira via de efetividade dos direitos sociais fundamentais em serviços de saúde, educação, cultura, etc., isto é, buscou formas de legalização de parcerias com pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, objetivando alavancar sua atuação estatal em atendimento à população.

Ademais, a função das atividades do Estado no processo de reforma administrativa, deveria ser delimitada pela regulação econômico-social, ou seja, na intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implantação de políticas governamentais e realização dos direitos sociais fundamentais.²⁵⁸

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.458.

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.87-90

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.456.

5. O PANORAMA DE LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS DE 1998 A 2017.

A função das atividades do Estado brasileiro tornou-se tema central a partir de 1995, quando iniciado o processo de reforma administrativa, pela regulação econômico-social, ou seja, na intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implantação de políticas governamentais e realização dos direitos sociais fundamentais.²⁵⁹

Sob o contexto das propostas políticas de reforma administrativa do Estado, a Medida Provisória n. 1.591 de 09 de outubro de 1997, foi convertida na Lei n. 9.637, em 15 de maio de 1998, de forma que esta lei passou a estabelecer as regras para a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ou seja, entidades do Terceiro Setor, que poderiam ser qualificadas como Organizações Sociais, e as bases legais do Programa Nacional de Publicização, que previa a disseminação do modelo para todo o país.

A reforma administrativa do Estado a partir de 1995 constituiu um cenário de embates políticos entre governo e oposição, em âmbito do governo (poder) federal, acirrando os ânimos de grupos partidários e ideológicos, sendo a situação de governo com maioria no Congresso Nacional liderado pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Partido da Frente Liberal (PFL)²⁶⁰, e na oposição o Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Sob as mudanças propostas na organização e gestão pública do Estado e embates políticos, os citados partidos da oposição, dada sua capacidade postulatória constitucional (art. 103, VIII) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin sob n. 1923) no Supremo Tribunal Federal, contra o texto do inciso XXIV do art. 24, da Lei n. 8.666/1993, alterado pela Lei n. 9.648/1998.

A nova redação do inciso XXIV, do art. 24 da Lei n. 8.666/1993 (Licitações e Contratos da Administração Pública), viabilizava o processo de implantação do modelo de publicização, de modo que, para celebrar contratos de prestação de serviços com entidades qualificadas como OS, estas estariam dispensadas de licitação, para as

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Loc. cit.p.456.

²⁶⁰ O Partido da Frente Liberal (PFL) desde 2007 passou a ter a denominação e novo registro partidário como Democratas, sob sigla DEM, mantendo sua ideologia e espectro político de centro-direita.

atividades contempladas no contrato de gestão.

O ponto central da divergência política foi a dispensa de licitação às Organizações Sociais (OS), de forma que os partidos políticos da oposição solicitaram, cautelarmente, ao Supremo Tribunal Federal, a suspensão imediata dos efeitos da referida lei que havia modificado o texto do inciso XXIV, do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Eros Grau, concedeu a liminar sob a justificativa de que a vigência da lei poderia causar prejuízos ao erário, danos irreparáveis a direitos e garantias de servidores públicos e da população em geral, diante da nova forma de contratação sem licitação.

Os objetivos levantados na Adin n.1923 seguiam uma linha argumentativa de que as Organizações Sociais por serem autorizadas na execução de serviços públicos, principalmente, em educação e saúde, deveriam estar sob a égide das normas de Direito Público e do controle da Administração Pública, uma vez que receberiam recursos estatais, daí a necessidade de se submeterem a todas as formalidades legais que envolvem o processo licitatório, para contratação de pessoas, prestação de contas, etc.

Na verdade, o embate político se apresentava configurado da seguinte forma, de um lado o governo (situação), com a intenção da publicização pela transferência da execução de serviços públicos às instituições privadas sem fins lucrativos, consideradas públicas não estatais, e de outro, a oposição, com a pretensão de institucionalizar essas organizações privadas como instituições estatais (estatização), dada argumentação de maquiagem de uma privatização de serviços públicos.

E o projeto de desburocratização estatal passou a ser “natimorto” por 09(nove) anos, quando ocorreu no STF, em 01 de agosto de 2007, o julgamento da Cautelar, sendo esta indeferida integralmente por decisão da maioria do Tribunal.

No entendimento de Bandeira de Mello, a crítica manifestada diante do novo processo da reforma administrativa resistia não só pela inovação jurídica, com a apresentação de novos institutos, mas também pela inserção de expressões e terminologias estranhas de significados e distintas no universo jurídico, porém comuns na linguagem da Economia e Administração, como terceirização, parceria, terceiro setor, dentre outros.²⁶¹

Todavia, tais expressões foram assimiladas ao universo jurídico ao longo

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 835.

dos anos, apesar do preconceito e arrogância de juristas frente aos diferentes ramos do conhecimento, mesmo pertencentes do radical de Ciências Sociais aplicadas.

A situação construída àquela época, com a judicialização e paralisação na redução das imperfeições, distorções e exageros burocráticos das atividades estatais, e que poderia ter sido construída uma solução eficiente e eficaz se, antes da alteração do inciso XXIV, do artigo 24, da Lei n. 8.666/1993, o Poder Executivo federal tivesse regulamentado a Lei n. 9.637/1998, conforme previsão do legislador ordinário no artigo 20 da lei e, principalmente, de seus artigos 8.º a 14, que tratam especificamente das justificativas apresentadas na Medida Cautelar da ventilada Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin n. 1923).

Para tanto, as regras previstas nas decisões paradigmáticas do TCU desde 2012, serviram de recomendações para os pactos realizados entre o Poder Público e Organizações Sociais até 16 de abril de 2015, quando do julgamento da Adin n.1923 pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1 DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A FORÇA NORMATIVA SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVAS EM CONTRATOS DE GESTÃO COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS ENTRE 2012 A 2015.

O Tribunal de Contas foi criado no governo Provisório após a proclamação da República em 1889, com intuito de reorganizar a contabilidade pública do novo regime, tendo como fundamento a criação de um tribunal formado por uma magistratura intermediária ao Executivo e ao Legislativo, com atribuição de revisão e julgamento das contas públicas, numa posição autônoma, e com garantias contra ameaças ao exercício de suas funções constitucionais.²⁶²

No que pese o papel do Tribunal de Contas da União (TCU), tanto constitucional como administrativo, estabelecido nos artigos 33, §2.º; 70 a 72, §1.º; 74, §2.º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que reside na competência para realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

O TCU, como órgão administrativo independente, praticando o devido

²⁶² MEDAUAR. Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 128

controle externo da Administração Pública e das entidades que com ela se vinculam juridicamente, e possui a atribuição no que lhe confere ser um órgão de fiscalização das contas públicas praticadas por agentes e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, e possui papel judicante (e não jurisdicional) em proceder as recomendações necessárias às providências de correções e medidas cabíveis à probidade e moralidade administrativa.

Assim, as decisões administrativas exaradas pelo TCU quando não respeitadas pela Administração Pública, conforme o inciso XXXV, do artigo 5º; da Constituição Federal, a competência de compelir o cumprimento normativo é do Poder Judiciário, por via processual adequada, provocada pelo interessado, pelo Ministério Público, pelo Poder Legislativo, ou pelo cidadão via Ação Popular.

Por outro lado, diante da ausência de regulamentação da Lei n. 9.637/1998, e diante de irregularidades apontadas em Relatórios de Auditoria Operacional, realizados por técnicos auxiliares do TCU, sobre as contratações do Poder Público com as entidades qualificadas como OS (Organizações Sociais).

O objeto do Relatório de Auditoria sob a referência TC 018.739/2012-1, o qual versava na verificação das parcerias entre Organizações Sociais e Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde dos Estados da Bahia, Paraíba, e São Paulo, e Secretarias de Saúde dos Municípios de Salvador, Curitiba, Araucária, São Paulo e Rio de Janeiro, informando que tais entidades públicas haviam preterido a execução direta dos serviços de saúde, e enquanto Poder Público mantinha a responsabilidade de garantir que tais serviços fossem prestados na quantidade e qualidade apropriados.

Os auditores relataram, ainda que, a responsabilidade dos órgãos públicos, no processo de transferência dos serviços de saúde para organizações sociais, estava vinculada à observância e gerenciamento do estudo detalhado e avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão, e que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deveria ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos autos de um procedimento administrativo, conforme seguem trechos mais importantes:

[...] 4. 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 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. [...]

Em face de nítida ausência de regulamentação por Decreto, tanto dos procedimentos, quanto à forma de pactuação de parceria do Poder Público com Organizações Sociais, os auditores do TCU descrevem recomendações em seu relatório em 2012, das quais anteciparam uma parte do teor da decisão da Adin 1.923.

Vale destacar que, a referida Adin 1.923 somente seria julgada e decidida em 2015, sendo que a alteração do inciso XXIV do art. 24, da Lei n. 8.666/1993, alterado pela Lei n. 9.648/1998, que viabiliza a dispensa de licitação para o Poder Público celebrar contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão, foi um dos objetos da judicialização. E assim o relatório apresenta as seguintes recomendações:

[...] 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.

6. 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. [...]

Os auditores recomendaram ainda as formas de fiscalização e participação social na pactuação da parceria público-privada com Organizações Sociais, e chamaram de “terceirização” dos serviços de saúde, diante da não prestação de serviço direta pelo órgão estatal, bem como demonstram de forma técnica e operacional como constituir os termos do Contrato de Gestão, resvalando, assim, numa espécie de regulamentação da legislação específica, conforme segue:

[...]7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990.

8. Os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos

prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o inciso I do art. 7º da Lei 9.637/1998.

9. Os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social.

10. A comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no §2º do art. 8º da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente.²⁶³

Entretanto, as recomendações dos relatórios das auditorias do TCU foram seguidas e acompanhadas nos julgamentos de irregularidades em contratos de gestão em situações análogas, pelo Plenário do Tribunal, utilizando-as como paradigma nos Acórdãos²⁶⁴, quanto às decisões sobre as irregularidades operacionais e executivas dos contratos de gestão entre Poder Público e Organizações Sociais, de maneira que tais jurisprudências do Tribunal de Contas exorbitam sua competência constitucional, bem como substantiva a inconstitucionalidade diante da incompetência normativa quanto à legalidade, reserva legal e de Jurisdição, quando adentram, em tese, na seara de regulamentação de procedimentos vinculados à Publicização (Lei n. 9.637/1998).

Esta franca demonstração da fragilidade e desconformidade da Administração Pública, na ausência do ato normativo para a efetiva execução de serviços públicos sociais e não exclusivos pelas Organizações Sociais (OS), resvala em fuga do Poder Público contratante, e em patente desrespeito ao princípio da legalidade, e dos contratos realizados a margem do princípio de legitimidade.

