

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

EMERSON MATIOLI

**CONTRATOS DE GESTÃO: REFORMA DO
APARELHO DO ESTADO, MODELO
GERENCIAL E TERCEIRO SETOR.**

SÃO PAULO

2018

EMERSON MATIOLI

**CONTRATOS DE GESTÃO: REFORMA DO
APARELHO DO ESTADO, MODELO
GERENCIAL E TERCEIRO SETOR.**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Político e Econômico ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob a orientação da Professora Doutora Irene Patrícia Nohara e co-orientação do Professor Doutor José Osório do Nascimento Neto.

SÃO PAULO

2018

M433c

Matioli, Emerson.

Contratos de gestão: reforma do aparelho do Estado, modelo gerencial e terceiro setor. / Emerson Matioli. – 2018. 120 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

Orientador: Irene Patrícia Nohara.

Referências bibliográficas: f. 118-120.

1. Contrato de gestão. 2. Reforma do aparelho do Estado. 3. Modelo burocrático. 4. Eficiência. 5. Modelo gerencial. 6. Terceiro setor. 7. Organizações sociais. I. Nohara, Irene Patrícia, *orientador*. II. Título.

CDDir 341.356

Bibliotecário Responsável: Ana Lucia Gomes de Moraes – CRB 8/6941

EMERSON MATIOLI

**CONTRATOS DE GESTÃO: REFORMA DO
APARELHO DO ESTADO, MODELO
GERENCIAL E TERCEIRO SETOR.**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Direito Político e
Econômico ao Programa de Pós-Graduação *Stricto
Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em 29 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA



Prof^ª. Dr^ª. Irene Patrícia Nohara
Universidade Presbiteriana Mackenzie


Prof. Dr. Antonio Cecílio Moreira Pires
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof^ª. Dr^ª. Angélica Petian
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Dedico este trabalho para Karen e para o pequeno João Vitor, família constituída com muito amor, carinho e cumplicidade, na qual encontro sorrisos e abraços de alegria que são a fonte inesgotável das minhas energias e o vigor para novas jornadas.

AGRADECIMENTOS

Ninguém conclui uma jornada como esta sozinho, e sendo assim, os agradecimentos são devidos, sendo o primeiro deles às famílias Matioli, Gebauer, Costa e Assis, cuja continuidade, representada pela minha esposa Karen e meu adorável filho João Vitor, me dão a motivação para persistir nesta jornada acadêmica.

Meu caminho estudantil, por coincidências da vida, foi acompanhado por três Irenes e a elas serei eternamente grato pelo carinho e apoio nesta jornada. A primeira delas, Irene da Costa Matioli, minha mãe, que sempre esteve ao meu lado, me acompanhando e torcendo pelos passos dados. A segunda, Irene Matioli Abbud, tia querida e exemplo de devoção ao conhecimento, às artes e à leitura, que sempre me incentivou a dar passos cada vez maiores e a não desistir dos estudos. Suas aulas particulares, sua reserva de jornais, revistas e recortes sempre foram muito úteis e me faltarão palavras para agradecer. A terceira delas, Irene Patrícia Nohara, orientadora na academia, a quem apresento este trabalho que serve como uma forma de agradecer o conhecimento entregue na já saudosa matéria Reforma Administrativa e Governança Pública, ministrada no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Externo meu sincero agradecimento ao Dr. José Osório do Nascimento Neto pela disponibilidade e atenção em apoiar a co-orientação deste trabalho, com dicas pontuais para o desenvolvimento do conteúdo e da sua estrutura.

Também destaco meus honrosos agradecimentos ao Dr. Antonio Cecílio Moreira Pires e à Dra. Angélica Petian pela acolhida em aceitarem o convite para participar da banca de avaliação deste trabalho, desde os esboços primários apresentados, pelas críticas, observações e apontamentos necessários para delimitar sua formação.

Agradecimentos também são devidos a todos os professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que nas pessoas dos Drs. Eduardo Marcial Jardim e José Carlos Francisco transmito meus cumprimentos.

Para as secretárias Cristiane Alves e Daniela Miranda transmito um sincero agradecimento pelo apoio com a logística das entregas documentais e suas comprovações.

Aos amigos do Mackenzie - Luiz Renato Telles Otaviano, Flávio Eduardo Turessi, Ruth Carolina Sgrignolli, Arthur Junior, Fernando Eberli e Washington Luís Campos Cunha – a caminhada ficou muito mais fácil tendo vocês.

Agradeço o imenso carinho recebido pelas Famílias Araújo, Antunes, e Medauar, bem como a todos os amigos que delas fazem parte ao longo de uma vida, desde os bancos escolares e universitários até os palcos da vida. Vocês foram e serão sempre fundamentais ao meu lado. Obrigado por tudo.

Para a turma da pesada - Estêvão Luis Lemos Jorge, André Alfaya e Michel Cutait - vai meu abraço pelos excelentes momentos que já passamos e pelos que passaremos.

Para Marcelo Ricardo Escobar, amigo e irmão que a vida me deu, fica aqui meu mais profundo agradecimento. Tenho em você um espelho dos caminhos a serem seguidos e um norte que sempre me orientou, incentivou e apoiou, desde os balcões do Fórum João Mendes até aqui. O desenvolvimento deste mestrado se deve muito a você e sem seu incentivo não conseguiria chegar até aqui.

Ao grande amigo João Fernando Baldassari Sgarbi também devo agradecimento pelos pontuais e filosóficos debates sobre os caminhos e correntes do direito, da filosofia do direito e de amenidades, sempre regadas com um bom café.

Por fim, agradeço ao meu pai, Ayrton Matioli (*in memoriam*) cujas lições ecoam diariamente em minha mente e sigo-as como um mantra de vida. Ainda continuo lendo de novo!

*Os limites da minha linguagem representam os limites
do meu mundo.*

Ludwig Wittgenstein

RESUMO

O contrato de gestão foi instrumento introduzido no ordenamento jurídico-brasileiro por meio da Reforma Administrativa da década de 90, em um cenário que buscou implementar o modelo gerencial, procurando substituir a *rule-based accountability* (controle que se pauta nas regras e procedimentos) pela *performance based accountability* (controle baseado no desempenho). O objetivo da presente dissertação é analisar os limites e possibilidades de uso do contrato de gestão como instrumento de maior alcance de eficiência na gestão pública. Será visto, a partir do método hipotético-dedutivo, que a flexibilização propugnada ao regime jurídico da Administração, conforme a proposta conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, nem sempre é adaptável ao sistema do ordenamento jurídico, que não permite que sejam feitas flexibilizações ao regime jurídico pela via contratual. Por outro lado, um dos campos por excelência em que o contrato de gestão foi implementado é no estabelecimento de parcerias com o terceiro setor, via organização social. A presente dissertação problematiza o uso do instrumento, apontando para as possibilidades de sua utilização no que concerne ao compartilhamento de atividades de interesse público com as organizações sociais. Tem adesão com a linha de pesquisa do Poder Econômico e seus Limites Jurídicos, ocasião em que se contribuir para uma reflexão sobre as potencialidades do instrumento para se repensar os instrumentos derivados do modelo gerencial, adaptando-os às exigências jurídico-constitucionais em prol do desenvolvimento socioeconômico.

Palavras-chave: Reforma Administrativa. Burocracia. Modelo Gerencial. Contratos de Gestão. Terceiro Setor. Organizações Sociais.

ABSTRACT

The management contract was an instrument introduced in the Brazilian legal system through the Administrative Reform of the 1990s, in a scenario that sought to implement the managerial model, seeking to replace rule-based accountability performance based accountability. The objective of this dissertation is to analyze the limits and possibilities of use of the management contract as an instrument of greater reach of efficiency in the public management. It will be seen from the hypothetical-deductive method that the flexibilization proposed to the legal regime of the Administration, according to the proposal conferred by Constitutional Amendment no. 19/98, is not always adaptable to the legal system, which does not allow flexibilizations to the legal regime by contractual means. On the other hand, one of the fields par excellence in which the management contract was implemented is in the establishment of partnerships with the third sector, through social organization. The present dissertation problematizes the use of the instrument, pointing to the possibilities of its use in what concerns the sharing of activities of public interest with social organizations. It has adherence to the line of research of the Economic Power and its Legal Limits, at which time it is possible to contribute to a reflection on the potential of the instrument to rethink the instruments derived from the managerial model, adapting them to the legal-constitutional demands for development socioeconomic.

Keywords: Administrative Reform. Bureaucracy. Management Model. Management Contracts. Third sector. Social Organizations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 – A CRISE DO BEM-ESTAR SOCIAL E OS ANSEIOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA	14
1.1 – Cenários de Reforma Administrativa: Crise do Estado e Globalização Econômica.....	15
1.2 – Diretrizes fixadas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)	24
1.3 – Reforma Administrativa e a Emenda Constitucional nº 19/98.....	30
1.4 - Reforma Administrativa e Eficiência	37
2 – MODELOS DE GESTÃO PÚBLICA	42
2.1 – Patrimonialismo e as Amarras do Estado	42
2.2 – Burocratismo e o Funcionamento Técnico-Hierárquico.....	46
2.3 – Gerencialismo e a Flexibilização da Gestão – <i>New Public Management</i>	52
2.4 – Gerencialismo e a Gestão por Contrato.....	55
3 - CONTRATOS DE GESTÃO	56
3.1 – Contratos de Gestão e o cenário Constitucional de 1988	57
3.2 – Natureza Jurídica dos Contratos de Gestão	72
3.3 – Limites da Ampliação da Autonomia Gerencial	74
4 – CONTRATO DE GESTÃO E A GESTÃO ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR	74
4.1 Publicização e Setor Público Não-Estatal	74
4.2 Limites e possibilidades de atuação do terceiro setor	75
4.3 Organizações Sociais e a parceria por contrato de gestão.....	77
4.4 Contratação com Objetivo de Fomento, Gestão e Execução de Atividades de Cultura no Estado de São Paulo: Exame do Contrato de Gestão 01/2017.....	80
CONCLUSÕES	81
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido terá como objetivo a análise dos contratos de gestão presentes em nosso ordenamento jurídico, fazendo uma análise do enquadramento ao modelo do contrato de gestão delimitado no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, realizando uma análise da implantação do chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), da Reforma Administrativa sob a ótica da adoção do modelo gerencial da gestão pública intentado a partir da década de 90, como preceitos para uma ampliação da autonomia gerencial da Administração Pública, dentro do seu processo de evolução para uma Administração Pública Consensual.

Será realizada uma análise da implantação pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) do chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), onde o panorama político-econômico deste período acaba por provocar profundas alterações no Direito Administrativo, que levam a Administração a uma atuação focada em um formato de eficiência e de transparência para um melhor atendimento ao cidadão, com a finalidade de livrar o sistema das amarras existentes e impondo, ainda que em discurso, uma desburocratização com controle de gestão e avaliação de resultados, com amplo foco no modelo gerencial.

Neste processo buscará ser demonstrada a estrutura social e histórica do mercado enquanto instituição jurídica a serviço de interesses pré-definidos, que sob o manto desta Reforma Administrativa intenta a implantação deste modelo de gestão em formato gerencial, como evolução de superação da burocracia administrativa sob o manto da eficiência.

A reflexão do tema da adoção do modelo gerencial de gestão no Brasil toma ares de crescimento com as implantações das suas correntes de gerenciamento, ocasião em que a análise dos modelos dos contratos de gestão e sua dinâmica de emprego dentro de um cenário de busca pela eficiência acabará por nos orientar se esta opção é a melhor escolha como modelo de gestão pública a ser adotada, onde tomará especial proporção a

adoção do modelo de Contrato de Gestão para o fomento das práticas das Organizações Sociais.

O problema a que se chega, portanto, diante do narrado na delimitação do tema, é saber se o contrato de gestão garante com fundamento nos preceitos do Direito Administrativo o modelo de funcionalidade gestora trazidos com os ideais de Reforma Administrativa e a adoção do Modelo de Gestão fundamentado no dito Gerenciamento, sob a alegação de que o Modelo Burocrático fundado na hierarquia estaria superado.

Analisados estes parâmetros, e as indagações a que o trabalho se propõe, serão avaliadas as alternativas juridicamente viáveis para a chamada modernização do Estado, ao se comprovar que o modelo de gestão gerencial não chegou a superar o modelo burocrático de gestão, bem como ao se comprovar que o contrato de gestão delimitado no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, não acresce autonomia gerencial para o melhoramento das atividades estatais.

Ao final, será dado destaque ao modelo de Contrato de Gestão em uso nas atividades desenvolvidas com as Organizações Sociais do Terceiro Setor, sua natureza, seu regime jurídico e seus pressupostos e elementos, em contraposição ao cenário e ao modelo surgido no bojo da Reforma Administrativa que implementou a constitucionalização do modelo, onde faremos análise prática de contrato de gestão firmado com organização social na seara do fomento da cultura no Estado de São Paulo.

1 – A CRISE DO BEM-ESTAR SOCIAL E OS ANSEIOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA

Inicialmente, para adentrarmos no tema da reforma administrativa, é importante destacar o contexto de um plano de reforma, bem como o conceito do que venha a ser uma reforma administrativa.

Toda reforma traz em si o sentido de mudança de estruturas e padrões que trarão reflexos nos aspectos de estruturação, organização e funcionamento do que se está a modificar.

Ao definirmos como um dos objetos de análise a reforma da Administração Pública¹, estamos a trabalhar com os objetos e medidas que trazem o implemento e a modificação das suas estruturas, da sua organização e do seu funcionamento, e que tem a finalidade de aprimorá-la para atender aos fins do Estado e aos interesses da sociedade.²

Para serem chamadas de “reformas administrativas” as mudanças devem alterar de modo substancial a forma e o funcionamento do aparelho do Estado, apresentando uma mudança institucional, um longo processo de implementação composto por diretrizes de avanços e retrocessos que acabam não se confundindo com meras mudanças ou aperfeiçoamentos na gestão, que são movimentos do cotidiano. Neste cenário, Bresser Pereira³ acaba por reconhecer a ocorrência de apenas duas reformas da

¹ Irene Patrícia Nohara, com inspiração nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, refere-se à expressão Administração Pública como sendo dotada de dois sentidos técnicos, um subjetivo, formal ou orgânico e outro objetivo, material ou funcional. No sentido subjetivo indica o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado, caso em que o termo é grafado em letras maiúsculas. Já no sentido objetivo, é usado no contexto de função administrativa ou de atividade desempenhada sob o regime de direito público para a consecução de interesses coletivos, caso em que o termo administração pública é grafado em letras minúsculas. Já no sentido amplo, tem o significado de atividade de planejamento, comando ou direção, como a execução, que envolve subordinação. Contém subjetivamente tanto órgãos governamentais, que dirigem e comandam, como órgãos administrativos, os quais executam os planos traçados pelos órgãos governamentais; e, objetivamente, a administração pública pode ser abordada tanto a partir do desempenho de funções políticas, em atividade de planejamento, como de exercício da função administrativa ou de execução. NOHARA. Irene Patrícia. Direito administrativo. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6-7.

² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.p.37-38.

³ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, 34 (4). p. 7-26, jul/ago. 2000.

administração pública: a reforma burocrática e a reforma do serviço civil que viabiliza a administração pública gerencial, que serão objeto de análise ao longo deste trabalho.

1.1 – CENÁRIOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA: CRISE DO ESTADO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

As tentativas de modernização da Administração muitas vezes são expressadas em propostas de reforma administrativa, que em geral permanecem na condição de promessa de campanha ou se limitam a extinguir órgãos, com dispensa de servidores em busca de medidas efetivas que propiciem melhoria contínua e crescente no funcionamento da Administração⁴.

Para Odete Medauar⁵ uma reforma administrativa deve ter algumas ideias de fundo como norte, tais como uma Administração a serviço do público; uma Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; maior economicidade e uma Administração de resultados; bem como o predomínio da publicidade sobre o segredo.

A autora ainda vislumbra que um processo contínuo de reforma seria desencadeado por um rol inicial de medidas, tais como:

- a) modelos organizacionais com menos graus hierárquicos, menos chefias, mas cada qual com mais poder de decisão; b) desconcentração e descentralização para conferir poder de decisão a escalões hierárquicos inferiores ou setores locais; c) eliminação de superposição de órgãos com atribuições semelhantes; d) redução drástica dos cargos em comissão; e) aplicação rigorosa da exigência de concurso público para investidura em cargo, função e emprego público; f) treinamento e reciclagem constante de servidores públicos; g) instituição de carreiras, em todas as funções, com avaliação verdadeira de mérito; h) redução drástica de exigências de papéis e documentos inúteis e i) implantação de controle de resultados e de gestão.⁶

O processo de reforma da Administração não aconteceu tão somente no Brasil, foi um movimento que se espalhou ao redor do mundo, com a finalidade de atender aos

⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, p.28. 2007.

⁵ Ibidem, p.28.

⁶ Ibidem, p. 28.

anseios dos cidadãos na conclusão de que governos inflados precisariam ser reduzidos, sendo necessário analisar este cenário para entendermos os anseios de reformas administrativas, que se iniciam, como veremos, por meio da reforma do Estado.

Ao final da década de 70 a reforma do Estado passa a ser uma demanda global e o consenso sobre o papel do Estado passa a ser revisto, eis que fatores socioeconômicos passam a contribuir para o início da crise do Estado contemporâneo que pôs fim a um áureo período de amplo consenso social sobre o papel do Estado como garantidor da prosperidade econômica e do bem-estar social, o chamado *Welfare State*⁷, que tinha por objetivo principal a produção de políticas públicas na área social com educação, saúde, previdência social, dentre outras, para a garantia das necessidades básicas da população.

Acerca destes fatores socioeconômicos, Fernando Luiz Abrucio⁸ aponta como primeiro fator a crise econômica mundial, iniciada em 1973 durante a primeira crise do petróleo e retomada com mais força em 1979, na segunda crise do petróleo. Neste período a economia mundial enfrenta um grande período de recessão ao longo dos anos 80, onde a escassez afetou o Estado que ingressa em uma grave crise fiscal. Esta crise fiscal foi o segundo fator de enfraquecimento dos antigos modelos de alicerce do Estado, com revoltas de contribuintes contra a cobrança de mais tributos que não eram revertidos em melhorias dos serviços públicos.

Neste cenário de instalação de uma crise econômica de dimensão mundial, associada com uma crise fiscal, o terceiro fator que leva à crise do Estado contemporâneo envolve a governabilidade posta em risco, já que os governos não tinham mais aptidão para a resolução de problemas, estando sobrecarregados de atividades acumuladas ao longo do pós-guerra e sem os recursos para assumir todos os compromissos, ao passo que os usuários dos serviços públicos, por sua vez, não queriam se desfazer de suas conquistas sociais.

No campo internacional, o debate sobre a administração pública caminhou para a defesa de que este modelo burocrático weberiano não respondia mais às demandas da

⁷ ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. *Cadernos Enap*, Brasília, n° 10, p. 9, 1997.

⁸ *Ibidem*, p. 9.

sociedade contemporânea, eis que o modelo burocrático tradicional estava cada vez mais voltado para si mesmo e caminhando no sentido contrário aos anseios dos cidadãos. Estes aspectos levaram o modelo gerencial a ocupar uma lacuna teórica e prática, utilizando as tendências presentes na opinião pública, tais como o controle dos gastos públicos e a demanda pelas melhorias na qualidade dos serviços públicos.⁹

Por fim, como quarto fator motivador da crise, Fernando Luiz Abrucio cita a globalização e as transformações tecnológicas por alterarem a lógica do setor produtivo, ao expor que:

O enfraquecimento dos governos para controlar os fluxos financeiros e comerciais, somado ao aumento do poder das grandes multinacionais resultou na perda de parcela significativa do poder dos Estados nacionais de ditar as políticas macroeconômicas.¹⁰

A crise exposta do Estado acabou por afetar a formatação de organização das burocracias públicas; os governos passaram a ter menos recursos e mais déficits e o corte de custos passou a ser prioridade. Este cenário também é refletido na Administração Pública e dois efeitos foram verificados: a redução de custos com pessoal, como uma saída necessária, e a necessidade do aumento da eficiência governamental, que implicava uma modificação profunda no modelo weberiano, que para os reformadores da década de 80 passava a ser ineficiente¹¹.

A situação de iminência da crise mundial acentuou o discurso neoliberal que era fundado no processo de globalização e trazia consigo o discurso de que o governo deveria dar liberdade de atuação ao mercado, em um movimento de menos Estado e mais mercado.

Ao identificar a necessidade da criação de condições para a reconstrução da Administração Pública em bases modernas e racionais, o governo federal determinou ao Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) a elaboração de um

⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. *Cadernos Enap*, Brasília, n° 10, p. 7, 1997.

¹⁰ Ibidem. 9-10.

¹¹ Idem. Ibidem.

plano diretor para a definição de objetivos e estabelecimento de diretrizes para a reforma da administração pública brasileira.¹²

Esta reconstrução de um modelo de administração pública trazia em si uma crítica ao modelo burocrático tradicional que a Constituição Federal de 1988 e o sistema de direito administrativo pátrio privilegiavam, destacando ser este um modelo baseado no formalismo, no excesso de normas e na rigidez de procedimentos, dificultando, assim, a transparência administrativa, pois nesta crítica a excessiva regulamentação ao enfatizar as normas e processos o faz em detrimento dos resultados.¹³

Em meados nos anos 90, como forma de resposta para a superação da crise surge a ideia da reforma ou reconstrução do Estado, de forma a resgatar sua autonomia financeira, bem como a de implementar políticas públicas onde eram inadiáveis: (i) o ajustamento fiscal duradouro; (ii) as reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (iii) a reforma da previdência social; (iv) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (v) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar a governança e sua capacidade de implementar de forma eficiente as políticas públicas¹⁴.

Neste cenário, surge um movimento crítico às regras constitucionais relativas à Administração Pública direta e indireta, sendo implantado o intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (PDRAE), criado para ser um instrumento necessário à reconstrução do Estado, tendo na figura do Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração e Reforma do Estado, a posição de seu mentor no processo de elaboração, sendo posteriormente aprovada pela Câmara da Reforma do Estado e pelo Presidente da República.

Neste contexto é importante destacar que nos termos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado o “aparelho do Estado” deveria ser entendido como a

¹² BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília – DF. 1995, p.6.

¹³ *Ibidem*. 26.

administração pública em sentido amplo, nela incluída a estrutura organizacional do Estado em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e seus três níveis (União, Estados-membros e Municípios).

Assim, o aparelho do Estado é formado pelo governo, a cúpula dirigente dos Três Poderes, por um corpo de funcionários e pela força militar. Por sua vez, o Estado é mais abrangente que o aparelho, compreendendo adicionalmente o sistema-constitucional legal, que regula a população nos limites de um território.

Com base nestes conceitos, podemos distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. Enquanto a reforma do Estado é um projeto amplo, que diz respeito às várias áreas do governo, bem como ao conjunto da sociedade brasileira, a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania¹⁵.

Deste modo, a reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe uma igualdade aos regimes a que se submetem as administrações direta e indireta, incentivando a iniciativa de governabilidade, com a desestatização de parte destes serviços.

Ao se vincularem os fatores da promulgação da Constituição Federal de 1988, da intitulada “crise fiscal” que assolava o Brasil com a noção de Direito Administrativo, surge então a necessidade da realização de uma reforma administrativa da Administração Pública Federal.

¹⁴ Op. cit. p. 11.

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília – DF. 1995, p.12.

Durante a abordagem do tema na apresentação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso apontou que a crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado e que em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação.¹⁶

Assim, a reforma do Estado passava a ser um instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado passava a definir os objetivos e estabelecer as diretrizes para a reforma da administração pública brasileira.

O futuro melhor da sociedade brasileira era intentado por meio da articulação de um novo modelo de desenvolvimento, com o fortalecimento do Estado para a atuação fundada no pilar da eficácia de ação reguladora, da prestação de serviços básicos e implemento de políticas de cunho social.

O Plano Diretor buscava criar condições para a reconstrução da administração pública em bases gerenciais, deixando de lado a administração pública formal fundada nos princípios racional-burocráticos que serviram de base para afastar a aplicação dos princípios patrimonialistas, clientelistas e nepotistas. Este plano de reformas buscou afastar a lentidão e a ineficiência, pois pautava-se em padrões hierárquicos concentrados apenas no controle dos processos e não em seus resultados.

O caminho adotado para este salto para o futuro estava pautado no gerenciamento com emprego de conceitos atuais de administração, da eficiência para controle dos resultados e de modo descentralizado para chegar ao cidadão-cliente dos serviços prestados.

¹⁶ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 06. Acesso em 18 dez.2017.

Nos idos dos anos 90 o tema da redefinição do papel do Estado tomou proporções universais, onde no Brasil a importância foi relevante, por ser muito grande a presença do Estado na economia e pela propalada falta de eficiência no atendimento, sendo que este processo de reforma já havia despontado nos 70, se tornando evidente nos anos 80, onde temos o seguinte destaque deste cenário da crise no plano.

A crise do Estado teve início nos anos 70, mas só nos anos 80 se tornou evidente. Paralelamente ao descontrole fiscal, diversos países passaram a apresentar redução nas taxas de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevados índices de inflação. Após várias tentativas de explicação, tornou-se claro afinal que a causa da desaceleração econômica nos países desenvolvidos e dos graves desequilíbrios na América Latina e no Leste Europeu era a crise do Estado, que não soubera processar de forma adequada a sobrecarga de demandas a ele dirigidas.