As orientações produzidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2012 serviram de paradigma à Administração Pública pactuar os Contratos e Gestão e, de certa forma, influenciaram, como se verá a seguir, tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin n. 1923, quanto à própria edição do Decreto n. 9.190/2017, que passou a regulamentar ao Programa Nacional de Publicização no Brasil.

5.2 OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS APÓS A DECISÃO DA ADIN N.

²⁶³ ACÓRDÃO Nº 3239/2013 – TCU – Ata nº 47/2013 – Plenário. Data da Sessão: 27/11/2013 – Ordinária. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Raimundo Carreiro, José Jorge e Ana Arraes. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira. Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>> acesso 08 out. 2016.

²⁶⁴ Decisões do Plenário do TCU que utilizaram as recomendações do Relatório de Auditoria Operacional TC 018.739/2012-1 de forma paradigmática: ACÓRDÃO Nº 352/2016 – TCU – Ata nº 5/2016. E ACÓRDÃO Nº 2057/2016 – TCU – Ata nº 31/2016.

1923/2015, SOBRE AS PARECERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

A Adin n. 1923 surgiu a partir de um embate político levado a cabo na judicialização e paralisação da desburocratização das atividades estatais, em face da atuação de Organizações Sociais mediante a alteração do inciso XXIV, do artigo 24, da Lei n. 8.666/1993, em que se dispensava licitação de entidades qualificadas como Organização Social, para prestação de serviços públicos, podendo contemplá-los no contrato de gestão.

A julgamento final da Adin n. 1923 ocorreu em 16 de abril de 2015, e após dezessete anos encerrou o dilema da legalidade das Organizações Sociais, na execução de serviços públicos não exclusivos, e estabeleceu alguns parâmetros para a qualificação e atuação destas organizações públicas não estatais, conforme da decisão do Acórdão:

[...]

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: **(i) o procedimento de qualificação** seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; **(ii) a celebração do contrato de gestão** seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; **(iii) as hipóteses de dispensa de licitação** para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; **(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros**, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; **(v) a seleção de pessoal** pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e **(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.**²⁶⁵ (grifo nosso)

A maioria dos Ministros do STF, durante o julgamento, não acompanharam

²⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1923. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. **Dje.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em 07 mar.2018.>. Acesso em: 07 mar. 2018.

o relator da Adin, Ministro Ayres Britto (hoje aposentado), ficando parcialmente vencido seu voto.

O voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria dos ministros, destacando-se o voto do ministro Celso de Mello, decano do órgão, que se posicionou quanto à observância sobre a ineficácia do perfil burocrático da administração pública e a necessidade de redefinição do papel estatal, “em ordem a viabilizar de políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado”, enquanto o presidente do STF à época, ministro Ricardo Lewandowski, salientou que tais organizações podem colaborar com flexibilidade e agilidade na prestação de serviço público, mas estão submetidas aos princípios constitucionais, ressaltando que:

Em uma República, qualquer empresa, pública ou privada, e qualquer indivíduo deve prestar contas. A solução dada para o caso é a mais adequada: permitir que essas instituições subsistam.²⁶⁶

Valéria Maria Trezza ao analisar os primeiros dos dois votos dos Ministros do STF, sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.637/1998, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin n. 1923, referencia o voto do ministro Ayres Brito que decidiu pela ressalva à observância do Poder Público quando da pactuação com entidades privadas sem fins lucrativos e sua qualificação como Organizações Sociais:

[...] a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que 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 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 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

²⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Ed.). Convênio do poder público com organizações sociais deve seguir critérios objetivos. **Notícias STF**. Brasília, p. 1-1. 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289678>>. Acesso em: 22 out. 2017.

com a iniciativa privada.²⁶⁷

Em importante ressonância sobre a necessidade de maior rigor legal no que tange à realização de processo objetivo e impessoal para seleção das organizações sociais a celebrar contrato de gestão com a Administração Pública, Valéria Trezza analisou a fundamentação do voto do ministro Luiz Fux, que afastou a incidência do artigo 175 da CF/1988, que prevê a incumbência do Poder Público à prestação de serviços públicos, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, e que:

[...] a Constituição Federal permite tanto ao Poder Público quanto à iniciativa privada atuar em áreas como saúde, educação, ciência e tecnologia, cultura, desporto, lazer e meio ambiente. Isto porque não se tratam de serviços exclusivos do Estado, os quais são passíveis de exploração pelo particular tão somente mediante delegação. [...] segundo o ministro, o particular atua por direito próprio, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que o ente privado possa fazer o que sempre lhe foi lícito executar [...] O ministro entende, entretanto, que as OS estariam sujeitas à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, definidos no caput do mesmo artigo 37 da CF. [...] Por isso, de acordo com Fux, as organizações sociais devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o uso dos recursos públicos.²⁶⁸

Entretanto, não basta o mero formalismo do Contrato de Gestão em obediência à legalidade, sendo necessário, ainda, para a legitimidade da parceria público-privada, que sejam observados outros princípios constitucionais como impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência (caput, art. 37 CF/88).

Casos de desrespeito à Constituição Federal e à legislação ordinária são materialmente constatadas em irregularidades administrativas do Poder Público, quando formaliza o Contrato de Gestão com OSCIP e OS.

O Distrito Federal e os Estados do Amazonas, Tocantins e Goiás dentre outros, formalizaram contratos de gestão em parceria público-privada, acabaram sendo alvo de controle externo e fiscalização dos Tribunais de Contas (União e dos Estados), e do Ministério Público, tendo em vista o desvio da finalidade do interesse público, irregularidades no repasse de recursos, na escolha da entidade, na falta de comprovação de capacidade técnica para a prestação do serviço público.

²⁶⁷ TREZZA, Valéria Maria. Análise dos dois primeiros votos do julgamento da Adin 1.923. in NAVES, Rubens (coordenador). **Organizações Sociais: A construção do modelo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.p.62

²⁶⁸ Idem. Ibidem. p.63 e 65

Nesse sentido, a título de exemplificação, serão relatados dois casos que demonstram a desmedida discricionariedade administrativa em qualificar as entidades privadas sem fins lucrativos para pactuar com o Poder Público.

O primeiro caso é relacionado à contratação, sem licitação de uma OSCIP pelo Estado de Tocantins, quando sofreu a fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU), foi apurado no relatório final em 2007, que a entidade teria sido criada a menos de dois anos, antes de assumir a gestão de quatorze (14) hospitais estaduais de Tocantins, e que houve desvio de recursos públicos da saúde nos anos de 2003 e 2004.

Com base neste relatório do TCU com apontamentos de irregularidades, o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública por improbidade administrativa contra o Governador do Estado de Tocantins.

Em novembro de 2017, o Chefe do Poder Executivo foi condenado em sentença de primeira instância, para a perda da função pública, bem como se confirmada a decisão em recurso, deverá devolver mais de R\$ 25 milhões aos cofres públicos do Estado, sendo valores apontados por desvios da saúde no Estado em questão. O Governador recorreu da decisão e atualmente o processo encontra-se no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília, aguardando o julgamento.²⁶⁹

Na mesma linha de análise, o segundo caso em estudo refere-se ao Estado do Amazonas, em que o Ministério Público de Contas do Estado, ligado a Coordenadoria de Saúde e Meio Ambiente, em 14 de agosto de 2017, representou no Tribunal de Contas do Amazonas (TCE-AM), contra o Secretário de Estado de Saúde e Secretária Executiva do Fundo Estadual de Saúde do Estado do Amazonas, dada suspeita de prática de ato com grave violação à ordem jurídica e dano ao patrimônio público, consistente na contratação RDL 295/2017, realizada entre a SUSAM – Secretária de Estado de Saúde do Amazonas e IMED – Instituto de Medicina, Estudos e Desenvolvimento, para realizar cirurgias eletivas.

Segundo o Ministério Público de Contas o IMED não possui capacitação técnica para realizar cirurgias, ainda que em caráter emergencial.

Vale ressaltar que Ministério Público aponta que o IMED é uma organização social (OS), já contratada pelo Estado para atuar no Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz (Zona Norte), como mera intermediadora de contratação de serviços

²⁶⁹ Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, Processo n. 2008.43.00.004443-9, 2.a Vara da Justiça Federal do Estado de Tocantins. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/docs/SentenaOscipBrasil.pdf>> Acesso em 30 nov. 2017

de terceiros ao Estado, via contrato de gestão hospitalar, combatido em outro processo (autos n. 14.441/2016 TCE-AM)²⁷⁰, por se tratar de quarteirização ilegítima de hospital público.²⁷¹

Os repasses de recursos para Organizações Sociais como são, e estão sendo realizados nos contratos de gestão até Novembro de 2017, não possuíam uma base legal, por falta de regulamentação, mesmo sob o argumento de que o contrato de gestão venha a ser um instrumento mais democrático capaz de atender a um número maior de pessoas.

Houve um período longo de 17 (dezesete) anos aguardando o julgamento final da Adin n. 1923 pelo STF, tendo durante este lapso temporal um vazio normativo, perdurado pela ausência de regulamentação do Programa Nacional de Publicização.

E este lapso temporal contribuiu nos desvios das finalidades de cooperação destas entidades, novamente a título de exemplo, é possível observar na Ação Civil Pública distribuída em 2011, na qual se questionava o Contrato de Gestão firmado em 2009 entre a Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal – FAP/DF e a Fundação Gonçalves Lêdo por inexistir justificativa plausível para a contratação direta para prestação de serviço comum, conforme jurisprudência abaixo:

Ação Civil Pública. Programa DF Digital. Contrato de Gestão. Organização Social. Dispensa de Licitação. Princípios Constitucionais. Qualificação Técnica e Financeira. Ausência. Nulidade do Contrato. Efeitos Retroativos.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1923, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao inciso XXIV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 e aos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 9.637/98, afastando a alegada inconstitucionalidade dos dispositivos legais desde que observados os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, utilizando-se um processo público objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas. [...]

Verifica-se, ainda que, a Adin n. 1923 tendo delimitado a legitimidade das

²⁷⁰ Representação do Ministério Público de Contas do Amazonas contra irregularidades praticadas pela Secretária de Saúde de Estado do Amazonas (SUSAM) no processo de escolha, qualificação e contratação do IMED (OS), para gestão do Pronto Socorro do Hospital Delphina Rinaldi Abdel Aziz Disponível em: < <http://mpc.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/02/Antecipa%23U00e7%23U00e3o-de-tutela.pdf>> Acesso em 30 nov. 2017.