A desordem econômica expressava agora a dificuldade do Estado em continuar a administrar as crescentes expectativas em relação à política de bem-estar aplicada com relativo sucesso no pós-guerra. A Primeira Grande Guerra Mundial e a Grande Depressão foram o marco da crise do mercado e do Estado Liberal. Surge em seu lugar um novo formato de Estado, que assume um papel decisivo na promoção do desenvolvimento econômico e social. A partir desse momento, o Estado passa a desempenhar um papel estratégico na coordenação da economia capitalista, promovendo poupança forçada, alavancando o desenvolvimento econômico, corrigindo distorções do mercado e garantindo uma distribuição de renda mais igualitária.¹⁷

Em uma série de países, vários movimentos de reforma administrativa começaram a despontar e a trazer impactos para o Direito Administrativo, como bem observou Vital Moreira:

A ideia de reforma administrativa tornou-se uma das legendas obrigatórias da agenda política um pouco em toda parte. E grande parte desses projetos de reforma tem a ver com a vertente organizatória. A necessidade de adaptar a Administração às tarefas do desenvolvimento

¹⁷ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.06. Acesso em 18 dez.2017.

suscitou o nascimento de diversas teorias da transformação, da nacionalização e da modernização administrativa, onde assumem um lugar de destaque as transformações organizatórias. A passagem de concepções burocráticas da Administração pública para a sua consideração como organização prestadora de serviços, obrigada a uma racionalidade “econômica” na utilização dos recursos humanos e financeiros, tem profundas implicações nos modelos organizatórios tradicionais. Bem se pode dizer que um novo capítulo da Ciência da Administração e, por arrastamento, da Ciência do Direito Administrativo está em vias de nascer.¹⁸

O modelo empregado foi se tornando superado pelas distorções originadas em uma tendência dos grupos empresariais e do corpo de funcionários do Estado que buscavam utilizá-lo em prol de seus benefícios, tornando-se também vítima da aceleração do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial onde a competição entre nações se tornou muito mais crítica.

Este cenário da crise do Estado pode ser definido como uma crise fiscal caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; pelo esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado de bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e a superação da forma de administrar do Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.¹⁹

Ao longo dos anos 80 o Brasil começou a perceber com clareza a existência da crise de Estado por meio da crise fiscal e do esgotamento da estratégia de substituição das importações, manifestações inseridas num amplo contexto de superação das formas de intervenção econômica e social do Estado, cujo aparelho acaba por concentrar e centralizar funções, se caracterizando pela rigidez dos procedimentos e pelo excesso de normas e regulamentos.²⁰

Com este cenário seria então inadiável realizar: 1) o ajustamento fiscal duradouro; 2) reformas econômicas orientadas para o mercado e acompanhadas de uma

¹⁸ MOREIRA, Vital. *Organização Administrativa*, Coimbra: Coimbra, 2001, p. 118.

¹⁹ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.10 e 11. Acesso em 18 dez.2017.

política industrial e tecnológica para garantir a concorrência interna e criar condições para enfrentar a competição internacional; 3) a reforma da previdência social; 4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais e 5) a reforma do aparelho do Estado com a finalidade de aumentar a governança como forma de implementar a eficiência das políticas públicas.²¹

Importante destacar que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado trouxe a diferenciação conceitual do Estado e do aparelho do Estado, com a finalidade de efetuar um corte restritivo da atuação reformadora e de tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania, conforme apontamos:

Entende-se por aparelho do Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados-membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar. O Estado, por sua vez, é mais abrangente que o aparelho, porque compreende adicionalmente o sistema constitucional-legal, que regula a população nos limites de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal, é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território. Estes conceitos permitem distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.²²

A declaração do Governo Federal destacava como sendo um objetivo da reforma tornar mais eficientes as atividades exclusivas do Estado, através das transformações das autarquias em agências autônomas e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais, competitivos ou transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial, as chamadas “organizações sociais” elegendo o contrato de gestão como o instrumento para a viabilização do projeto.

²⁰ Ibidem. p. 11.

²¹ Ibid., p. 11.

²² Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.12. Acesso em 18 dez.2017.

Neste plano, a figura do contrato de gestão passou a ser utilizada com a finalidade de viabilizar o desenvolvimento de uma capacidade gerencial e de aumentar a produtividade, como um elemento facilitador de demonstração da eficiência.

Com este cenário estabelecido, e com as definições do corte restritivo da reforma do aparelho do Estado, torna-se importante analisarmos quais foram as diretrizes fixadas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

1.2 – AS DIRETRIZES FIXADAS PELO PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO (PDRAE)

Com a necessidade de se ter condições para a reconstrução da Administração Pública adotando-se bases modernas e racionais, houve a determinação pelo governo federal ao MARE que se formulasse um plano diretor que delimitasse objetivos e estabelecesse diretrizes para a reforma da administração pública brasileira.

No entanto, antes de adentrarmos nestas análises, e delimitarmos o real conflito entre os modelos burocrático e gerencial, faz-se necessário percorrer previamente os aspectos da reforma administrativa surgidos com a crise do bem-estar social, do capitalismo e com a abertura política. Neste cenário, no curso da segunda metade da década de 90, Luis Carlos Bresser Pereira assume o MARE lhe sendo direcionado o plano de Reforma Administrativa.

O Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado elaborado pelo MARE trazia em seu corpo um diagnóstico que demonstrava que a ideia burocrática de um Estado voltado para si mesmo estava claramente superada e não havia sido possível até o momento a implantação na administração pública brasileira de uma cultura de atendimento ao cidadão-cliente.²³

Este diagnóstico demonstrou, ainda, que para uma reforma consistente do aparelho do Estado necessitava-se mais do que um mero rearranjo de estruturas; a

²³ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.39. Acesso em 18 dez.2017.

superação das formas tradicionais de ação estatal implicava descentralizar e redesenhar as estruturas, dotando-as de inteligência e flexibilidade, e, sobretudo era necessário desenvolver modelos gerenciais para o setor público que fossem capazes de gerar resultados.²⁴

O PDRAE leva a discussão da Reforma do Estado ao patamar de análise do papel do Estado que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador do desenvolvimento.²⁵

Esta modernização do aparelho do Estado exigia, também, a criação de mecanismos que viabilizassem a integração dos cidadãos no processo de definição, implementação e avaliação da ação pública, onde se esperava que através do controle social crescente fosse possível garantir serviços de qualidade.²⁶

Apontava-se que o modelo burocrático que a Constituição de 1988 e o sistema do Direito Administrativo brasileiro privilegiam estava baseado em um formalismo com excesso de normas e na rigidez de procedimentos.

O intitulado Plano Diretor trazia o agrupamento dos objetivos gerenciais da Reforma do Estado no Brasil e tinha por objetivo implantar, o dito modelo gerencial com substituição de controle de procedimentos por um controle direcionado para resultados na busca de cumprimento de metas. Tal flexibilização foi pautada com fundamento no princípio da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal, implementado por meio da Emenda nº 19/98.

Nas lições de Irene Nohara²⁷, o PDRAE contemplou a interpretação da crise do Estado associada à crise econômica e à globalização, no seu viés de ajuste fiscal; a classificação das três formas de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e

²⁴ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.40. Acesso em 18 dez. 2017.

²⁵ Op. cit. p.10 e 11.

²⁶ Ibidem p. 40. Acesso em 18 dez. 2017.

gerencial; um breve histórico das Reformas Administrativas no Brasil; um diagnóstico da situação que tinha em foco as seguintes indagações: atividades que podem ser eliminadas ou transferidas para Estados, Municípios, setor público não estatal ou privado, criação de novas instituições (agências autônomas e organizações sociais) para que o Estado desempenhasse funções mais reguladoras do que executoras, revisão do contingente de servidores existentes, com política de recursos humanos nova, rumo à qualidade e à motivação, e orientação do Estado para a eficiência; o quadro dos principais setores do Estado e das formas de gestão mais adequadas; a estratégia de mudança, com base em alterações constitucionais e legislativas; os principais projetos de reforma; e, por fim, os órgãos estratégicos envolvidos na missão.

Além disto, o Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado trouxe o delineamento do emprego do chamado Contrato de Gestão a ser empregado como um instrumento de contratualização das relações internas da Administração Pública e como um mecanismo de estabelecimento de vínculos de colaboração com entidades privadas sem fins lucrativos, configurando assim o instrumento que seria empregado neste momento para a implantação do modelo gerencial da Administração Pública brasileira.

No aspecto econômico, o plano definia que o Estado é essencialmente um instrumento às transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Nesta função dita redistribuidora ou realocadora, o Estado arrecada impostos destinando-os aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça e igualdade e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para a realização destes dois últimos objetivos centrais o Estado passou a assumir as funções diretas de execução²⁸.

No entanto, na condução do plano fora destacado que as distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado.

²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78-79

Apontando em síntese estes aspectos, Irene Patrícia Nohara destaca que

O plano questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, como meio utilizado no século XX para a obtenção de estabilização econômica e de desenvolvimento, considerando que seria necessário que fossem transferidas para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado. Daí a ênfase nos processos de privatização.²⁹

De um modo mais amplo, o movimento de privatização foi uma resposta à crise do *Welfare State*.³⁰

Outro processo tão importante quanto, e que, no entanto, não está tão claro: a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica, ao qual o PDRAE chamou de “publicização”.³¹

Deste modo, o objetivo do plano diretor era transferir ao setor público não estatal a produção de serviços competitivos ou não exclusivos do Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre o Estado e a sociedade no financiamento e controle³².

A bem da verdade, ao analisarmos este cenário histórico, não é difícil de se identificar que não há neste sistema de parceria a prevalência de uma natureza pública quando da descentralização dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica. Ao descentralizar os serviços que não envolvem o exercício do poder do Estado estamos diante de atividade com finalidade privada exercida por terceiro que atuará em nome do Estado, diante de sua autorização para o exercício da atividade.

²⁸ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.12. Acesso em 18 dez.2017.

²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79

³⁰ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução.2. ed., 2003, p.249.

³¹ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.13. Acesso em 18 dez.2017.

³² NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80.

Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista de substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais.

Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.³³

Assim, o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto dos serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimentos em capital humano.³⁴

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.³⁵

Este paradigma “foi importado do sistema do *common law*, de onde se tentou copiar a existência de agências e do qual se extraiu uma série de neologismos inspirados na Ciência Política, como, por exemplo, *governance* (governança) e *accountability*. Este último termo sequer foi traduzido, mas é geralmente utilizado para designar o dever de os agentes públicos prestarem contas dos resultados obtidos, em função da posição e do poder detidos”.³⁶

³³ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.13. Acesso em 18 dez.2017.

³⁴ Idem. Ibidem.

³⁵ Idem. Ibidem.

Um aspecto tido como o defeito principal do modelo burocrático é a ineficiência, mesmo se considerando uma série de mudanças positivas presentes no modelo. Como características positivas do modelo burocrático, a administração pública gerencial conserva a admissão meritocrática, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho e treinamento sistemático.³⁷

Para o Plano Diretor da Reforma, a administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática, mas sem negar por completo o sistema burocrático, residindo a diferença fundamental na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para concentrar-se nos resultados.

A administração pública gerencial adota como premissas: (i) a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (ii) a garantia da autonomia do administrador na gestão de recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados e (iii) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

No que diz respeito à estrutura organizacional, o plano fez destaque para a implementação de uma descentralização e de uma redução de níveis hierárquicos, bem como de uma permeabilidade à participação de outros agentes, em especial os privados, deslocando a ênfase dos procedimentos para os resultados, o que demonstra uma explicitação de que a administração pública gerencial se inspira na administração de empresas.

No plano administrativo, a administração pública burocrática surgiu no século passado conjuntamente com o Estado liberal, exatamente como uma forma de defender a coisa pública contra o patrimonialismo. Na medida, porém, que o Estado assumia a responsabilidade pela defesa dos direitos sociais e crescia em dimensão, foi-se percebendo que os custos dessa defesa podiam ser mais altos que os benefícios do controle. Por isso,

³⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80.

³⁷ Idem. Ibidem.

neste século as práticas burocráticas vêm sendo substituídas por um novo tipo de administração: a administração gerencial.³⁸

A reforma do aparelho do Estado não pode ser concebida fora da perspectiva de redefinição do papel do Estado e, portanto, pressupõe o reconhecimento prévio das modificações observadas em suas atribuições ao longo do tempo. Desta forma, partindo-se de uma perspectiva histórica, verificamos que a administração pública – cujos princípios e características não devem ser confundidos com os da administração das empresas privadas – evoluiu através de três modelos básicos: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial. Estas três formas se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer uma delas seja inteiramente abandonada.³⁹

Como visto, o objetivo era preparar o Estado para enfrentar a crise que ameaçava as economias em escala mundial, buscando, em tese, proporcionar maior competitividade ao Brasil em um cenário de intensificação da integração regional e, principalmente, global.