²⁷¹ Representação n.70/2017-MPC-SAÚDE, que trata de contratação emergencial irregular com Organização Social sem demonstração de capacidade técnica ao atendimento do objeto do contrato. Disponível em: <http://www.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/file/REPRESENTA%C3%87%C3%83O%20SUSAM%20MPC.pdf>. Acesso em 30 nov 2017.

Organizações Sociais em pactuar com o Poder Público, de sua dispensa nas modalidades de licitação, entre outras recomendações do Acórdão do STF, e que durante 1998 a 2017, não houve uma efetiva regulamentação, conforme a decisão em continuidade:

[...] II – A dispensa de licitação não confere à Administração Pública a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia da parte contratada, sob pena de violação aos princípios constitucionais.

III – É nulo o contrato de gestão nº. 01/2009 firmado entre a Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal – FAP/DF e a Fundação Gonçalves Lêdo por inexistir justificativa plausível para a contratação direta para prestação de serviço comum, máxime quando não demonstrada a qualificação técnica e financeira da organização social para a gestão de contrato vultoso.

IV - A declaração de nulidade do contrato opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

V - Negou-se provimento ao recurso.²⁷²

Diante da possibilidade real de irregularidades nos contratos de gestão firmados nas parcerias público-privadas anteriores à decisão da Adin n. 1.923/2015, não restará alternativa senão a judicialização de ações civis públicas, ações populares, e auditorias dos Tribunais de Contas, etc. em face à qualificação destas instituições e a larga discricionariedade do Poder Público em realizar repasses de recursos públicos durante todo o período descoberto de regulamentação, que ocasionou oportunidades em disfarçar ou mascarar repasses irregulares em serviços públicos, conforme julgado do Tribunal Superior do Trabalho, a seguir:

Recurso de Revista. Contrato de Gestão firmado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade. Nulidade. Intermediação irregular de mão-de-obra. Inaplicabilidade da Súmula 363 do TST²⁷³.

Nos termos em que foi apresentada, a Súmula 363 desta Corte,

²⁷² Processo APC 20090110826532 - Órgão Julgador 6ª Turma Cível, publicado no DJE : 29/09/2015. pág.: 187, julgamento em 16 de Setembro de 2015, Relator José Divino de Oliveira. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em 22 de out. 2017.

²⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363 - CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363> Acesso em 22 de out 2017.

certamente, direciona-se à contratação direta de trabalhador pela Administração Pública, sem a observância de concurso público, em afronta ao art. 37, II, § 2º, da Constituição Federal. O instituto da intermediação de mão-de-obra, por sua vez, não possui tal feição, tendo em vista que inexistente esse acordo direto entre o trabalhador e a entidade pública. Sob tal ótica, tem-se que a terceirização de serviços estabelecida por meio de contrato de gestão entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade não se confunde com a contratação de servidor, vedada no preceito constitucional. Nessa esteira, a análise da incidência da Súmula 363/TST, sob essa perspectiva, leva à conclusão de que o empregado que prestou serviços para a Administração Pública, por intermédio do ICS, mas, que celebrou, efetivamente, o pacto laboral com o ente privado, não está sujeito à compreensão do verbete sumular. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.²⁷⁴

As parcerias público-privadas firmadas com Organizações Sociais, de 1998 a 2015, aguardavam uma definição jurídica para sua existência e segurança, para efetivar a parceria pelo Contrato de Gestão que, no particular, estava maculado de imprecisão e ilegalidade de todos os atos praticados, evidenciando as responsabilidades tanto do órgão público parceiro, quanto da Organização Social, principalmente no trato dos artigos 8.º ao 14, da Lei n. 9.637/1998.

Nesse sentido, a imprecisão nos moldes da parceria público-privada com Organizações Sociais, carecia de uma adequada regulamentação a fim de legitimar os Contratos de Gestão e/ou revisão destes para convalidação, que pudesse afastar qualquer risco de ilegalidade e descontinuidade dos serviços públicos prestados por estas entidades.

Neste enfoque, a matéria de regulamentação da Lei n. 9.637/1998 compete ao Chefe do Poder Executivo federal a expedição de regulamento por meio de Decreto, situação esta que culminou na expedição do Decreto n. 9.190 de 01 de novembro de 2017, que será abordado a seguir.

5.3 O PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO – PNP, SOB A ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DIRETRIZES OPERACIONAIS DA LEI N. 9.637/1998 EM FACE DO DECRETO N. 9.091/2017.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR452-96.2011.5.10.0009. Data de Julgamento: 24/04/2013, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2013. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em 22 de out. 2017

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, apresentado pelo governo brasileiro na década de 90, dentre seus propósitos tinha a abordagem em permitir e incentivar a publicização, ou seja, a produção não lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não exclusivos do Estado, com a implementação de Organizações Sociais.

Tal iniciativa na atividade estatal foi concebida com uma estratégia direcionada à crescente absorção de atividades sociais pelo denominado terceiro setor (de serviços não lucrativos), característica marcante e recorrente em processos de reforma do Estado nas democracias contemporâneas.

O processo de publicização deveria ser estruturado a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.637/1998, para que o Estado deixasse o papel de executor ou prestador direto de serviços sociais, transferindo para o setor público não estatal (terceiro setor), por meio de um sistema de parceria entre o Estado e sociedade, com financiamento (fomento) e controle estatal, bem como com o papel de regulador e provedor dos serviços públicos.

A elaboração de um Programa Nacional de Publicização, necessariamente seria o marco institucional em corrigir as distorções e exageros burocráticos nas parcerias público-privadas, sob o efeito de novo um modelo de administração pública gerencial, que estruturaria as alianças estratégicas do Estado com a sociedade civil, a fim de diminuir as disfunções operacionais dos serviços públicos, e maximizar os resultados da ação social de forma mais eficientes.

Para tanto, os objetivos relevantes aos serviços não exclusivos seriam: a) transferir os serviços não exclusivos para entidades qualificadas como organizações sociais; b) conferir maior autonomia, flexibilidade e maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços; c) obter maior foco no cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade; d) conseguir uma maior parceria entre o Estado e sociedade baseada em resultados, a partir do fomento estatal e responsabilidade das entidades públicas não estatais pelos resultados mediante um contrato de gestão.²⁷⁵

A finalidade do Programa Nacional de Publicização visava promover uma maior eficiência e qualidade nos serviços públicos, com a promoção de melhor

²⁷⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. Organizações sociais. Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p.6-11

atendimento à população, gerando um custo financeiro menor e uma satisfação social maior, não representando tal desvinculação administrativa em relação ao Estado, numa privatização de entidades da administração pública, em face à parceria com entidades privadas sem fins lucrativos, sendo consideradas públicas não estatais, pelo elemento finalístico, ou seja, o interesse público.

Vale ressaltar que, não só havia a necessidade de uma regulamentação adequada para a formalização das parcerias público-privadas no processo de publicização, deveriam também seguir as ações de implementação elaboradas em fluxos no Plano Diretor de Reforma do Estado, conforme segue diagrama no quadro abaixo:

Tabela 4 – Detalhamento das fases de implementação da Publicização dos serviços não exclusivos às entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS).



Fonte: Cadernos MARE da reforma do Estado v.2.²⁷⁶

Entretanto, o Programa Nacional de Publicização – PNP ficou incubado por 19(dezenove) anos, período no qual as parcerias público-privadas ocorrem à revelia da

²⁷⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações sociais. Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p.18

regulamentação prevista pelo legislador ordinário no artigo 20, da Lei n. 9.637/1998²⁷⁷, sendo que em 1.º de novembro de 2017, houve a edição do Decreto n. 9.091, tratando a matéria sobre as parcerias do Estado com Organizações Sociais.

Em verdade, as propostas do Plano Diretor caíram em esquecimento governamental, porque tanto a qualificação das entidades privadas em Organizações Sociais e sua escolha no processo de publicização, quanto à formalização de parcerias público-privadas, não seguiram o fluxo do processo, e após o longo período de dezenove anos, necessitariam, ao menos, de uma atualização, mas não o total descarte institucional.

Por isso, o Decreto n. 9.091/2017 é silente quanto ao fluxo do processo de publicização, tratando de forma genérica em seu artigo 7.º que a proposta das atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, previstas no art. 1.º da Lei n. 9.637/1998, será encaminhada pelo Ministro de Estado supervisor da área ao Ministério do Planejamento, desenvolvimento e Gestão, devidamente justificada, e explicará as razões que fundamentam a conveniência e a oportunidade da opção pelo modelo das organizações sociais, sendo que a definição de publicização será efetuada em conjunto entre o Ministro de Estado supervisor com o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 7.º, §2.º).

Vale destacar que o Decreto em estudo, previu em seu artigo 2.º as diretrizes para qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organização social, conforme o artigo 1.º da Lei n. 9.637/1998, destacando ainda, que é vedada a qualificação para o desenvolvimento de atividades relacionadas aquelas exclusivas de Estado, atividades de apoio técnico e administrativo à administração pública e de fornecimento de instalações, bens, equipamentos ou execução de obra pública em favor da administração pública.

Acertadamente o Decreto tenta eliminar, assim, qualquer ato discricionário abusivo ou desvirtuado aos propósitos de desburocratização na busca de concreção de serviços sociais à coletividade, bem como a entidade privada qualificada como

²⁷⁷ Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1.º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente.

Organização Social poderá celebrar somente um contrato de gestão com a administração pública federal (art. 29), evitando a concentração de serviços públicos não exclusivos com apenas uma instituição.

As qualificações de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos em Organização Social praticada por ato discricionário do Poder Público, no entanto, não era dada ênfase nas diretrizes propostas no artigo 20 da Lei n. 9.637/1998, e o Decreto n. 9.091/2017 ressalta a importância de observância no atendimento ao cliente-cidadão, nos resultados qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados, no alinhamento aos princípios e objetivos estratégicos da política pública correspondente, respeitadas as especificações de regulação do setor, e controle social das ações de forma transparente (art. 1.º).

Entretanto, o controle social das ações de forma transparente, sendo um ponto importante para o cumprimento das diretrizes propostas no artigo 20 da Lei n. 9.637/1998, o Decreto em comento prevê em seu artigo 5.º, inciso IV, que os representantes da sociedade civil no Conselho de Administração da entidade serão escolhidos no âmbito da comunidade beneficiária dos serviços prestados pela organização social, e atenderão aos requisitos de notória capacidade profissional e idoneidade moral, sendo silente e ambíguo na especificação dos meios de eleição desses representantes, tampouco indicou os requisitos mínimos para que esta situação seja efetiva, de maneira que abre um hiato se a população de fato participará na fiscalização da prestação dos serviços pactuados.

Por isso, durante o processo de seleção e aprovação da proposta de publicização, previstos nos artigos 8.º ao 10 do Decreto n. 9.091/2017, deverá atender ao princípio da economicidade, pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora, observando a relação de custo financeiro em detrimento do benefício social, da proposta de publicização, além da demonstração de documentos probatórios tais como: não ter sido desqualificada em decisão irrecorrível, e durante o período da penalidade, se teve as contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal de Contas ou Conselho de Contas de qualquer ente federativo, em decisão irrecorrível nos últimos 08 anos, e apresentação certidões negativas de débitos relativos a créditos tributários, trabalhistas e regularidade do FGTS.

Há, ainda, uma ausência no Decreto quanto à regulamentação nas ações de implementação da parceria, pois não se exige qualquer requisito à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, em almejar a qualificação de Organização Social,

como ocorre com OSCIP, pela qual a Lei n. 9.790/1999, em seu artigo 1.º exige para a qualificação, que a entidade esteja em funcionamento regular há pelo menos três anos, e que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos na Lei.

No tocante à proposta do Plano Diretor da Reforma Administrativa de 1995, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, para sua qualificação e formulação de um contrato de gestão, deveria apresentar requisitos básicos relacionados aos objetivos institucionais das partes contratantes, sendo que a entidade proponente deveria apresentar o seu planejamento estratégico e um contexto institucional envolvendo as políticas públicas e diretrizes governamentais para o setor de atuação, incluindo as metas e os respectivos indicadores de desempenho e planos de ação. A função destes requisitos era demonstrar a capacidade profissional da entidade proponente à parceira na execução dos serviços públicos, requisitos não contemplados no Decreto n. 9.091/2017 em estudo.

No Plano Diretor de Reforma Administrativa, o processo de publicização era uma estratégia para implantar o padrão gerencial na Administração Pública, rompendo os resquícios do modelo patrimonialista e de exageros e distorções burocráticos do Estado.

Por outro lado, o atual Decreto sinaliza-se na contramão em sair deste modelo ultrapassado, de maneira que institucionaliza padrões ‘pro forma’ na parceria, ou seja, criação de formulários a serem preenchidos, na apresentação de documentos de regularidade fiscal e análise pontual dos itens a serem cumpridos conforme a previsão da norma jurídica, como suficientes à parceria público-privada.

Novamente, a principal função do Decreto regulamentador, como ato normativo derivado, é explicitar ou especificar um conteúdo normativo preexistente, no caso a Lei n. 9.637/1998 (arts. 5.º ao 10), visando à sua execução e a falta de ato normativo estruturante no fiel cumprimento da lei, resvala na continuidade do risco de ampla discricionariedade abusiva em escolher as entidades privadas em parceria, qualificando-as como Organização Social, sob a decisão política e não técnica-legal, por meio de predicados objetivos que possam concretizar a entrega de serviços sociais fundamentais previstos na Constituição Federal.

Assim, o Decreto n. 9.091/2017, em seus artigos 14 a 17, ao tratar da celebração do contrato de gestão, este deverá discriminar os serviços, as atividades, as metas e os objetivos a serem alcançados nos prazos pactuados, o cronograma de

desembolso financeiro e os mecanismos de avaliação de resultados das atividades da organização social (§1º, art. 14), e que a renovação do contrato de gestão poderá ocorrer por períodos sucessivos, a critério da autoridade supervisora, condicionando à demonstração do cumprimento de seus termos e suas condições (art. 16).

No entanto, a renovação quase automática colide com princípios constitucionais como igualdade, publicidade, impessoalidade, etc. e princípios gerais de direito relacionados à probidade administrativa, moralidade, legalidade, dentre outros previstos no artigo 3º; da Lei n. 8.666/1993.

O Decreto n. 9.091/2017 prevê em seu artigo 30 que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, poderá estruturar programa de capacitação para os representantes nos Conselhos de Administração das entidades privadas qualificadas e para os servidores a cargo da supervisão e da avaliação dos contratos de gestão e para o público-alvo que atue junto às organizações sociais, e que editará normas complementares ao Decreto (art. 31).

Atualmente, temos uma situação de transição quanto o antes e o depois do Decreto n. 9.091/2017, pois existem parcerias do Poder Público com Organizações Sociais através de Contratos de Gestão em vigor, e outros que serão pactuados.

E os agentes públicos ora representantes nos Conselhos de Administração, ora como auxiliares na fiscalização, monitoramento e avaliação dos Contratos de Gestão, precisam urgentemente ser capacitados, conforme previsão do artigo 30 do Decreto em questão, para que possam rever e contribuir na continuidade da parceria, convalidando ou não os instrumentos jurídicos atuais, e que o Ministério do Planejamento edite normas complementares, no sentido de especificar ou explicitar o Programa de Publicização nos moldes de um modelo gerencial da Administração Pública.

Em contrapartida a publicação da Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017, dispondo sobre as normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º), e subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particular (§3º; do art. 1º), e quando caracterizada relação de consumo, aplica-se o disposto na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Este diploma legal traz em seu art. 2º; as seguintes considerações dentre outras:

a) Usuário – pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;

b) Serviço público – atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública.

Prescreve, ainda, nos artigos 5º e 6º, o elenco de direitos básicos do cidadão-usuário, quando da prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar no atendimento – tratamento com urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia, por ordem de chegada, ressalvados os casos de urgência e as prioridades legais; igualdade no tratamento, aplicação de soluções tecnológicas que visem simplificar processos e procedimentos no atendimento ao usuário, participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços, dentre outros.

O cidadão-usuário pode apresentar manifestação como garantia de seus direitos perante a administração pública acerca da prestação de serviços públicos, dirigida à Ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterà a identificação do requerente, porém tal identificação não conterà exigências que inviabilizem sua manifestação (arts. 9º e 10).

A lei em questão trata que as Ouvidorias terão como atribuições principais, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico, promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário, acompanhar a prestação dos serviços, visando garantir sua efetividade, propor o aperfeiçoamento na prestação dos serviços, propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário ou a entidade pública, sem prejuízos de outros órgãos competentes, dentre outros (art. 13), que será fiscalizado pelo Conselho de Usuários composto por representantes escolhidos em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado.

A presente legislação terá a seguinte *vacatio legis*:

I – 360 (trezentos e sessenta) dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

II – 540 (quinhentos e quarenta) dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

III – 720 (setecentos e vinte dias) para os Municípios com menos de cem

mil habitantes.

No que tange à prestação de serviços públicos de forma indireta e descentralizada por colaboração, tanto por Organização Social e/ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, sendo que contribuem com o Poder Público por meio de parcerias público-privadas, são entidades abarcadas por esta legislação.

6. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS PARCEIRAS PÚBLICO-PRIVADAS COM ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR E OS EFEITOS COLATERAIS EM CONCRETIZAR OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS ENTRE 1998 A 2017.

Na atualidade, a responsabilidade do Estado brasileiro na prestação de serviços públicos não exclusivos (saúde, educação, cultura, etc.) encontra-se em crise, ora pela estagnação do modelo de gestão pública, caracterizado pela transição de Estado excessivamente burocrático, para e um Estado burocrático e gerencial.

Esta transição perdura há mais de vinte anos e demonstra, por vezes, a hibridez na gestão pública, sinalizada a falta de sintonia com o desenvolvimento econômico, tecnológico, dentre outros, como pela morosidade por causa do excesso de procedimentos e controles burocráticos, e interferências políticas na Administração Pública, dentre outras situações, das quais desvirtuam um atendimento à sociedade de forma eficaz efetiva.

E a precária responsabilidade do Estado na prestação dos serviços públicos, tanto direta quanto indiretamente, através de órgãos e instituições do Poder Público, os quais venham a causar prejuízos ou danos ao indivíduo ou à coletividade, haverá a responsabilidade objetiva do Estado, de acordo com a teoria do risco administrativo.

A Constituição Federal também prevê a ação regressiva do Estado contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (§6.º, artigo 37), de maneira que o Estado figurará no pólo passivo de ação de reparação por danos, dada a responsabilidade objetiva, não existindo interesse na denúncia à lide, pois poderá causar maior demora e/ou protelar o dever do Estado em reparar os prejuízos e, oportunamente, por meio de ação de regresso, contra o agente responsável, buscar o ressarcimento do erário público.

Neste íterim, Moraes traz o seguinte entendimento:

[...] conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.²⁷⁸

²⁷⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.230

Situação diversa ocorre quando os serviços públicos são desempenhados e exercidos por meio de pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos (permissionárias, concessionárias), sendo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu entendimento de que a atividade concedida pelo Estado, o prestador do serviço público responde em nome próprio pelos seus atos, devendo, assim, reparar os danos e prejuízos causados a terceiros, uma vez que a atividade cedida é desempenhada livremente e sob a responsabilidade da empresa concessionária (REsp n. 287.599).²⁷⁹

O STJ, em relação à responsabilidade solidária do Poder Público, entendeu que será aplicada quando houver falha ou omissão na fiscalização dos serviços concedidos (REsp. 28.222)²⁸⁰, e o Estado terá a responsabilização subsidiária quando comprovada a incapacidade financeira da empresa concessionária em arcar com a reparação devida (REsp. 1.135.927)²⁸¹.

O §6.º, do artigo 37 da CF/88 prescreve que as pessoas jurídicas prestadores de serviços públicos, sejam elas de direito público e aquelas de direito privado, responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

E, desde 2009, o STF (Supremo Tribunal Federal) ao julgar o Recurso Extraordinário n. 591.874/MS, manifestou-se que a responsabilização objetiva de concessionárias de serviço público atinge tanto os usuários direto do serviço quanto os usuários indiretos, logo, as organizações prestadoras dos serviços públicos responderão pela teoria do risco administrativo pelos danos causados na execução das atividades do serviço público, confirmando assim o entendimento do STJ sobre a matéria de responsabilidade na prestação de serviços públicos concessionados.