Neste processo entendeu-se como necessário encaminhar ao Congresso Nacional uma série de projetos com finalidades transformadoras do regime jurídico de Direito Administrativo que existia no País, reabrindo a discussão da modificação dos modelos de gestão, em especial do modelo burocrático para o chamado modelo gerencial, onde nasce a proposição da Emenda Constitucional n° 19/98.

1.3 – REFORMA ADMINISTRATIVA E A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/98.

A Emenda Constitucional n° 19, de 04 de junho de 1998, introduziu em nosso ordenamento jurídico uma série de implementações para uma Reforma Administrativa, com a finalidade de promover uma reestruturação da Administração Pública, bem como de

³⁸ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.13. Acesso em 18 dez.2017.

³⁹ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p.15. Acesso em 18 dez.2017.

promover um ajuste de gastos do funcionalismo público com a introdução do regime de remuneração por subsídio em parcela única com a finalidade de evitar a incorporação de vantagens que impactavam em um aumento dos gastos públicos com os servidores.

Outra alteração introduzida pela referida emenda foi o estabelecimento de um teto remuneratório dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, dos membros dos Poderes, dos detentores de mandato eletivo e demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória o subsídio em espécie dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Após a introdução da Emenda n° 19/1998 no ordenamento, houve a previsão do teto geral com base em subsídio em espécie dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e como tetos específicos, o subsídio do Prefeito nos Municípios, o subsídio do Governador nos Estados e no Distrito Federal para o Poder Executivo, o subsídio do Deputado para o Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça para o Poder Judiciário, com aplicação para o Ministério Público, para a Procuradorias e Defensorias Públicas, havendo a faculdade prevista no art. 37, § 12, da Constituição Federal, da fixação, por meio de emenda às Constituições e Lei Orgânica, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça como limite único.

Há um outro ponto que fora objeto de muitos debates para a sua manutenção: a exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público. Houve a tentativa de restringir os concursos públicos aos cargos públicos de provimento efetivo, extinguindo tal exigência para os empregos públicos, sob a justificativa de que os procedimentos inerentes aos concursos são demasiadamente lentos e rígidos, conforme fora descrito na exposição de motivos da PEC n° 173-A/1995.⁴⁰

⁴⁰ Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição – PEC n° 173-A/1995: Os procedimentos inerentes aos concursos têm se revelado demasiadamente lentos e rígidos para o recrutamento de empregados que não contam com a prerrogativa da estabilidade, ou nas situações em que há necessidade de perfis profissionais altamente especializados, ou com a qualificação muito específica. Cumpre observar, entretanto, que a figura do processo seletivo público deverá propiciar a simplificação de rotinas e a redução de prazos, mantida expressamente a impessoalidade nos procedimentos de seleção e o seu caráter público.

Um ponto de extrema relevância a ser observado acerca do concurso público, diz respeito à estruturação da profissionalização tão necessária da Administração Pública.

Neste sentido, Irene Nohara⁴¹ nos destaca as vantagens do intitulado *merit system* (sistema meritocrático) dos concursos públicos imprime à investidura na Administração Pública, pois uma situação é seleção com base na análise de currículo, na experiência profissional do empregado, sendo outra muito diferente a seleção por concurso de prova e título, ocasião em que esta supressão de avaliação poderia implicar num risco maior de haver um retrocesso ao invés de um avanço, sendo propícia, ainda, à geração de práticas patrimonialistas na Administração, a partir da restauração de uma brecha que ao invés de promover bons padrões gerenciais, acabaria por permitir o acesso aos empregos públicos por meio de atributos como *status* políticos e de relações pessoais.

Deste modo, houve a manutenção da exigência do concurso público de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, através do artigo 37, II, da Constituição Federal.

Ainda cabe destacar que a referida Emenda 19/98 implementou nova redação ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, positivando o princípio da eficiência ao destacar que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴². Acerca do princípio da eficiência, traçaremos maiores comentários ao longo do próximo tópico.

A Emenda Constitucional n° 19, de 1998, ainda implementou a figura do contrato de gestão, que passa a ter um arquétipo constitucional, modelado para ter uma formatação contratual, e apto para disciplinar as relações de coordenação entre órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública, sendo alocada estas diretrizes no parágrafo 8°, do artigo 37 da Constituição Federal.

⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 134-136.

O parágrafo 8º, do artigo 37 da Constituição Federal passou a disciplinar que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre (i) o prazo de duração do contrato; (ii) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e (iii) remuneração do pessoal.

Deste modo, o contrato de gestão passa a ser uma forma de ajuste da Administração Direta com entidades da Administração Indireta ou entidades privadas, que podem ser enquadradas como paraestatais. Já para as entidades da Administração Indireta, visa a sujeição destas ao cumprimento de metas definidas em contrato, em troca de uma certa maleabilidade no regime jurídico, conferindo, assim, uma certa autonomia.

Já para as entidades privadas, o contrato de gestão objetiva estabelecer determinadas metas a serem alcançadas em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público, o que seria desejado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE – por meio da criação de organizações sociais, que como veremos adiante em capítulo próprio, são entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que a partir da celebração de contrato de gestão com o Poder Executivo, receberia, fomento para as atividades.⁴³

Ao analisar o contexto histórico das premissas fixadas para a análise do § 8º, do artigo 37 da Constituição de 1988, Gustavo Justino de Oliveira⁴⁴ nos aponta que o texto original da proposta da emenda constitucional que foi convertida na EC 19/98 não contemplava a figura do contrato de gestão, ressaltando que o texto da PEC 173/95 originalmente encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República era composto quase que exclusivamente por propostas de inserção e alteração de dispositivos constitucionais relacionados ao regime jurídico dos servidores públicos.

⁴² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁴³ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139.

⁴⁴ Oliveira. Gustavo Justino de. Contrato de Gestão – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.163

Aponta ainda o autor⁴⁵ neste aspecto histórico que uma primeira versão do preceito que ao final veio a configurar o § 8º do art. 37 da Lei Maior foi inserida por intermédio do substitutivo apresentado pelo relator da Proposta de Emenda à Constituição-PEC 173/95, Deputado Federal Moreira Franco.

Expõe ainda Gustavo Justino de Oliveira a justificativa formulada pelo Deputado Federal Moreira Franco:

Na esteira do processo de flexibilização da administração, não se pode deixar de aproveitar a rica experiência que tem sido observada com os contratos de gestão ou de resultados, através dos quais é concedida autonomia a órgãos ou entidades governamentais, visando em contrapartida a consecução de objetivos e metas específicos, resultando em maior eficiência organizacional.⁴⁶

Por sua vez, a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, publicou o relatório “O contrato de gestão no serviço público”, onde o contrato de gestão passou por uma análise para identificar as possibilidades de implantação perante a Administração Pública brasileira:

Existe um consenso de que a ação gerencial, a capacidade de gestão da coisa pública, e a própria governabilidade encontram-se prejudicadas, dentre os fatores de ordem mais geral, pela estrutura organizacional do Estado, particularmente pela ênfase no controle das ações em detrimento da efetividade dos resultados. A ação administrativa carece de parâmetros para avaliar e mensurar sua eficiência. O instrumento que visa superar essas dificuldades e inspira a ideia ora em estudo caracteriza-se pela concessão de autonomia gerencial, ou seja, pela alteração da natureza do controle, através de sua particularização, negociada caso a caso entre o Estado e seus órgãos, entidades ou empresas, a partir do poder discricionário que lhe é inerente.⁴⁷

⁴⁵ § 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas e desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: a) o prazo de duração do contrato; b) os controles e critérios de avaliação e desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; c) a remuneração do pessoal; d) o regime de contratação temporária de pessoal, cujo vínculo de emprego ficará condicionado à vigência do contrato de gestão.

⁴⁶ Ibidem, p. 163.

⁴⁷ O Contrato de Gestão no serviço público, 1993, p. 104-105. Disponível em < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/20945728> > p.15. Acesso em 18 dez.2017.

Neste ponto cabe traçarmos uma análise crítica, antes da finalização do tópico com as finais abordagens retratadas pelo PDRAE. A análise envolve a pretensão da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta através de contrato a ser firmado entre administradores e o Poder Público. A razão da crítica se dá em decorrência de ser juridicamente inviável a ampliação de uma autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração Pública por meio de contrato, já que este é um instituto concreto e infralegal.

O PDRAE tinha como objetivo a transformação de autarquias e fundações, com poder de Estado, em agências autônomas, administradas por contratos de gestão e garantindo aos seus dirigentes uma ampla liberdade de gerir recursos humanos, materiais e financeiros que fossem colocados à sua disposição, devendo para tanto atingir objetivos qualitativos e quantitativos de desempenho estipulados em acordo.

No entanto, o regime jurídico da Administração Pública na Constituição de 1988 é tido como “fechado” e rígido, em especial no tocante à exigência de controles sobre os entes da Administração Direta e Indireta, sendo inconstitucional qualquer pretensão de mudança pela via legislativa das regras de controle da Administração Pública, pelo fato de terem previsão constitucional, de hierarquia superior.⁴⁸

Para que se pudesse falar neste comando constitucional de ampliação de competência, seria necessário que o substrato de concretização se desse por meio de lei e atendidos fossem também todos os limites constitucionais.

Superado este aspecto e retomando aos anseios do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, podemos destacar que a busca pela eficiência e da qualidade foram amplamente galgadas sendo as premissas de orientação da reforma do aparelho do Estado, fundadas nos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial: *case* jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n.55, jan./mar. 2014. p.174.

A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores de eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. Para o perfil do PDRAE a Administração Pública Gerencial constitui um avanço, e até certo ponto um rompimento com a Administração Pública burocrática.

Entretanto, isto não significa para o PDRAE que negue todos os seus princípios. Pelo contrário. A Administração Pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizado, alguns dos seus princípios fundamentais, como admissão segundo critérios rígidos de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático.

Na visão do Plano Diretor da Reforma, a diferença fundamental está na forma de controle, que deixa a se basear nos processos para se concentrar nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da Administração Pública, que continua um princípio fundamental. O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios de confiança e descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade.

Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada.⁴⁹

Desta forma, o PDRAE procurou modificar o papel do Estado de prestador direto de serviços públicos para gerenciador de inúmeras atividades que seriam

⁴⁹ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 21-24. Acesso em 18 dez.2017.

progressivamente transferidas ao setor privado, num movimento expressivo de privatização ou desestatização.⁵⁰

Vimos, assim, que as mudanças propostas tomaram por base a inspiração em um valor a ser adotado como norte de modificação do regime em vigor, onde todas as práticas da administração deveriam se pautar: a eficiência.

1.4 – REFORMA ADMINISTRATIVA E EFICIÊNCIA

Para os defensores da Reforma Administrativa, era premente a necessidade de adaptar as estruturas aos fins de distinguir as esferas de autonomia e responsabilidade para os órgãos e agente públicos, com a finalidade de se substituir o atual sistema burocrático por um modelo gerencial pautado, como mencionado, na eficiência.⁵¹

A eficiência é um ideal que foi desenvolvido por um grande número de países a partir da década de 90 do século XX, ligando-se este vocábulo à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados rápidos e precisos, onde se busca obter o máximo de resultados em um programa a ser realizado, como significado de resultado no exercício de atribuições, opondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência e à omissão.⁵² A eficiência está relacionada com a valorização das finalidades públicas que devem ser efetivada pelo Estado, em detrimento das formalidades excessivas e burocráticas, estando intimamente relacionada com uma necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere.⁵³

No cenário da Reforma Administrativa, falava-se em substituição do então controle de meios da Administração Burocrática, tido como uma prática distorcida e voltada para si mesma, pelo controle dos resultados, com o objetivo de satisfazer o

⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 353.

⁵¹ A Administração Pública Gerencial, inspirada em técnicas empresariais procura desesperadamente a eficiência. Prevalece uma nova sistemática de atenção, cujo fundamento é o “fim administrativo” e as tarefas são desenvolvidas para alcança-lo. Em última análise, os teóricos da reforma advogam a ênfase nos resultados, aos quais ficam subordinadas as formalidades.

⁵² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 242.

⁵³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.32-38.

chamado “cliente-consumidor” (com inspiração no modelo gerencial do *consumerism* empregado no sistema do *common law*).

Em sentido econômico, a eficiência pode ser definida com base nos estudos de Pareto sobre os mercados competitivos, onde a intitulada “eficiência de Pareto” (ótimo de Pareto) é a situação em que, ao mesmo tempo, é impossível melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a de outro, havendo três condições para a sua existência: eficiência nas trocas, na produção e na composição do produto, sintetizada esta pela máxima de que a só deve produzir o que o consumidor quer comprar.⁵⁴

Outro critério estudado no campo econômico envolve os estudos de Kaldor-Hicks, onde a “eficiência de Kaldor-Hicks delimita que as normas devem ser elaboradas para garantir o máximo de bem-estar ao maior número de pessoas.