No tocante aos serviços públicos exercidos ou desempenhados por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (entidades públicas não estatais - OS,

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp n° 287.599. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília/DF. 26 de setembro de 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=100918&num_registro=200001185942&data=20030609&formato=PDF. Acesso em 07. Mar. 2018

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp n° 28.222. Relatora: Min. Eliana Calmon. 2.a Turma. 15 de fevereiro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=38910&num_registro=199200261175&data=20011015&formato=PDF. Acesso em 07 mar. 2018

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp. n°1.135.927. Relator: Min. Castro Meira. 2.a Turma. 10 de agosto de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=992099&num_registro=200900732296&data=20100819&formato=PDF

OSCIP), a matéria de responsabilidade objetiva do Poder Público é divergente na doutrina, havendo posições de defesa para aplicação dos entendimentos do STJ e STF, por analogia às entidades públicas não estatais, ou seja, a responsabilidade objetiva é da entidade pública não estatal prestadora dos serviços públicos, restando ao Estado a responsabilidade solidária e/ou subsidiária.

Há, por outro lado, argumentos de que, se o Estado fomenta e opta em investir na atividade de serviço público através de entidades colaboradoras, corresponderia assumir a responsabilidade objetiva conforme o texto do §6.º, do artigo 37 da CF/88, garantindo-se o direito de regresso ao Estado.

A responsabilidade civil do Estado à reparação de danos causados a terceiros/particulares, difere-se de sua responsabilidade civil contratual a ser observada sob análise dos contratos administrativos relacionados aos negócios públicos, sob a égide da Lei n. 8.666/1993 com empresas de direito privado, também aplicada aos Contratos de Gestão com Organização Social e o mesmo nos Termos de Parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Nesse sentido, o dever público de indenizar depende de condições de que a lesão ao indivíduo deve implicar um prejuízo de ordem econômica e jurídica, material ou moral, ou seja, a determinação de responsabilidade objetiva do risco administrativo deve ser observada a ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

No tocante à excludente da responsabilidade estatal pode ser apontada em situações relacionadas às entidades da administração indireta (empresas de economia mista, empresas estatais, etc), que executam atividades econômicas de natureza privada, de maneira que a responsabilidade será disciplinada pelas normas de direito privado.

Em havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado, porém, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização. Nas situações de força maior, ou caso fortuito, poderá ser afastada a responsabilidade do Estado, vez que a responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto.

A responsabilidade civil do Poder Público sujeita-se ao prazo trienal (artigo 206, §3.º, inciso V, do Código Civil), inclusive às dívidas das Autarquias e entidade ou órgãos paraestatais, contados da ocorrência do ato ou fato, bem como sobre erro judiciário e excesso de prisão (artigo 5.º, LXXV CF/88).

A responsabilidade civil do Estado não exclui a responsabilidade criminal e administrativa dos agentes públicos, pois trata-se de esferas independentes, não havendo responsabilidade civil do Estado em virtude de lei ou ato normativo de efeitos concretos, de maneira que não haverá direito de regresso contra parlamentares em virtude de imunidade material (artigo 53, caput, CF/88).

6.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP): DEZESSEIS ANOS DE DISTORÇÕES BUROCRÁTICAS.

A busca do Estado brasileiro em pactuar parcerias com o Terceiro Setor teve no marco legal da Lei n. 9.790/1999 a institucionalização das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). No entanto, demonstrou ser um imbróglio legislativo que dificultou ainda mais o processo do que contribuiu para agilizar as parcerias entre o Poder Público com estas instituições privadas na execução de serviços públicos.

Sob a ótica jurídica, desde a entrada em vigor da Lei da OSCIP em 1999 até 2015, a operacionalização das parcerias entre o Poder Público e a OSCIP não respondiam adequadamente as necessidades de uma sociedade civil que se expandiu e diversificou-se muito nas últimas décadas, e necessitava ser destravada a burocracia para formalizar as parcerias.

A promulgação da Lei n. 13.019/2014, alterada pela Lei 13.204/2015, foi possível estabelecer o regime jurídico das parcerias com transferências de recursos financeiros ou pela atuação sem a transferência de recursos públicos, em regime de mútua cooperação, anteriormente, dada ausência de mecanismos legais, a OSCIP era obrigada utilizar o instrumento jurídico Convênio (Lei n. 8.666/1993), para realizar as parcerias com o Poder Público.

A formalização de um Convênio com o Poder Público é carregado de excesso e procedimentos burocráticos na constituição de uma parceria, desde a tramitação, aprovação até o seu encerramento, sendo um óbice penoso a ser assumido pelas instituições privadas sem fins lucrativos, principalmente aquelas que não disponibilizam recursos próprios para custear este processo, e muitas vezes, a parceria não chegava a ser sequer formalizada.

A Lei n. 13.019/2014 viabilizou, de fato e corrigiu certas distorções

burocráticas na pactuação de parcerias público-privada, facilitando à execução e/ou operacionalização de Políticas Públicas, através de projetos e ações por meio do termo de colaboração e o termo de fomento, para a consecução de finalidades de interesse público, como define as diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil, reconhecendo a importância da participação democrática da comunidade, na construção de valores da cidadania e inclusão social e produtiva, objetivando o desenvolvimento sustentável, através de ações descentralizadas e de forma cooperada na execução de políticas públicas, como a disseminação das informações de forma transparente e integrada.

A legislação em estudo instituiu o Procedimento de Manifestação de Interesse Social, e requisitos como instrumento a ser utilizado pela OSCIP, e também alargou o rol de proponentes, dando maior ênfase e oportunizando a participação de movimentos sociais (sem personalidade jurídica) e às pessoas físicas, para então, após análise da viabilidade da proposta, realizar um chamamento público, objetivando a celebração de parceria.

Para a parceria público-privada entre OSCIP e o Poder Público, será realizado o chamamento público para que a instituição interessada apresente uma proposta, e nesta é obrigatório constar um plano de trabalho de parceria, mediante o termo de colaboração ou de fomento, demonstrando o nexo entre a realidade e as atividades ou projetos, e entre as metas a serem atingidas, com a previsão de receitas e de despesas (economicidade), que serão realizadas e executadas nas atividades abrangidas pela parceria.

O objetivo do Poder Público, em pactuar uma parceria, passou a ser os parâmetros criados e utilizados para a aferição dos resultados e o cumprimento das metas, ou seja, alterou algumas práticas anteriores que eram focadas na apresentação de documentos, preenchimento de formulários, etc.(excessivamente burocrático),

A instituição destes mecanismos de gerenciamento de projetos pode potencializar a execução de Políticas Públicas e seus resultados, por meio da profissionalização das parcerias, no que tange ao uso de recursos governamentais, de maneira que as ações nos projetos venham a ser elaboradas, construídas e executadas com a efetiva participação democrática e participativa da coletividade, e que resultados possam concretizar os direitos fundamentais e coletivos, atingindo os valores da cidadania, a inclusão social e produtiva, objetivando o desenvolvimento sustentável.

Significativamente, o diploma legal estimula uma nova perspectiva e

fortalecimento do papel sócio-político à atuação da OSCIP como um elo necessário, podendo servir de ponte entre Estado, as Organizações Empresariais e a coletividade, para o incremento, implantação e melhoria em ações entre os atores políticos, econômicos e sociais, por meio de parceiras eficazes ao desenvolvimento econômico sustentável, disseminando boas práticas e unindo esforços com os mesmos objetivos, convergindo e otimizando, assim, os resultados.

6.2 A PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS EFEITOS À SOCIEDADE PELA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO PROGRAMA NACIONAL DE PUBLICIZAÇÃO NO BRASIL ENTRE 1998 A 2017.

No âmbito de controle estatal nas parcerias público-privadas com entidades qualificadas OS e/ou OSCIP, o Poder Público tem o dever de verificar a conformação das atividades destas instituições com o interesse público e da legalidade, no exercício da ação administrativa e prestação de serviços públicos.

O advento da Lei n. 9.790/1999, e sua regulamentação pelo Decreto n. 3.100/1999, passaram a formar o marco legal da atuação das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, dando o reconhecimento, jurídico e político, de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Estes instrumentos normativos tiveram alterações pelas Leis n. 13.019/2014 e 13.204/2015, as quais flexibilizaram a parceria público-privada, na execução de serviços relacionados aos direitos sociais fundamentais, conforme tratado no capítulo 3, item 3.2.2.1.

Por outro lado, no que se refere à atuação das Organizações Sociais (OS), o legislador ordinário estabeleceu na Lei n. 9.637/1998, em seu art. 20, a necessidade de criação do Programa Nacional de Publicização, mediante decreto do Poder Executivo, visando estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais na forma desta lei, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos, bem como o art. 8.º determina que: “a execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”.

Observando-se os ditames legais e os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os entes e órgãos estatais possuem o poder-dever de regulamentar, fiscalizar, averiguar, auditar e/ou inspecionar as Organizações Sociais que estão a eles vinculados, principalmente no que diz respeito ao uso de recursos públicos.

Estranhamente, o referido diploma normativo, em quase duas décadas de vigência, não teve uma regulamentação superveniente das devidas competências e atribuições da ‘entidade nacional supervisora’ (com aparente semblante de agência reguladora) ou órgão, sequer houve regulamentação (por Decreto) quanto às diretrizes relacionadas ao atendimento do cidadão-cliente desses serviços públicos sociais, quanto à ênfase nos resultados (qualitativos e quantitativos), cumprimento dos prazos pactuados, tampouco as formas de controle social das ações de forma transparente, conforme o inciso III, do art. 20 deste diploma legal.

Cabe destacar que, para formalização dos contratos de gestão, e das possíveis dispensas de processo de licitação na parceria público-privada, entre a Organização Social e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, havia a necessidade de estruturação normativa do Programa Nacional de Publicização e da definição legal da entidade supervisora, e diante deste hiato, esteve sob judice a Adin 1923, com decisão final ocorrida em 2015, já tratado neste trabalho no Capítulo 5, item 5.2.

A necessidade de regulamentação foi expressa na Lei n. 9.637/1998 a qual dispõe sobre a competência do Poder Executivo para qualificar como Organizações Sociais, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme os requisitos previstos em lei (artigo 1.º).

De forma geral, as Organizações Sociais, assim qualificadas, deveriam alicerçar a redução da intervenção estatal direta, nos serviços sociais públicos, principalmente os considerados não exclusivos, como saúde (§1.º, do art. 199 CF/88).

A Constituição Federal estabelece, ainda, a competência do Presidente da República de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (art. 84, IV CF/88), fixando regras procedimentais destinadas à execução dos princípios institucionais estabelecidos em lei, bem como esclarecer à Administração Pública preceitos, implícitos ou expressos, de uma lei, e estabelecer as diretrizes previstas no texto legal, para sua fiel realização.

No entanto, a regulamentação indicada pelo legislador ordinário na Lei n. 9.637/1998, somente ocorreu com a edição de Decreto n. 9.190, em 01 de novembro de 2017.