Neste sentido, encontramos as lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que ao tratar sobre a Análise Econômica do Direito (AED) assim leciona:

O objetivo principal da AED é promover a eficiência do Direito. Sob essa ótica, existem dois critérios que garantem a eficiência na circulação de riquezas: a) eficiência de Pareto (“ótimo de Pareto”): a medida é eficiente quando melhorar a situação de determinada pessoa sem piorar a situação de outrem, ideia que, atualmente, é de difícil aplicação concreta, pois desconsidera as externalidades negativas cada vez maiores nas sociedades complexas; e b) eficiência de Kaldor-Hicks: as normas devem ser desenhadas para produzir o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas (os benefícios de “A” superam os prejuízos de “B”)⁵⁵.

Já no contexto organizacional, agregam-se ao conceito de eficiência os de eficácia e efetividade. Eficiência e eficácia são comumente designadas como sinônimos. A eficiência está ligada ao melhor uso dos recursos da organização, de forma a obter seu produto ou serviço com melhor resultado. A eficácia, por sua vez, está vinculada com a performance externa da organização. Já a efetividade está vinculada à concretização, à realização com o emprego da eficiência na entrega de resultados.

⁵⁴ ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. Revista do Serviço Público. Ano 48. Número 3. Set-Dez 1997. p. 106,

⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.37-38.

A eficiência, nas lições de Irene Nohara surge com a finalidade de flexibilizar as ditas amarras burocráticas em busca de um conceito de administração gerencial de influência neoliberal

Se o conteúdo da eficiência for analisado a fundo, a partir de uma visão crítica, pode-se perceber que ele surgiu por conta da vontade política para flexibilizar as chamadas “amarras burocráticas” rumo a um conceito de administração gerencial, ou seja, da influência neoliberal de ajuste das tecnocracias estatais da América Latina, daí o discurso do então Ministério da Reforma Administrativa que propugnou a adoção de novos modelos de gestão pública que pudessem dar “respostas mais ágeis” à demandas da “realidade” global em busca da superação de desequilíbrios tópicos de economias com déficits fiscais e problemas monetários. A positivação da eficiência relacionou-se, no fundo, com o desmonte do setor público e o deslocamento dos conflitos econômicos para a esfera do mercado, que se deu a partir da crescente privatização e desregulamentação de inúmeras atividades econômicas antes consideradas serviços públicos.⁵⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, podendo ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública.

Acerca do princípio da eficiência, importante trazer as observações tecidas por Angélica Petian de que os serviços desempenhados pela Administração desde sempre tiveram de ser prestados com eficiência e de que não se pode permitir o sacrifício de outros princípios, tal como o da legalidade, como abaixo destacamos:

A eficiência é o mais novo dos princípios a gozar de *status* constitucional. Sua inclusão na Lei Maior ocorreu por meio da Emenda Constitucional 19/1998, feita no bojo da chamada Reforma Administrativa do Estado. Embora o princípio da eficiência tenha trazido da Ciência da Administração noções não tão bem adaptáveis ao Direito Administrativo, o fato é que a partir da Emenda Constitucional 19 não há como negar sua existência como princípio jurídico que rege as atividades administrativas. A inclusão do princípio no rol do art. 37 da Constituição da República não foi completamente inovadora, pois seu conteúdo já flanava nas entrelinhas do Texto Constitucional. Há de se reconhecer carente de valia a interpretação, dada ao princípio, que encerra seu conteúdo no dever de eficiência da Administração Pública quando prestadora de serviços, seja

⁵⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 6.ed.rev.,atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p.

de forma direta ou indireta. É certo que, desde sempre, os serviços desempenhados pela Administração tinham de ser eficientes. Parece-nos que o princípio impõe ao Estado a consecução dos seus afins, valendo-se dos meios legalmente disponíveis, mas de forma a prestigiar a redução de custos, não apenas os econômicos, mas aqueles em geral, como muito especialmente o de tempo. O princípio da eficiência não permite o sacrifício de outros princípios também constitucionais, como é o caso da legalidade e da moralidade, uma vez que na Administração os fins não justificam os meios.⁵⁷

O sopesar relativo ao sacrifício do princípio da legalidade apresentado por Angélica Petian também já fora objeto de análise por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que assim também adverte:

As ideias de parceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito. O trabalho do jurista aumenta, de um lado, porque crescem assustadoramente as alterações legislativas, indispensáveis para dar forma e fundamento às reformas que se processam; de outro, porque os governantes, no afã de efetivar as almejadas reformas e sob o impulso dos tecnocratas, atropelam muitas vezes o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parceria, às vezes quase invertendo o velho princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. A inovação precede, muitas vezes, a elaboração legislativa.⁵⁸

Laura Mendes Amando de Barros confirma este pensamento ao ponderar que não há razão para se defender um embate, uma incompatibilidade entre a eficiência e a legalidade, tendo em vista que o proceder administrativo mais satisfatório possível seria potencialmente afrontoso a alguma(s) da(s) formalidade(s) e critério(s) decorrente(s) da legalidade⁵⁹.

Ainda acerca desta ponderação, a autora faz o alerta de que não se pode cogitar do afastamento da eficiência em prol da legalidade ou vice-versa, pois qualquer desses cenários conduziria à comprometedoramente inconstitucionalidade, à antijuridicidade dos atos praticados, ocasião em que a legalidade representa, em verdade, pressuposto da eficiência e assevera que “ausente o respeito às exigências jurídicas, ao sistema legal posto, não estará

⁵⁷ PETIAN, Angélica. Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 145.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

⁵⁹ BARROS, Laura Mendes Amando de. Participação democrática e fomento nos conselhos deliberativos: o exemplo paradigmático da infância e adolescência. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94-95.

a atividade juridicamente apta a gerar os resultados que dela se espera – em frontal comprometimento da eficiência⁶⁰.

Por fim, cabe problematizar a atual questão da eficiência posta por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e ampliação do direito brasileiro.

Embora o objetivo da lei seja a inclusão de disposições sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público,

⁶⁰ Ibidem, p. 95.

2 – MODELOS DE GESTÃO PÚBLICA

O presente capítulo abordará o estudo da busca pela evolução dos meios de gestão da Administração Pública pautada nos preceitos da intitulada governança pública, passando a gestão pública a ter maior enfoque no modelo do planejamento estratégico, no formato de definição de resultados fixando prioridades, por meio de formatos e métodos para serem atingidos e mensurados os resultados alcançados.

Como visto no capítulo anterior, com o advento da Emenda Constitucional n° 19/1998, houve a inserção do Princípio da Eficiência no artigo 37 da Constituição Federal e a análise da burocracia e dos modelos de gestão pública, antes tratados no espectro da Ciência da Administração Pública, passam a ser objeto de análise jurídica.⁶¹

Passa-se assim, do mero cumprimento legalista e procedimental para se chegar à produção dos resultados, pois hoje a métrica de atuação nos diversos seguimentos é pautada na atividade proativa do empreendedorismo, e os governos não poderiam ficar distantes dessa parametrização.

Tal métrica de atuação não é recente, se formos parar para pensar estas medidas existem, ainda que de modo rudimentar, desde os antigos tempos imperiais, onde as execuções levavam em conta a busca pelo melhor resultado com os poucos recursos disponíveis.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado apresentou a evolução da administração pública através de três modelos de gestão pública que se sucedem no tempo: (i) o modelo patrimonialista; (ii) o modelo burocrático e (iii) o modelo gerencial, conforme analisaremos na sequência.

2.1 – PATRIMONIALISMO E AS AMARRAS DO ESTADO

O modelo de gestão patrimonialista está vinculado aos períodos da Colônia, do Império e da chamada “República Velha”, períodos nos quais da Proclamação da

⁶¹ NOHARA, Irene Patrícia. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Atlas, 2016, p.160.

República em 1889 aos idos da década de 30 imperou o sistema do coronelismo, com predomínio de oligarquias típicas do sistema coronelista, onde estava arraigada toda a estrutura presente nos passados colonial e imperial, com predomínio das práticas patrimonialistas.

Neste cenário era comum a indistinção entre as noções de patrimônio público e patrimônio privado do Estado. A *res pública* não é diferenciada da *res principis*. No patrimonialismo o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, sendo os cargos considerados prebendas. A coisa pública não é diferenciada da coisa privada.

Como uma herança da Coroa Portuguesa, o modelo patrimonialista é muito bem delimitado por Raymundo Faoro⁶² que em algumas passagens da sua obra “*Os donos do poder*”, com clareza destaca a influência do mundo português até os dias atuais em nosso seio social, apontando como

patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza da ordem econômica, ainda hoje persistente, obstinadamente persistente e na sua falta, o soberano e o súdito não se sentem vinculados à noção de relações contratuais que ditam limites ao príncipe, e no outro lado, asseguram o direito de resistência, se ultrapassadas as fronteiras de comando e dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará relevo a expressão.⁶³

Para Max Weber, o patrimonialismo é visto como um sistema no qual os funcionários não são admitidos em bases contratuais, mas são escravos ou clientes de quem detém o poder, sendo recompensados com benefícios em dinheiro ou em espécie (natureza). As funções administrativas são distribuídas com base na tradição ou no arbítrio do soberano, sendo todos os meios de administração considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder.

⁶² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012, p.38.

⁶³ Raymundo Faoro ao descrever o patrimonialismo destaca-o como organização política básica, que se fecha sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático, frisando que o conceito de burocracia não se daria não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria da competência.

Em Max Weber também encontramos a abordagem dos tipos de domínio de legitimação de poder, os quais são subdivididos nas formas carismática, tradicional e legal-burocrático⁶⁴.

O chamado *domínio carismático* é legitimado com base na suposição de que o líder detém poderes e qualidades excepcionais, o que justifica a presença de discípulos no aparelho administrativo, onde os tipos mais puros de domínio carismático são a dominação do profeta, do herói guerreiro e do demagogo. O quadro administrativo deve ter uma atuação ininterrupta quanto à execução e submissão às ordenações do líder, proclamadas de forma pessoal e geralmente irracional.⁶⁵

Já o intitulado *domínio tradicional* é constituído pela crença em regras e poderes antigos e imutáveis, onde os súditos devem obedecer ao senhor e o quadro administrativo acaba sendo preenchido, sem critérios impessoais e de competência, por dependentes pessoais do senhor, amigos favoritos ou pessoas a ele ligadas por vínculos de fidelidade e vassalagem, muitas vezes com emprego de parentes e configurando o nepotismo. Neste modelo não há garantias contra o arbítrio do senhor em razão da falta de um direito formal.⁶⁶

Sobre o domínio tradicional, encontramos em Raymundo Faoro as características abaixo destacadas:

O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro administrativo, a chefia dispersa assume caráter patriarcal identificável no mando do fazendeiro, do senhor do engenho e nos coronéis. Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo

⁶⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v.I.4. ed. Brasília: UnB, 2004, p.141.

⁶⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Atlas, 2016, p.161.

⁶⁶ *Idem*.

pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia.⁶⁷

Por sua vez, no denominado *domínio racional-legal* a obediência se deve à regra fixada, que também submete aquele que ordena, e o estatutos contemplam regras de competência determinadas por utilidade objetiva e especialização das atividades onde as relações de trabalho compreendem a ascensão no serviço e a remuneração em função da hierarquia do cargo, dentro da previsão de uma carreira.⁶⁸ Este domínio dará origem ao modelo burocrático que será delimitado adiante.

Este modelo *racional-legal* busca afastar as relações pessoais das práticas organizacionais em virtude de serem envolvidas pelo subjetivismo, pela ausência de procedimentos e de controles. Neste cenário há o nascimento do Direito Administrativo, cujos institutos na origem francesa possuem influências nestas noções.⁶⁹

Deste modo, no modelo patrimonialista há uma distribuição das funções administrativas tomando-se por base a tradição ou arbítrio do soberano, onde todos os meios de administração são considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder.

A razão do argumento corrente de que àquela época vigorava no Brasil uma “burocracia patrimonial” é apresentada por Bernardo Wildi Lins⁷⁰ ao destacar que:

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

⁶⁷ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. – São Paulo: Globo, 2012, p.636.

⁶⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Fundamentos de Direito Público São Paulo: Atlas, 2016, p.161.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ LINS, Bernardo Wildi. Organizações Sociais e o Contrato de Gestão. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pág. 33.

Neste modelo patrimonialista temos as funções administrativa distribuídas com base na tradição ou na vontade do soberano e todos os meios de administração considerados partes do patrimônio pessoal do detentor de poder.

Dada a característica acima destacada, de que a não há uma diferenciação da *res publica* da *res principi*, a corrupção e o nepotismo tornaram-se dominantes e o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado e neste novo cenário a administração patrimonialista passa a ser inaceitável e surge na segunda metade do século XIX, no combate à corrupção e ao nepotismo patrimonialista a administração pública burocrática.