Durante o período de 1998 até 2017, as parcerias do Poder Público com

Organizações Sociais, ocorreram por meio de escolhas discricionárias.

A falta de parâmetros regulamentadores expôs as inseguranças jurídicas desde a escolha das entidades, pela incipiente fiscalizadora do Poder Público na execução dos serviços públicos da entidade parceira, pela fragilidade dos controles nos resultados, qualitativos à sociedade, e quantitativo no uso dos recursos públicos, conforme apontamentos nos controles externos do Ministério Público (Estadual e Federal) e Tribunais de Contas dos Estados e da União.

No tocante a questão de competência normativa da Administração Pública, ou seja, atos pelos quais a Administração exerce seu poder regulamentar possui em comum a lei o fato de emanarem normas, Di Pietro, referenciando as lições de Miguel Reale, esclarece que os atos normativos podem se dividir em: a) originários quando emanados de um órgão estatal em virtude de sua competência, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, com finalidade de editar regras institucionais, relacionados aos atos emanados do Legislativo e, b) derivados, tendo a finalidade de explicitar ou especificar um conteúdo normativo existente, elucidando ou determinando a melhor execução desta norma, e por excelência é o regulamento, ato típico do Executivo.²⁸²

Di Pietro esclarece também que os regulamentos executivos complementam a lei, conforme previsão do art. 84, IV CF/88, e ao tratarem o conteúdo legal não podem ser *contra legem* nem *ultra legem*, ou seja, não podem inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, etc. devem se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei será cumprida pela Administração, bem como devem estabelecer normas sobre relações entre os administrados com o Poder Público, tampouco pode abster-se de tal incumbência, por risco de responsabilidade (art. 85, V e VII CF/88).

Por oportuno, Carvalho Filho, sobre competência administrativa, entende que:

Sendo a função administrativa subjacente à lei, é nesta que se encontra, de regra, a fonte da competência administrativa. [...] a lei é a fonte normal da competência. É nela que se encontram os limites e a dimensão das atribuições cometidas a pessoas administrativas, órgãos e agentes públicos.[...] duas são as características de que se reveste. A

²⁸² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.121-122.

primeira é a inderrogabilidade²⁸³: a competência de um órgão não se transfere a outro por acordo entre as partes, ou por assentimento do agente da Administração. Fixada em norma expressa, deve a competência ser rigidamente observada por todos. A segunda é a improrrogabilidade: a incompetência não se transmuda em competência, ou seja, se um órgão não tem competência para certa função, não poderá vir a tê-la supervenientemente, a menos que a antiga norma definidora seja alterada.²⁸⁴

Assim, a terminologia do vocábulo regulação não pode ser encarada de forma conceitual sob o aspecto casual, pois não se pode confundi-lo com regulamentação, que corresponde ao desempenho de função normativa, conforme previsão constitucional do inciso IV do artigo 84, que trata da atribuição do Poder Executivo em expedir decretos e regulamentos²⁸⁵ para a execução fiel das leis, enquanto a regulação possui uma conceituação mais abrangente, mais ampla qualitativamente²⁸⁶.

E ainda, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho, por regulação se entende como a opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, numa solução de política mais adequada para a obtenção de fins, não consiste no exercício direto e imediato do Estado em todas as atividades de interesse público. A regulação também não se confunde com o dirigismo econômico, sendo este uma supressão da autonomia empresarial privada, assumindo o Estado uma competência ilimitada no setor privado/econômico.²⁸⁷

Eduardo Novoa Monreal enfatiza que é necessário que as atividades estatais fiquem reguladas por preceitos e instituições jurídicas em face do aumento das funções governamentais que exigem um amplo grau de discricionariedade, e que:

O Direito Administrativo, deixado para trás pela evolução social, não

²⁸³ A Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo na Administração Federal, em seu Capítulo VI, Da Competência, determina no art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.[...] Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

²⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107-108

²⁸⁵ A regra legal que autoriza o Chefe do Executivo a regulamentar a lei deve necessariamente apontar o prazo fixado para ser expedido o ato de regulamentação. Nesse prazo, a lei ainda não se torna exequível enquanto não editado o respectivo decreto ou regulamento, e isso porque o ato regulamentar, nessa hipótese, figura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei. Significa que os efeitos da lei ficam pendentes, e somente quando implementada a condição com o advento do referido ato é que a lei se torna, então, passível de aplicabilidade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 62)

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.456

²⁸⁷ Idem. Ibidem. p.458.

é capaz de resolver, todavia, a necessidade de harmonizar a liberdade de ação de que a administração precisa para cumprir, com eficácia e rapidez, seus fins, no que tange a segurança do cidadão e o controle jurídico da atividade administrativa, de modo a evitar o risco da arbitrariedade.²⁸⁸

A regulação se entende como a opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, numa solução de política mais adequada para a obtenção de fins, não consiste no exercício direto e imediato do Estado em todas as atividades de interesse público.²⁸⁹

Em relação aos atos administrativos e o princípio constitucional da legalidade (art. 37 CF/88), na lição de Abreu, a análise segue duas dimensões fundamentais, sendo o princípio da primazia ou prevalência ou supremacia, em que os atos de administração não podem contrariar as leis, e o princípio da reserva legal, pelo qual tais atos têm de se basear ou fundar em leis.²⁹⁰

Di Pietro esclarece que o princípio de legitimidade do ato administrativo encontra seu fundamento na presunção da validade dos atos da Administração Pública, dos quais o administrado tem o dever em cumpri-los, de maneira que se não existisse tais princípios, toda a atividade administrativa poderia ser questionável por um interesse particular em face ao interesse coletivo, sendo um obstáculo à própria finalidade pública da Administração.²⁹¹

Nesse sentido Jorge Manuel Coutinho de Abreu esclarece que o ato administrativo quando viola lei sinaliza:

Que a violação de lei 'é vício de que enferma o acto administrativo cujo objecto, incluindo os respectivos pressupostos, contrarie as normas jurídicas com as quais se devia conformar'. E acrescenta: 'Essas normas podem constar de lei formal, de regulamento ou até de um contrato administrativo pelo qual a Administração se haja vinculado para com outra parte'.²⁹²

Gilmar Mendes e Paulo Branco contextualizam o entendimento dos princípios de legalidade e de reserva legal:

²⁸⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.152

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.458

²⁹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Portugal: Coimbra: Livraria Almedina., 1987. p.130-131

²⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella **Direito Administrativo**. 29.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.241

²⁹² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Op. cit. p.135

O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independente de sua forma. [...] a reserva de lei pode ser estabelecida em razão da natureza da matéria, como ocorre quando a Constituição exige que determinado tema seja objeto de lei complementar [...] ou simplesmente de lei ordinária. A reserva legal, nesse primeiro aspecto, denota a ideia lógica de que apenas a lei ou os atos normativos a ela equiparados, e nenhuma outra fonte normativa, poderão tratar da matéria nela indicada.²⁹³

No entanto, não havendo, ou salvo melhor juízo, não há um tratamento regulatório eficiente à atuação das Organizações Sociais, tais direitos correm, ainda, riscos de serem entregues fragmentadamente e/ou serem colocados e/ou mantidos em suspensão perdidos em meio da burocracia estatal vigente.

Tal circunstância de vazio normativo provocado pela ausência de Decreto regulamentador da Lei n. 9.637/1998, criou sérios obstáculos de segurança jurídica no processo de publicização no Brasil, assim como encapsulou a vontade do legislador quanto à proposta de reforma administrativa do Estado, gerando uma espécie de sonegação política, criando muitos desvios e percalços jurídicos, que dificultam a própria existência legal e funcionalidade desse processo no tempo, por falta de regulamentação normativa e regulação eficaz, lastreadas em prestações de serviços públicos considerados não exclusivos (saúde, educação, proteção do meio ambiente, etc.).

Assim, o legislador ordinário ao contemplar no texto legal a inevitável tarefa do Poder Executivo em regulamentar uma lei sinalizou a necessidade de complementação para sua correta aplicação, *in absentia*, no particular, ocasiona o comprometimento na execução dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e Organizações Sociais.

6.2.1 Parcerias Público-Privadas com as Organizações Sociais (OS): Dezenove Anos de Disfunções Burocráticas.

No que se refere à participação das Organizações Sociais no processo de parcerias público-privadas, dada falta de uma regulamentação diretiva da Lei n. 9.637, entre 1998 a 2017, culminou numa situação de insegurança jurídica, pois as Unidades

²⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2014. p.839 e 843

Federativas, o Distrito Federal e os Municípios instituíram leis complementares próprias, sem qualquer parâmetro legal da legislação federal, modulando o uso de discricionariedade administrativa, para o ato de escolha da instituição privada sem fins lucrativos, sendo que muitas parcerias foram constituídas em franco desrespeito aos princípios da impessoalidade e publicidade, previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Durante os 19 anos de ausência do Decreto regulamentador do Programa Nacional de Publicização, houve um vazio jurídico pela falta de critérios legais específicos e uniformes, seja pelas exigências qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos em Organização Social, pela escolha destas instituições, pela permissão de uso de bens públicos, e pelo repasse de recursos econômicos e financeiros governamentais, apresentados em planilhas simples para o repasse de recursos financeiros.

Tais circunstâncias oportunizaram prejuízos jurídicos e financeiros ao erário, e prejuízos à sociedade, ora pelo uso equivocado e desvio de finalidade de recursos públicos, ora pela precariedade no atendimento e entrega de serviços públicos à coletividade com eficiência e qualidade, em face dos resultados objetivados nos Contratos de Gestão, daqueles realmente alcançados.

Tal alargamento da discricionariedade em formalizar parcerias constituiu-se num ambiente propício aos desvios da finalidade pública e abusos do Poder Público em franco desrespeito ao princípio da legalidade na Administração Pública, circunstância diferente da almejada flexibilidade e eliminação de excessos da burocracia da proposta de Reforma do Estado da década de 90.

Assim, Organizações Sociais (OS) é uma qualificação atribuída pelo Poder Executivo às pessoas jurídicas de direito privado, que preenchem determinados requisitos legais, que segundo Juarez Freitas, pode representar uma excessiva discricionariedade, em suas palavras, “a ser compensada pela congruente motivação”.²⁹⁴

Assim, qualquer pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que apresente os requisitos exigidos na Lei n. 9.637/1998, e seja qualificada como Organização Social, deverá ter condições iguais em firmar o contrato de gestão com o Poder Público, não podendo, assim, a Administração Pública, por discricionariedade, praticar qualquer escolha, senão com observância à lei, isto é, um ato administrativo

²⁹⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 442

discricionário, praticado pelo agente público que não observe os elementos determinantes deste ato, poderá constituir-lo em ilegítimo pelo desvio da lei e do interesse público, e resvalo em abuso de poder diante da irregularidade na execução do ato administrativo.