Durante o governo de Getúlio Vargas, houve a adoção de um plano de ação diverso da política oligárquica presente, criando oportunidades para o surgimento de um Estado com papel positivo e centralizador na economia, fazendo emprego de medidas no plano econômico-financeiro por meio da intervenção no setor produtivo de bens e serviços, o que simboliza os primeiros passos para a implantação de uma administração burocrática no Brasil, como veremos no próximo tópico.

2.2 – BUROCRATISMO E O FUNCIONAMENTO TÉCNICO-HIERÁRQUICO

A sociedade anterior ao que se chamou de “Era Vargas” era caracterizada como conservadora, oligárquica e regionalista e durante o governo Vargas passaram a ser introduzidos os princípios da Administração Pública Burocrática e a formação de um corpo burocrático profissional, com destaque para a criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público – em 1938, marco para a superação da administração patrimonialista vigente à época. De acordo com Bresser Pereira, a criação do DASP significou a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica, além de ter sido considerada a primeira reforma administrativa brasileira⁷¹.

Nas linhas do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a administração pública surgiu conjuntamente com o Estado Liberal como forma de defender

⁷¹ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos, Crise Econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Ed. 34, 1996, p.273.

a coisa pública contra o patrimonialismo. Dos grandes estudiosos das organizações, podemos destacar Max Weber, que via que qualquer sociedade, organização ou grupo que se baseasse em leis racionais seria uma burocracia, cujo significado nos dias de hoje é objeto de constante crítica quando se busca destacar que um conjunto de sistemas e padrões não se amolda ao modernismo, arraigando ao modelo burocrático a pecha de moroso e ineficiente injustamente.

Este modelo surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista, sendo princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal já mencionado. Nele, os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*, sendo necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.⁷²

A administração pública burocrática surgiu assim em conjunto com Estado liberal como forma de defender a coisa pública contra o patrimonialismo e na medida que o Estado assumia a responsabilidade pela defesa dos direitos sociais e crescia em dimensão, foi-se percebendo que os custos dessa defesa podiam ser mais altos que os benefícios do controle⁷³.

Neste cenário, para o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado o controle, como garantia do poder do Estado – transforma-se na própria razão de ser do funcionário e, em consequência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. Destaca ainda o PDRAE que a qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; ao passo que seus defeitos são a ineficiência, a auto referência e a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes⁷⁴.

⁷² Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 21-24. Acesso em 18 dez.2017.

⁷³ Op. cit. p. 14.

⁷⁴ Op. cit. p. 15.

Ao contrário do que foi apresentado no PDRAE, para Weber a racionalidade da democracia relaciona-se com a adequação dos meios em busca do máximo de eficiência⁷⁵, sendo um modelo de organização eficiente por excelência para a resolução de problemas na sociedade, requerendo para a sua existência uma justiça e uma administração, cujo funcionamento possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina.⁷⁶

Para Emerson Gabardo, Max Weber foi quem mais perfeitamente descreveu a dominação legal realizada através do quadro burocrático e nesse modelo, o Direito é racionalmente estabelecido dentro de um território a partir de um conjunto de regras abstratas, onde as ordens expedidas pelos funcionários passam a ser impessoais e quem as obedece o faz como membro da associação, pelo que, só há obrigação dentro da competência objetiva, racionalmente limitada, onde as definições típico-ideais de Estado e burocracia se fundam, então, na natureza dos meios, sendo definida pela capacidade de alcançar os próprios fins através de meios racionais: os procedimentos⁷⁷.

Ainda segundo Emerson Gabardo, Weber aponta como características fundamentais do Estado burocrático o somatório entre a prévia definição de competências e o exercício contínuo de uma atividade vinculada a regras oficiais, destacando o quadro administrativo burocrático como o quadro mais puro de dominação legal, onde o modelo pressupõe: 1 – hierarquia oficial (instâncias fixas de controle e supervisão com a garantia do direito de apelação das subordinadas às superiores); 2 – regramento das condutas (cuja aplicação depende de qualificação profissional e de regras especificamente técnicas); 3 – separação entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção; e 4 – documentação formal dos processos administrativos⁷⁸.

Em obra que analisa a gestão pública, Irene Patrícia Nohara e Antonio Cesar Amaru Maximiano enfrentam a questão e desmistificam este cenário ao apontar que apesar da burocracia ter adquirido um sentido pejorativo nos dias atuais, apontando para

⁷⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Atlas, 2016, p.161.

⁷⁶ Ibid.,p.162.

⁷⁷ GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32-33.

⁷⁸ Ibidem, p. 33.

distanciamento, frieza e ineficiência organizacional, este não foi o sentido que Weber empregou:

Apesar da burocracia ter adquirido um sentido pejorativo nos dias atuais, apontando para distanciamento, frieza e ineficiência organizacional, este não foi o sentido que Weber trabalhou em sua obra. A conotação negativa tem relação com as disfunções da burocracia, o que atualmente é chamado de burocratismo, ou seja, dizem respeito a um estado patológico, mas não a seu funcionamento regular, tido como mais eficiente para Weber em comparação com os modos tradicionais e patriarcais de dominação.⁷⁹

Ainda cabe destacar o alerta desenvolvido por Emerson Gabardo acerca de não se confundir a burocracia do modelo burocrático com as deturpações patológicas da burocracia brasileira, em que não houve a superação das práticas patrimonialistas na Administração Pública, conforme se destaca do trecho abaixo:

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria do Estado é a empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos.⁸⁰

Por sua vez, o mecanismo de desburocratização surge com o discurso da reforma do aparelho do Estado, consagrada no Brasil em 1995, sendo preciso neste momento reformar o Brasil diante de seus elevados custos de financiamento e diante da sua ineficiência e exagerada autoreferenciabilidade.⁸¹

Na realidade brasileira, e também na dos países que promoveram reformas nas suas administrações públicas, o diagnóstico elaborado por responsáveis pelas reformas administrativas mostra que em searas de Administração Pública as disfunções do sistema

⁷⁹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. Gestão pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo/ Antonio Cesar Amaru Maximiano, Irene Patrícia Nohara – 1ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 49.

⁸⁰ GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002. p. 35.

⁸¹ MARRARA, Thiago. Direito administrativo: Transformações e Tendências. Almedina.2014. p. 42.

burocrático suplantam as suas qualidades, mostrando-se injustificada a utilização do modelo nestes casos⁸².

A desburocratização, na visão de Thiago Marrara:

Significa facilitar procedimentos e processos, tornar a administração mais flexível, ampliar os poderes do administrador público ao mesmo tempo em que se incrementa a confiança do legislador nas suas condutas.⁸³

Ao se narrar o cenário da intitulada Reforma Administrativa é recorrente no imaginário que este mecanismo reformador tem como objetivo excluir do sistema a tão propalada burocracia, cujo regime é sempre atrelado aos sinônimos de ineficiência, morosidade, abuso de autoridade, descaso, dentre tantos outros adjetivos que podem ser empregados para destacar uma atividade administrativa que mais cria obstáculos aos cidadãos do que traz soluções para estes.

Entretanto, seriam estas as reais características do regime burocrático? Criar obstáculos e entraves ao exercício das atividades do Estado? Com a pecha de uma administração sem gerenciamento, obsoleta, lenta e ineficiente, o regime burocrático foi posto em xeque com a promessa na esperança de que um modelo pautado no gerenciamento e na gestão trariam o atendimento dos objetivos dos cidadãos.

Por fim, importante destacar a excelência da observação tecida por Emerson Gabardo, citando Faoro, no sentido de não se confundir a burocracia enquanto modelo patológico e deturpado de gestão administrativa, no qual não houve a superação das práticas patrimonialistas da Administração Pública, de acordo com o que se depara de trecho abaixo extraído:

O que não se pode, como adverte Faoro, é confundir “o estado patológico com o estado natural, em situações de labilidade que, apesar de aproximações empíricas, mantém a distância dos tipos ideais. Mas o que largamente tem sido feito na literatura sobre o tema, principalmente pela crítica gerencial, é reputar os vícios do estamento burocrático ao modelo burocrático, o que é um equívoco. Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria do Estado e à empresa modernos, e o estamento

⁸² LINS, Bernardo Wildi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52,

⁸³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo: Transformações e Tendências. Almedina. 2014. p. 42.

burocrático que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar técnicas deste, como mera técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos.⁸⁴

Como bem destacado por Irene Nohara:

É equivocado trocar o adjetivo burocrático do ‘estamento’ pelo substantivo burocracia, pois as pessoas podem se utilizar do conceito de burocracia de forma deturpada”. Nesta linha de defesa de pensamento, esta visão traz consigo as “deturpações patrimonialistas e pessoais utilizadas pelo estamento burocrático, que atribuiria às organizações apenas uma fachada ou um verniz de burocracia.⁸⁵

É importante ainda destacar os atributos da burocracia moderna apontados pelo ideário weberiano: (1) o caráter legal das normas e regulamentos; (2) o caráter formal das comunicações, baseadas em documentos e atas, cujo original ou rascunho é guardado para controle; (3) a racionalidade e a divisão do trabalho; (4) a impessoalidade nas relações; (5) a hierarquia entre autoridades; (6) as rotinas e procedimentos padronizados; (7) as competências técnicas e meritocrática; (8) a especialização e profissionalização; e (9) a previsibilidade do funcionamento.⁸⁶

Este cenário demonstra uma das características mais marcantes das burocracias modernas que é a profissionalização de pessoal, que demanda a especialização de funcionários que compõem seus quadros, os burocratas.

A análise destes atributos destaca um grande compasso com a atual realidade do Direito Administrativo, não parecendo haver uma superação destas intenções burocráticas, que demonstram que as pseudo-atualizações do modelo gerencial não chegam a impactar o modelo, que, como acima dito, não pode ser confundido com o formato deturpado do modelo burocrático.

Acerca destes atributos, Irene Nohara destaca o quão indissociáveis são dos institutos de Direito Administrativo, conforme apontamos:

⁸⁴ GABARDO. Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002, p.35.

⁸⁵ NOHARA. Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 359.

Tais características da burocracia moderna são indissociáveis dos institutos do Direito Administrativo tradicional contempla: obediência à legalidade administrativa, sendo disseminada a publicidade de atos e contratos que devem ser arquivados em ordem cronológica na repartição; hierarquia, com os poderes dela decorrentes: ordenar, fiscalizar, punir, avocar e delegar atribuições; rotinas e procedimentos padronizados, sendo a competência técnica e meritocrática averiguada principalmente no ingresso por concurso público, o que resguarda especialização e profissionalização das carreiras públicas.

Deste modo, ao contrário do que é pregado e disseminado pelo *sensu comum*, a racionalidade burocrática está vinculada com a adequação dos meios em busca do máximo de eficiência, e não deve ser confundida com o quadro patológico empregado pelos que buscaram no modelo gerencial a eficiência como lastro.

Por fim, resta destacar as fragilidades do modelo burocrático, tais como o engessamento das rotinas padronizadas provoca em uma sociedade cada vez mais vinculada ao modo de vida pós-moderno que demanda uma velocidade muito superior ao do exercício das rotinas burocráticas. Outro ponto de fragilidade é a rigidez da hierarquia nos comandos de trabalho que não permite a instalação de um consenso e dos valores democráticos, ocasião em que propostas de ações reflexivas da burocracia, menos autoritária e consensual, devendo haver a participação pública como combate à ausência de transparência⁸⁷.

2.3 – GERENCIALISMO E A FLEXIBILIZAÇÃO DA GESTÃO – *NEW PUBLIC MANAGEMENT*

O modelo gerencial da gestão pública surgiu no Reino Unido, dentro do panorama da reforma administrativa desenvolvida naquele País, pelo governo do Partido Conservador, no final da década de 70, com a doutrina do *New Public Management*, que trouxe as diretrizes para boa parte das reformas administrativas implantadas ao redor do mundo.

⁸⁶ Ibidem p. 351.

⁸⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (org). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 352.

A construção do gerencialismo brasileiro aconteceu sob a inspiração sistemática já utilizada nos países estrangeiros, partindo dos fundamentos da *New Public Management*, tais como: a) foco é o cidadão e as atividades são orientadas para a busca de resultado; b) princípio da eficiência econômica cede espaço ao princípio da flexibilidade; c) ênfase na criatividade e busca da qualidade; d) descentralização, horizontalização das estruturas e organização em redes; e) valorização do servidor, multiespecialidade e competição administrada e f) participação dos agentes e controle de resultados.⁸⁸

Nos panoramas do PDRAE, a Administração Pública Gerencial emerge na segunda metade do século XX como uma resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, eis que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. Passava, assim, a ser essencial alterar o modelo vigente, sendo necessário reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços adotando o cidadão como beneficiário, como uma forma de trazer a eficiência à Administração Pública e a reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.⁸⁹

Neste novo modelo, a administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática, sem, na visão do PDRAE, negar todos os seus princípios, estando a administração pública gerencial apoiada na anterior, conservando alguns dos seus princípios fundamentais como a admissão segundo critérios rígidos de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho e o treinamento sistemático.⁹⁰

Desta forma, ainda na linha do Plano de Reforma do Aparelho do Estado, a diferença fundamental estaria na forma de controle que deixa de se basear nos processos

⁸⁸ LINS, Bernardo Wildi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2.ed.-Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p. 54-55.

⁸⁹ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 16. Acesso em 18 dez.2017

⁹⁰ Idem. Ibidem.

para concentrar-se nos resultados, e não em uma rigorosa profissionalização da administração pública.

A inspiração para as reformas é baseada na chamada *New Public Management*, que acompanhou os movimentos de reformas administrativas dos países que adotam o *Common Law*. O movimento de reforma prosseguiu com a edição do documento denominado *Improving Management in Government: The Next Steps*, também conhecido como *Ibss Report*, em referência ao Chefe da *Efficiency Unit*, lançando as bases para a *New Public Management*, cujo cerne era a segregação das competências de elaboração de políticas públicas das funções executivas, estas últimas atribuídas às denominadas agências executivas.

Assim, o gerencialismo foi tido como a solução para o esgotamento do modelo burocrático weberiano, e sua apresentação se dá dentro do contexto de uma redefinição do papel do Estado e, nos moldes do PDRAE, passaria a se fortalecer como promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social, deixando de ser seu responsável direto.

O incremento na eficiência nas áreas de atuação da Administração Pública demandaria uma superação, ainda que de modo parcial, do modelo burocrático, ocasião em que essa demanda por reformas na Administração Pública abriu espaço para a criação de forma inovadoras de gestão pública, inspiradas em princípios de gestão privada, como a ênfase na conquista de resultados, a contratualização das relações com particulares e conferência de relativa autonomia gerencial aos administradores públicos.⁹¹

Sobre esta nova gestão pública, Marçal Justen Filho apresenta uma síntese da evolução do movimento:

O programa do Partido Conservador, em seu conjunto, ficou conhecido como *New Public Management* (Nova Gestão Pública), cuja articulação fez-se ao longo do tempo. Os princípios norteadores dessa reforma consistiam na profissionalização da gestão administrativa, no estabelecimento de padrões de desempenho, em controles externos, na eliminação de estruturas burocráticas de grande porte, na ampliação da competição internamente ao serviço público e na rigorosa disciplina

⁹¹ LINS, Bernardo Wildi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52

acerca da utilização dos recursos. Algumas propostas de maior impacto somente foram implementadas após a eleição de 1987. Thatcher conquistou seu terceiro mandato e iniciou o período de maior radicalismo em seu governo. Desencadeou o New Public Management (Nova Gestão Pública) – NPM. Foram criadas as Next Public Management (Agências das Etapas Seguintes) – NSAs, em nível central, e os Training and Enterprise Councils (Conselhos de Capacitação e de empresas) – TECs, no âmbito local. Tudo isso se relacionava com a tendência à redução de despesas públicas, à privatização, ao desenvolvimento da Tecnologia da Informação e ao desenvolvimento de uma postura de internacionalização governamental. Em termos mais diretos, buscava-se a ampliação de procedimentos de gestão privada no âmbito da Administração Pública.⁹²

O anseio em tornar a Administração Pública mais ágil e eficiente traz em si a busca pela desburocratização, que na visão de Thiago Marrara se funda nestes dois pilares:

Desburocratizar é construir uma Administração Pública mais ágil e eficiente. Isso pressupõe que procedimentos e processos administrativos sejam racionalmente conduzidos; que o custo-benefício da ação pública seja razoável (economicidade) e que as decisões administrativas, seja qual for o seu conteúdo, sejam capazes de atingir os resultados que delas se espera em termos de concretização de interesses públicos primários (eficácia ou efetividade). Por isso, a reforma do Estado com base na lógica do New Public Management não pode ser pensada sem estratégias desburocratizantes.⁹³

Dentre as medidas formuladas no anseio de tornar a Administração Pública mais ágil e eficiente buscando a desburocratização, surge no Plano da Reforma a inserção do contrato de gestão no plano constitucional como ferramenta de eficiência das práticas gerenciais, conforme será objeto de abordagem no próximo capítulo.

2.4 – GERENCIALISMO E A GESTÃO POR CONTRATO

O contrato de gestão tem origem no direito francês onde foi idealizado como um meio de controle administrativo ou tutela sobre as empresas estatais e já era utilizado como meio de vincular aos programas governamentais algumas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado.⁹⁴

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes, 2002, p. 142.

⁹³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo: Transformações e Tendências. Almedina.2014, p. 42.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, p .260.

Com a fonte de inspiração no Direito Francês, o Direito Administrativo brasileiro não ficou imune ao movimento contratual de controle e no início da década de 90 foram editados decretos federais com a previsão da celebração de contratos de gestão com empresas estatais exploradoras das atividades econômicas, tendo por objeto a ampliação de sua autonomia e com o objetivo do aumento da eficiência e da competitividade da Administração Pública, aproximando-se do regime das empresas privadas para uma melhor consecução do interesse público, tendo como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam constantemente aferidos.

CAPÍTULO III – CONTRATOS DE GESTÃO

3.1 – CONTRATOS DE GESTÃO – DO CENÁRIO FRANCÊS AOS CENÁRIOS CONSTITUCIONAL E LEGAL NACIONAIS

Ao iniciarmos este capítulo, é importante recordar que este trabalho tem como objetivo demonstrar a existência de contratos de gestão em nosso ordenamento, e não somente o modelo inserido por meio da Emenda Constitucional n° 19/98, através da inclusão do § 8º, ao artigo 37 da Constituição Federal, ocasião em que também será objeto de abordagem neste trabalho o modelo do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais.

Neste passo, o cenário de busca por uma modernização da administração pública levou ao uso do contrato de gestão como forma de ajuste entre várias entidades estatais e não estatais e a expressão é empregada tanto para designar as parcerias do Poder Público com órgãos da própria Administração direta e com entidades da Administração indireta, como também parcerias com entidades do terceiro setor, no caso, as chamadas organizações sociais.⁹⁵

A figura do contrato de gestão tem origem no direito francês, onde foi idealizado como um meio de controle administrativo ou tutela sobre as empresas estatais e já era utilizado como meio de vincular aos programas governamentais algumas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado.⁹⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que no direito francês, “tais contratos têm sido utilizados com denominações diversas em fases sucessivas: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano. contratos de objetivos”.⁹⁷

Os contratos de programa foram inspirados no Relatório Nora, apresentado em 1967 por Simon Nora, que fora relator de um grupo de trabalho interministerial de

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p .260.

⁹⁶ Ibidem p.260.

⁹⁷ Ibid., p.260.

empresas públicas francesas, e sugeria para as empresas nacionais prestadoras de serviço público, diante do agravamento de sua situação financeira, uma nova definição dos papéis do Estado e das empresas, permanecendo o Estado como o guardião dos equilíbrios fundamentais e as empresas sendo as responsáveis exclusivas pela gestão industrial e comercial.⁹⁸

Esta repartição de competências levava a um esquema de relações com modelagem contratual, tendo como elementos essenciais a autonomia da gestão em benefício das empresas, a compensação de encargos sociais decorrentes da prestação de serviços públicos, uma melhoria da rentabilidade financeira e a contratualização das relações entre as empresas públicas e o Estado.

No desenvolvimento deste processo histórico e evolutivo das fases deste modelo contratual no direito francês, houve um período em que o governo não se interessava muito pelas planificações e a crise financeira dos anos 70 promoveu um desaparecimento dos resultados financeiros alcançados pelos contratos de programa, o que faz surgir uma segunda fase em que estes contratos de programa serão substituídos pelos contratos de empresa.

Os contratos de empresa se tornam um meio de obrigar as empresas públicas que exercessem atividades industriais ou comerciais sem viabilidade de competição a se modernizarem, reduzirem seu quadro de pessoal, transformarem seus métodos de gestão e aplicarem em seu funcionamento modernas tecnologias para a garantia de competitividade no mercado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nos contratos de empresa a característica comum em todos eles é a busca de saneamento financeiro, pela fixação de meios adequados para atingir a esse objetivo.⁹⁹

Na terceira fase de adequação, ocorrida a partir de 1981, surgem os contratos de plano, empregados pelo governo francês em suas empresas públicas de caráter

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p .262.

⁹⁹ *Ibidem* p .263.

concorrencial e industrial, em um movimento de retorno da planificação para assegurar o desenvolvimento das políticas de emprego, de investimento, de reestruturações, de adoção de novas tecnologias ou na formação profissional de assalariados.¹⁰⁰

A figura da contratualização nestes modelos também se estendeu para os órgãos integrantes da Administração Direta francesa, por meio dos denominados *centros de responsabilidade*, órgãos criados na década de noventa, em caráter experimental, com o objetivo de flexibilizar o controle administrativo sobre a gestão, desde que tivessem um projeto de serviço com definição rigorosa dos objetivos e dos métodos de avaliação dos resultados.¹⁰¹

Com a fonte de inspiração no direito francês, o Direito Administrativo brasileiro não ficou imune ao movimento contratual de controle e no início da década de 90 foram editados decretos federais com a previsão da celebração de contratos de gestão com empresas estatais exploradoras das atividades econômicas, tendo por objeto a ampliação de sua autonomia e com o objetivo do aumento da eficiência e da competitividade da Administração Pública, aproximando-se do regime das empresas privadas para uma melhor consecução do interesse público, tendo como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam constantemente aferidos.

Deste modo, no direito brasileiro a denominação vem sendo utilizada para designar acordos celebrados com entidades da Administração indireta, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado (as intituladas organizações sociais) e a partir da Emenda Constitucional n° 19/98, contratos desse tipo podem ser celebrados na esfera da própria Administração direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 262 - 263.

¹⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de Gestão para a ampliação da autonomia gerencial: *case* jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucinal*, Belo Horizonte, ano 14, n.55, p.169-185, jan/mar.2014.p. 174.

Como fora visto anteriormente, ao tratarmos dos objetivos de implantação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDAE), com base nas experiências da *New Public Management* (Nova Gestão Pública) dos sistemas do *Common Law*, o modelo gerencial passa a dar as diretrizes a partir da substituição de um controle de procedimentos por um controle de resultados, com subordinação ao cumprimento de metas.

Esta tentativa de flexibilização do controle de procedimentos do chamado *rule based accountability* (controle baseado nas regras) para o *performance based accountability* (controle baseado no desempenho) é vista como controvertida no campo do Direito Administrativo.

Acerca deste aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

No afã de copiar modelos do direito estrangeiro, foram sendo criadas situações à margem da lei. Isto porque os contratos de gestão, se, de um lado, criam compromissos para as empresas estatais que os celebram, por outro lado exigem a outorga de maior autonomia de gestão, nem sempre possível diante do direito positivo brasileiro.¹⁰²

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰³ que a Constituição de 1988, em relação à Administração Indireta, teve uma tendência para a publicização, com a imposição de um regime jurídico igual ao das entidades de direito público, onde todas estas entidades, independentemente da natureza jurídica e do tipo de atividade que exercem, estão sujeitas à exigência de concurso público para admissão de pessoal, às normas sobre licitação, ao mesmo tipo de controle, dentre uma série de outras atividades que implicam no engessamento das atividades de entidades, as quais pela sua natureza jurídica e pela natureza da atividades exercidas deveria, ter uma maior autonomia da gestão.

A busca da flexibilização, com a finalidade de garantir a almejada autonomia, esbarra na indispensável mudança do direito positivo, ocasião em que o contrato de gestão não pode se sobrepor às normas legais e preceitos da Constituição Federal ao ponto de descumpri-las. O direito positivo deve ser sempre respeitado, não havendo, como já visto anteriormente, uma sobreposição à legalidade. Neste tema haverá a necessidade de uma

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p .267.

coexistência harmônica entre os contratos de gestão que serão firmados, e de grande utilidade ao Estado, e entre as normas de direito positivo.

Por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, o contrato de gestão no Brasil foi inserido no contexto constitucional, ocasião em que houve a inserção do § 8º no artigo 37 da Constituição Federal.

Deste modo, com advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o Contrato de Gestão passa a ter um arquétipo constitucional como um “elemento contratual” apto para disciplinar as relações de coordenação entre órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública, sendo alocada estas diretrizes no § 8º, do artigo 37 da Constituição Federal¹⁰⁴.

Pela análise deste parágrafo a eficiência será o fim a ser buscado e, basicamente, todos os contratos de gestão deverão, no mínimo, conter: i) a forma como a autonomia será exercida; ii) as metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato e iii) o controle dos resultados.