O desvio de finalidade e o excesso de poder são defeitos do ato, em face da legalidade, que se submetem a regimes diferentes. Ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público²⁹⁵.

A repreensão ao abuso de poder busca responsabilizar o autor, administrativa, civil e criminalmente, conforme cada caso, podendo até ser a responsabilização nas três formas.

A abusividade ou desvio de poder praticado pela autoridade e agente público, que der causa a um dano ou prejuízo para o ofendido, cabe ao Ente Estatal (União, Estados, DF e Municípios) ou a quem lhe faça vezes, restaurar o patrimônio prejudicado.

E assim que recomposto o prejuízo pelo Estado, dada a responsabilidade objetiva e/ou solidária e subsidiária, a este lhe reserva o direito de regresso contra o servidor que executou o ato com abuso de poder, respeitando o prazo prescricional conforme o §5.º, do artigo 37 da CF/88.

²⁹⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo; Saraiva, 2012. p. 196

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento da Sociedade e formação do Estado de Aristóteles, Hobbes, Rousseau, dentre outros pensadores, da antiguidade até nossos dias, é possível encontrar o indivíduo como principal elemento catalisador das mudanças no interesse público e privado, seja na introdução de novos papéis à sociedade em geral, considerada não política, e também na sociedade econômica, alicerçadas nos interesses individuais e coletivos, quanto ao Estado em sua esfera política, alicerçado no interesse público.

Com a concepção de Estado de Direito, constituído pela vontade do Povo, este passou a ser considerado o soberano a partir dos séculos XVII e XVIII, de forma que todos os indivíduos tiveram garantidos seus direitos privados (direitos civis e políticos), e a partir dos séculos XIX e XX, os seus direitos públicos (direitos sociais), positivados nas Constituições.

O Estado como figura política é um instrumento à soberania, fortalecido pela democracia representativa dos indivíduos e grupos, cuja participação, tanto nas decisões e como nas ações estatais, se tornaram imprescindíveis à manutenção e realização dos interesses coletivos.

Os direitos sociais, positivados nas Constituições das Sociedades durante o século XX, alicerçaram os interesses difusos e coletivos, que nos últimos trinta anos a efetivação passou a ser reivindicados por meio da atuação de atores sociais, constituídos na esfera pública não estatal, sendo uma esfera que não corresponde a uma instituição, mas uma arena de participação destes novos atores sociais no atendimento dos interesses sociais em contribuição aos deveres e funções do Estado e da própria sociedade.

No entanto, as conquistas obtidas pela Sociedade em firmar seus direitos individuais e sociais nas Constituições, afetou as relações com o Estado, o qual antes desempenhava um papel interventor, provedor e garantidor dos direitos individuais e sociais, foi alterado para ser um regulador das atividades econômicas e dos serviços públicos, cuja responsabilidade está voltada em proteger a Sociedade no combate às desigualdades sociais e, como incentivador do desenvolvimento econômico.

No Brasil, nos últimos quarenta anos, as relações do Estado com a Sociedade tornaram-se mais complexas, afetando assim o papel estatal em garantir a efetividade e proteção de direitos sociais fundamentais, inscritos na Constituição Federal de 1988.

O modelo de Estado burocrático, instituído desde 1967, com normas rígidas nos negócios públicos, não serviam como alavancas à gestão pública moderna, tampouco não contribuía de maneira ágil na prestação dos serviços sociais públicos à coletividade, e aos poucos o modelo weberiano de burocracia foi sendo distorcido com o excesso de procedimentos e pela disfunção nos objetivos a serem alcançados e nos resultados à sociedade.

Atualmente, os exageros e excessos da burocracia estatal na gestão pública é uma doença crônica na estrutura político-governamental do Brasil, que coloca a Administração Pública em letargia na execução de Políticas Públicas e, de modo geral, coloca em coma induzido a população, que necessita da prestação positiva do Estado, na efetividade dos direitos sociais fundamentais, a fim de diminuir as desigualdades sociais e ao mesmo tempo promover o desenvolvimento econômico, garantindo, assim, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º CF/88).

A reforma administrativa no Brasil, promovida a partir das Emendas Constitucionais 08/1995 e 19/1998, decompôs o serviço público antes exclusivo do Estado, para serviços não privativos, dada atuação econômica (tratados no processo de privatização), e serviços não exclusivos (tratados no processo de publicização).

A Lei n. 9.637/1998, que trata da publicização dos serviços públicos não exclusivos para Organização Social (OS), e da Lei n. 9.790/1999, que aborda a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos (OSCIP) e das condições para firmar convênios, termos de parceria e acordo de cooperação com o Poder Público, simbolizam o esforço político num determinado período do Brasil, em criar um ambiente desburocratizado às parcerias público-privadas, seja em atender as demandas sociais com mais eficiência à coletividade, seja na efetividade dos direitos sociais fundamentais em relação ao resultado final com maior qualidade.

Estas entidades, consideradas públicas não estatais, pertencem ao Terceiro Setor, composto por pessoas de direito privado sem fins lucrativos, e com finalidade pública, pois atuam em colaboração ao Estado, e seriam constituídas e qualificadas conforme regras e procedimentos mais flexíveis de prestação de serviços públicos não exclusivos, capacitando-as em pactuar parcerias com o Poder Público.

Em verdade, a vontade política na implantação da reforma administrativa, era para que o Estado brasileiro, recém-redemocratizado, fosse revitalizado a partir da desconstituição de alguns modelos e instituições arcaicas e com burocráticas distorcidas ou excessivas.

As mudanças foram propostas para que o Estado pudesse formalizar parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que apresentassem maior nível de profissionalização e especialização, maior poder de articulação e permeabilidade no tecido social, capazes de auxiliarem o Poder Público na execução de Políticas Públicas, atendendo com maior eficiência à população, outrora desprestigiada ou negligenciada pelo Estado.

No entanto, as distorções na burocracia estatal solidificada na má gestão pública resistiu e resiste à sua reestruturação, e a reforma administrativa iniciada em 1995, ainda não terminou, e se mostra um processo lento, antagônico e, ao mesmo tempo, paradoxo, pois, além de ultrapassado, não se adapta à realidade social, jurídica e econômica do país.

E os excessos e disfunções burocráticas nos serviços públicos, apresentam as falhas de continuidade e a inoperância do aparelho estatal, servindo tais processos burocráticos, assim, apenas como mecanismo de dominação política nos processos sociais, ao casuísmo do mínimo existencial, e a fuga quanto à concreção dos direitos sociais fundamentais.

A proposta da reforma, principalmente no processo de Publicização, teve como objetivo melhorar a gestão do setor público, e em romper um modelo fundado no controle de processos de trabalho, para um modelo de controle dos resultados, ou seja, alterar as deformidades no modelo burocrático de Estado para um modelo gerencial, cujo foco estatal seria, predominantemente, nos controles de procedimentos e metas preestabelecidos, e quanto aos resultados e à qualidade nos serviços prestados à população por entidades consideradas como públicas não estatais, na busca da eficiência estatal e economicidade na sua atuação em parceria com entidades do Terceiro Setor.

Nos últimos quinze (15) anos, houve várias tentativas em âmbito legal, por meio de emendas à Constituição Federal, para alterar o modelo burocrático estatal, por meio de normas mais flexíveis que alteram alguns procedimentos estatais rígidos em firmar parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, tendo como objetivo dinamizar não só as atividades estatais, mas facilitar as parcerias com entidades privadas cujos fins são públicos, porém não estatais, e que compõem o Terceiro Setor.

Flexibilizar as normas de parcerias público-privadas com entidades do Terceiro Setor, qualificadas como Organização Social (OS) ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), não deve ser assentado num poder discricionário amplo ao Poder Público em eleger livremente qualquer entidade, por

critérios subjetivos, sequer alterar o regime jurídico público relacionado ao serviço social público, uma vez que a execução e/ou outorga e controle são de responsabilidade do Estado.

Tampouco pode ser entendida que, flexibilizar tais normas, sob regime de transferência total dos serviços públicos à entidade pública não estatal, o que resvalaria em estatalização do privado, corrompendo as determinações legais e, em tese, na privatização do público sob a nítida fragilização dos direitos sociais fundamentais e sacrifício à coletividade.

Contrapondo, as entidades do Terceiro Setor qualificadas como OSCIP, por mais de 15 anos, foram tratadas sob a forma de estatalização, pois as normas que regulavam a parceria eram burocráticas, a ponto de desestimular a participação das entidades, dada a morosidade e rigor em atender os requisitos legais exigidos para apresentar o projeto, levantar documentação necessária e análise do Poder Público em firmar o convênio, liberação dos recursos e controle das prestações de contas.

O aumento tanto das parcerias e como de recursos públicos reforçam a necessidade de que a probidade administrativa é o um elemento indispensável na execução dos serviços executados diretamente pelo Poder Público, bem como indiretamente pelas parcerias com entidades públicas não estatais, a fim de fortalecer o dever de honestidade e ética para com a coisa pública (*res publica*) e, principalmente, para com o interesse público.

A necessidade de impregnar o princípio da moralidade e da probidade nos negócios e atividades estatais relacionadas aos serviços públicos, envolvendo agentes públicos ou organizações em colaboração, transpassa o uso de bens e recursos públicos, e encontra abrigo também na ação ou omissão, envolvendo culpa ou dolo do agente (político, público ou privado), que deixa de exercer um ato, ou uma atividade em prol do interesse público e/ou contrário as determinações legais.

A proposta de Publicização prevista na Lei n. 9.637/1998 necessitava de um marco regulatório, a fim de garantir o uso dos bens, repasse de recursos associados aos interesses públicos, frente à cobiça do mercado em desvirtuar a proposta em privatização.

A regulação do Programa Nacional de Publicização (PNP) definiria o ambiente de segurança para atuação das entidades do Terceiro Setor, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas como OS ou OSCIP, teriam as regras específicas e requisitos formais para firmar parcerias com o Poder Público na

execução de serviços públicos não exclusivos.

A falta de regulamentação do Programa Nacional de Publicização (PNP), ao longo de 19 anos, permitiu que fossem operacionalizadas pelo Poder Público parcerias público-privadas equivocadas, sob o manto do dirigismo político, e não pelo interesse público, criando um abismo no avanço das atividades das entidades públicas não estatais (OS e OSCIP), e dificuldades em romper o estigma de estatização do privado e ao invés de privatização, permitiu o ‘feudalismo’ na atividade de serviços públicos não exclusivos, associados às parcerias concentradas em algumas entidades não comprometidas com o bem comum.

A ausência de normas jurídicas regulamentadoras, com o caráter de ordenar as funções do Estado na transferência adequada da prestação dos serviços sociais públicos, fez com que Tribunais de Contas, seja da União ou das Unidades Federativas, exorbitassem sua competência constitucional e jurisdicional, ao produzirem orientações jurisprudenciais sobre os procedimentos vinculados à Publicização, que, em tese, tentaram regulamentar de alguma forma o programa de Publicização.

Os posicionamentos das decisões administrativas, principalmente do Tribunal de Contas da União, e do acórdão da Adin n. 1923 do Supremo Tribunal Federal, contribuíram na resolução, em parte, das hipóteses do presente trabalho, no que tange a falta de critérios de investimentos e contratação na parceria principalmente com Organizações Sociais (OS), para a execução de serviços públicos não exclusivos, e em parte de que não há uma caracterização de terceirização do serviço público estatal, para entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas como OSCIP.

Entretanto, a adoção pelo Poder Público do instrumento jurídico mais flexível na parceria público-privada, qual seja, o Contrato de Gestão com Organizações Sociais, descaracterizou a almejada flexibilidade da reforma administrativa da década de 90, uma vez que a Lei n. 9.637/1998, somente foi regulamentada em 01 de novembro de 2017, pelo Decreto n. 9.091.

O Decreto referenciado, após 19 anos, passou a definir as características e finalidades da parceria, o processo de escolha da entidade, os critérios específicos de formalização, de desqualificação da instituição, das responsabilidades entre os parceiros, fiscalização e controle social, dentre outros.

Durante o período, de 1998 a 2017, as parcerias público-privadas com as OS não davam ênfase à participação dos cidadãos nas avaliações dos resultados de melhoria na qualidade dos serviços e das metas alcançadas constantes no Contrato de Gestão, e os

controles eram firmados com base em larga discricionariedade do Poder Público.

O Contrato de Gestão e os Termos de Parcerias eram firmados, fiscalizados e controlados em gabinetes político-administrativos, de maneira que a população atendida por entidades qualificadas como OS ou OSCIP, por não participarem dos processos de avaliação, sequer possuíam conhecimento de que o serviço público recebido não era realizado pelo Estado, e sim por uma entidade colaboradora.

Nitidamente, é possível destacar o interesse político em manter algumas parcerias público-privadas na obscuridade do conhecimento público, serviu como um ótimo negócio, porém distante do interesse público. Entretanto, a atuação independente do controle externo, por meio de fiscalização dos Tribunais de Contas e Ministério Público, como relatado na pesquisa, como exemplo nos Estados de Tocantins, Amazonas e, Distrito Federal, sendo evidenciados nos contratos firmados entre o Poder Público e OS e/ou OSCIP, em face das irregularidades apontadas em relatórios ou nos autos de Ações Cíveis Públicas, acabaram sendo suspensos, ou tiveram sentenças judiciais com condenação dos agentes políticos por improbidade administrativa.

Exemplos ocorridos nestes e em outros Estados da Federação denotam a fragilidade na parceria público-privada, que por mais de dezenove anos desrespeitaram à coletividade, por um descompromisso do agente político e da instituição qualificada como pública não estatal, na execução serviços públicos e atendimento aos direitos fundamentais sociais, principalmente em saúde, resvalando, assim, na precarização dos serviços públicos não exclusivos em franco prejuízo à sociedade.

Assim, qualquer estruturação em caráter normativo referente ao Programa Nacional de Publicização, cuja abordagem esteja relacionada a contratos e modalidade de licitação de negócio público, seja com entidades da Administração Pública Direta e Indireta, é de competência privativa à União para legislar sobre a matéria (artigo 22, inciso I e XXVII CF/88).

Por se tratar de matéria federal, a competência em expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis é do Presidente da República (art. 84, IV CF/88), e caso haja abstenção dessa incumbência no cumprimento do comando constitucional, o chefe do Poder Executivo incorre em crime de responsabilidade (art. 85, V e VII CF/88), possível de ser constatado no hiato temporal da Lei n. 9.637/1998, e mesmo com a publicação do Decreto n. 9.091/2017, resta ainda o crime de responsabilidade pelos resultados atingidos ao erário e à população em geral até a data da publicação do regulamento.

A Constituição Federal de 1988, estabelece que o Estado é responsável pela não efetividade de direitos individuais, principalmente aqueles direitos relacionados aos interesses coletivos/sociais, e o Poder Público encontra nas entidades privadas sem fins lucrativos, enquanto público não estatal (OS e OSCIP), a vertente necessária à efetividade concretização desses direitos sociais.

A atuação das entidades qualificadas como OS e/ou OSCIP, nas parcerias público-privadas, com a União, Distrito Federal, Estados e Municípios, sendo constatados contratos irregulares firmados com OS e OSCIP, em desacordo com a legislação, e com a decisão da Adin n.1.923/2015, que tenham causado prejuízos ao erário e à ordem jurídica, a responsabilidade passa a ser do Estado perante terceiros, e por improbidade administrativa dos agentes públicos, políticos e privados, devendo ressarcir os prejuízos causados aos cofres públicos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Portugal: Coimbra: Livraria Almedina. 1987.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ANUÁRIO DEL ÁREA SOCIO JURÍDICA: Facultad de Derecho - Universidad de la República. Montevideo - Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, v. 1, n. 2, 01 out. 2005. Anual.
- ARAGON, Manuel. **Constitución y democracia**. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da Democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros**. Traduções de João Marcos Coelho e Pablo Rubéns Mariconda. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural. 1984.
- BITTAR. Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais/Secretaria da Reforma do Estado**. Cadernos MARE da reforma do estado. v.2. 5. ed. Brasília: Ministério da Administração e reforma do Estado, 1998.

_____. IBGE. (Org.). **Cadastro Central de Empresas 2010**. Diretoria de Pesquisas. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. IPEA. (Ed.). **A Participação das ONGS nas Políticas Públicas: o ponto de vista de gestores federais**. Texto para discussão 1949. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, Abril, 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O caráter cíclico da intervenção estatal**. Revista Economia Política, S.i, v. 3, n. 9, p.115-130, jul-set.. 1989.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

_____. **Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil**. 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/97.Reforma_gerencial-RSP.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público. vol.50. p.5-30. 1999. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7559_Cached.pdf>. Acesso em 26 fev. 2018.

_____. SPNIK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV

_____. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. Revista de Administração Pública, [s.l.], v. 50, n. 1, mar. 2010. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-75902010000100009>. Acesso em 26 fev.2018.

BUGALHO. Gustavo R. **Improbidade Administrativa**. Leme: JH Mizuno, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo I e II. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. edição eletrônica (e-Book). São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo: hacia una teoria de la ciudadanía**. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

COSTA, Ilton Garcia da. SANTIN, Valter Foletto (organizadores). **Organizações Sociais. Efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural**. Tradução de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciomik. 1.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2005.

DARTON, Robert. DUHAMEL, Olivier (org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: São Paulo: Editora Record, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5.ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra/Portugal: Armênio Amado Editor. 1979.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3.ed. Madrid: Editora Civitas, 1995.

EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos Avançados, [s.l.], v. 9, n. 23, p.149-163, abr. 1995. **FapUNIFESP (SciELO)**. <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40141995000100010>. Acesso em 10.jan.2017.

ESTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia: estudio introductorio de Alejandro Herrera M**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira.

México/DF: Fondo de Cultura Económica. 1999.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 6.ed. rev. versão E-book. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 1998.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 4.ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FUTTERLEIN, Lígia Leindecker. **Fundamentos do direito constitucional.** Curitiba: InterSaberes, 2012.

FUX, Luiz. (et al). **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GARCIA, Maria (Org.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n.30. Ano 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 17.ed. São Paulo; Saraiva, 2012.

GOMES CANOTILHO. José Joaquim. **Direito Constitucional.** 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais.** 5ª ed. São Paulo: Loyola, 2014.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** Versão eletrônica E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORDILLO, Agustin A. **Introducciom al derecho administrativo.** 2.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 15. ed. rev. e atualiz. Malheiros: São Paulo, 2012.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.), **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides.** 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, s/d. p.250-251

GREMAUD, Amary Patrick. VASCONCELLOS. Marco Antonio Sandoval de. TONETO Jr. Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. 6. Ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas. 2007.

GUBERT, Paulo Gilberto. Paul Ricouer e o problema do reconhecimento. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p.266-283. 2.Semestre.2013. ISSN: 2177-6342. Acesso em 26 fev. 2018

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public**. 8.ed. Paris: Recuel Sirey. s/d.

_____. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris, 1966.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. 6.ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (selección)**. Espanha: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34. 2003.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992.

IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed.. São Paulo: Editora Dialética. 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Aurélio Wander Bastos (organização). 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LEFHELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEMBO, Claudio. **A Pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme (et al). **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3 vol. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Madrid: Editora Trotta, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MÓRON, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAVES, Rubens (coordenador). **Organizações Sociais: A construção do modelo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa**. In: Novos Estudos CEBRAP. N. 31, outubro 1991.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Tadução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1984.

_____. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SOLA, Lourdes; WILHEIM Jorge (Orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo. Ed. UNESP. (Cap. 4). p. 119-146, 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2.a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PEREIRA, Gustavo. **Las voces de la igualdad: Bases para uma teoria crítica de la justicia**. Montevideú/Uruguai: Editorial Proteus, 2010.

_____. **Perspectivas críticas de justicia social**. Porto Alegre: Evangraf, 2013.

PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

PIMENTA, Carlos César. **A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais**. n. 5. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, Set/Out, 1998.

Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001.

QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1995.

RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. **O processo civil coletivo e a sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. [s.i]: Ed. Ridendo Castigat Moraes. S.d.

_____. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, s/d.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. Edição eletrônica (e-Book). São Paulo : Saraiva, 2013.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais: Centro de Estudos Sociais**. Coimbra: Portugal, n. 65, p.03-76, maio 2003.

_____. **Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales**. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentias sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo Malheiros, 2003.

SPOSATI, Aldaiza de Oliveira (et al). Os direitos (dos desassistidos) sociais. Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TAVARES, José. **Administração Pública e Direito Administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1996.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos Sociais: afinal do que se trata?** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

UNGER. Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: a alternativa progressiva**. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 1999.

_____. **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2001.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa e Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, Max. **O que é burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração. s/d.