A construção da redação deste parágrafo foi objeto de análise crítica por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ao analisar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira, faz um sopesar com o princípio da legalidade e assim destaca:

A redação, à primeira vista, dá a impressão de que a parte inicial do dispositivo, quando fala em autonomia gerencial, orçamentária e financeira, será definida exclusivamente em cada contrato; é evidente, contudo, que não se pode deixar ao arbítrio de cada administrador a definição de autonomia e os termos e limites em que a mesma será exercida; não se pode pretender que a previsão constitucional do contrato de gestão implique infringência ao princípio da legalidade imposto a toda a Administração Pública pelo art. 37, II, da Constituição. Além disso, o dispositivo expresso em remeter à lei a disciplina dos aspectos referidos

¹⁰³ Ibidem p .268.

¹⁰⁴ A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – remuneração do pessoal.

nos três incisos nele contidos, sem o que inviabiliza a celebração do contrato.¹⁰⁵

Este mesmo espírito crítico é observado nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello em cuja ótica seria juridicamente impossível a contratação entre órgãos da Administração indireta, ainda avalia a ampliação da autonomia gerencial por meio de contrato, conforme acompanhamos:

Mesmo deixando de lado a estapafúrdia previsão juridicamente impossível, de contratos entre ‘órgãos da Administração direta’ (ou entre órgãos da Administração indireta), sobre os quais se falará logo em seguida, o dispositivo em apreço já exige ingentes esforços hermenêuticos. É que, obviamente, a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta jamais poderia ser ampliada por ‘contrato’, como diz o preceptivo em questão. Com efeito, se este fosse o sentido a ser extraído da regra introduzida pela emenda constitucional, seu comando seria inválido. Deveras, a autonomia das sobreditas pessoas advém de lei. Se contrato pudesse alterá-la, o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando, isto é, regulando matéria disciplinada em lei, de maneira diversa do que nela estatuído. Haveria, pois, invasão de poderes do Legislativo pelo Executivo; portanto, ofensa à cláusula pétrea da ‘separação de poderes’ (art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal). Ante o exposto, outra há de ser a interpretação a ser dada ao art. 37, § 8º. Como ele menciona que a lei disporá sobre o prazo de duração de tais contratos, controle, avaliação, responsabilidades e remuneração de pessoal, haver-se-á de entender que tal lei, de par com os sobreditos aspectos, mencionará quais os controles que podem ser suspensos no caso de serem travados os contratos. Como consequência, resultará ampliada a autonomia das entidades contratantes. É claro, então, que dita lei terá de ser explícita com relação ao que poderá ser afetado, isto é, em que o regime nela disposto subsistirá o regime diverso que vigoraria se não houvera o contrato. Eis como, no futuro, depois de editada a pertinente lei, poderão existir verdadeiros contratos de gestão entre o Estado e suas pessoas da Administração indireta.¹⁰⁶

Com alicerce nestas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, conclui Irene Patrícia Nohara que:

Cumprе ressaltar, inicialmente, que como é juridicamente inviável a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração Pública por meio de contrato, que é instituto concreto e infralegal, entende-se que tal determinação constitucional (de ampliação

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p .270.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. p. 237 e 238.

de competência) ocorreria, quando muito, por lei, desde que observados os limites constitucionais.¹⁰⁷

Por outra via, a ampla utilização de técnicas de desconcentração e descentralização redundou em uma administração policêntrica, difusa. A horizontalização de estruturas, o partilhamento de competências e a complementaridade das atribuições passaram a demandar, para a consecução das finalidades públicas concretamente consideradas, a aplicação de mecanismos de coordenação e de conjugação de iniciativas e ações.

A essa demanda soma-se a exigência crescente de eficiência e de transparência da atuação administrativa, o que conduz ao abandono dos mecanismos tradicionais de tutela, representados por formas de controle *a priori*, puramente formais, em prol de controle de resultados e da busca da efetividade da atuação da Administração Pública.

Surgem, assim, instrumentos de contratualização das relações de tutela, com a definição de responsabilidades, objetivos e metas, e por meio dos quais é outorgado maior grau de autonomia aos órgãos e entidades envolvidos.

A análise do Direito Administrativo importa uma inevitável interface com o exame do modelo político vigente, pois como bem adverte Odete Medauar:

Da concepção de Estado decorrem consequências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito¹⁰⁸.

Dado que as linhas fundamentais de sistematização do Direito Administrativo o vinculam ao Estado do século XIX, afigura-se relevante, como indica a autora, identificar as características correspondentes a esse tipo de Estado e a sua repercussão nas formulações originárias do Direito Administrativo. Uma vez delineadas as matrizes

¹⁰⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial: *case* jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p.169-185, jan./mar. 2014.

¹⁰⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2ª ed., 2003, p. 77-78.

clássicas desse ramo jurídico, igualmente relevante é a abordagem das transformações ocorridas no modelo de Estado em que foram embasadas e seus reflexos nos conceitos e institutos correspondentes.¹⁰⁹

O Direito Administrativo vem associado ao Estado de Direito, instituído após a revolução liberal francesa. Seu nascimento liga-se, pois, à desvinculação da função administrativa da figura do monarca e sua transferência para uma burocracia autônoma.

No entanto, ao analisar as figuras introduzidas pela Reforma Administrativa, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello - de modo crítico e acertivo - que recentemente foram introduzidas ou simplesmente propagadas entre nós certas figuras jurídicas (ou apenas práticas administrativas) consideradas como integrantes de um bloco que se convencionou denominar de “Reforma Administrativa”¹¹⁰, dentre elas os contratos de gestão, referidos em algumas leis, mas cuja fisionomia genérica não está configurada em lei alguma, havendo tão somente uma tentativa de conceituá-los, mas apenas para os fins específicos da lei das organizações sociais (Lei 9.637/98), no artigo 5º do citado diploma.

Assim, nos ensina o eminente administrativista que:

Os contratos de gestão, como em seguida se dirá, não se constituem em *nomen juris* designativo de uma única realidade, mas, pelo contrário, rotulam duas coisas totalmente diferentes e, por isto, terão de ser explicados separadamente mais ao diante.¹¹¹

Consoante já se averbou, não existe definição legal genérica para identificar o que se pretenda abranger sob tal *nomen juris*. E nem poderia haver, pois, tal rótulo foi normativamente utilizado para referir duas realidades visceralmente distintas a saber:

- a) pretensos “contratos” travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado;
- b) contratos travados com pessoas alheias ao Estado (“organizações sociais) que não guardam relação alguma com os anteriores.

Em relação aos contratos travados com entidades da Administração indireta não há definição legal alguma. Na verdade, como se esclarece a breve trecho, estes não podem ser contratos – embora como tal se apresentem -, pois, nesta qualidade, atualmente, seriam juridicamente impossíveis ou inválidos. Contudo, poderão existir no futuro, a partir da

¹⁰⁹ Ibidem, p. 78.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, página 226.

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, página 227.

lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19, a qual veio a propiciar-lhes virtualidade de existência jurídica.

Ainda nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Estes contratos de gestão travados entre a Administração direta e as pessoas da Administração indireta são, consoante já se disse, arremedos de contratos, encenação sem nenhum valor jurídico, pelas quais se documenta que a Administração Central “concede” à autarquia ou fundação maior liberdade de ação, isto é, mais autonomia, com a dispensa de determinados controles, e assume o “compromisso” de repasse regular de recursos em contrapartida do cumprimento por estas de determinado programa de atuação, com metas definidas e critérios precisos de avaliá-las, pena de sanções a serem aplicadas ao dirigente da autarquia ou fundação que firmou o “pseudocontrato” se, injustificadamente, o descumprir.

Em suma, seu propósito é o de outorgar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira ao “contratado”, bem como a de lhe assegurar a regularidade das transferências financeiras previstas em vista da obrigação, que este assume, de cumprir metas expressivas de maior eficiência. Estes – e unicamente estes falsos contratos, de existência jurídica atualmente impossível ou inválida – é que foram compostos com inspiração em práticas administrativas francesas, as quais se estabeleceram em outro ambiente jurídico, cujo quadro propõe condicionantes diversos dos nossos.

Além do âmbito da Administração pública direta e indireta, os contratos de gestão também estão previstos no direito positivo como modalidade de ajuste a ser celebrado com instituições não governamentais passíveis de serem qualificadas como organizações sociais, para os fins de prestação de serviço público ou atividades de interesse público, mediante fomento pelo Estado.

Nestas premissas fixadas, a figura do Contrato de Gestão não é nova no ordenamento e tão pouco foi introduzida pelo arquétipo constitucional acima destacado e introduzido pela Emenda Constitucional 19/1998.

O artigo 5º da Lei nº 9.637/98, por exemplo, já definia o contrato de gestão como instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e

execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º para a consumação do contrato de gestão com as seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e a proteção e preservação do meio ambiente.

O que vemos aqui é o pressuposto de admissão e estímulo dado pela Magna Carta de colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o artigo 1º, da Lei nº 9.637/98 que “*o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos*” na Lei.

Por sua vez, o instrumento empregado para viabilizar esta colaboração entre particulares e o Poder Público é o contrato de gestão, nos termos do artigo 5º, da Lei nº 9.637/98, que destaca que para os efeitos desta Lei “*entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º*”.

O próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado já trazia uma abordagem acerca destas entidades sociais, conceituando-as:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público-não estatal. Entende-se por “organizações sociais” as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.¹¹²

Com a análise destacada do desenvolvimento das Diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, vimos que a abordagem acerca da instituição de um plano de reforma que abarcasse mudanças sociais fundadas em um modelo gerencial.

¹¹² Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 60. Acesso em 18 dez.2017

3.2 – NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE GESTÃO

A doutrina nacional muito diverge acerca do contrato de gestão e a sua natureza jurídica, orbitando a controvérsia em torno da natureza contratual dos contratos de gestão, havendo correntes que defendam que o contrato de gestão é uma espécie de convênio, bem como outras que transitam pelos aspectos do enquadramento dos contratos de gestão na modalidade dos contratos administrativos comuns.¹¹³

Como visto na abordagem acerca do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, o PDRAE tinha por objetivo a transformação das autarquias e fundações que possuíam poder de Estado nas agências autônomas administradas por meio do contato de gestão, o que daria garantias para o seu dirigente de ampla liberdade para gerir os recursos humanos, materiais e financeiros postos à sua disposição, desde que houvesse o atingimento dos objetivos indicadores de desempenhos qualitativos e quantitativos definidos previamente.

A intenção era a flexibilização dos controles e do regime jurídico público, imprimindo maior eficiência à Administração Pública em uma espécie de terceirização da administração gerencial, orçamentária e financeira, buscando resultados melhores do que aqueles praticados pelos ocupantes dos quadros da própria Administração.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal não se confunde com o contrato de gestão celebrado com organizações sociais, pois enquanto este último visa o desenvolvimento de atividades em relações nas quais haja interesses paralelos e comuns do Estado com a entidade parceira; o do § 8º do art. 37 pretende ser uma espécie de terceirização da administração gerencial, orçamentária e financeira, em contratação de administradores específicos para este múnus, sem que haja propriamente uma parceria.¹¹⁴

¹¹³ LINS, Bernardo Wildi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.156.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, São Paulo: Atlas, 2012. p. 452.

A argumentação pode ser complementada com o seguinte raciocínio, extraído da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Contratos de gestão com organizações sociais são, como dito, contratos radicalmente distintos, é que neles não entra em pauta qualquer ampliação de competências de entidades estatais, pois são vínculos jurídicos travados com pessoa de direito privado alheia ao aparelho estatal.¹¹⁵

A crítica se faz em torno da natureza contratual do contrato de gestão, em razão de não existir uma contraposição de interesses entre os entes ou órgãos que o ajustam, trata-se muito mais de um *termo de compromisso* ou, no máximo, de um *convênio*¹¹⁶ do que propriamente de um contrato.

Ao ser analisada a celebração do ajuste entre *órgãos* da Administração é ainda mais complexo afirma que se trata de “contrato”, porquanto eles não têm personalidade jurídica para contraírem, por si, ainda mais internamente (o que deveria afastar, em regra, a contraposição dos interesses, direitos e obrigações).¹¹⁷

Neste cenário de discussão, cabe apontar que a ENAP – Escola Nacional de Administração Pública – considera inadequada e expressão “contrato de gestão”, pelos seguintes motivos:

O termo contrato de gestão é impróprio, pois se trata de uma relação interna a um poder, na qual uma das partes, em última instância, está contida na outra, naquela representada pelo Poder Público, entendido na atividade inerente ao próprio Estado. Daí o conteúdo de negociação se caracterizar, antes de tudo, pelo estabelecimento de compromissos, sob determinadas condições, que são definidos a partir de estratégias e dos objetivos inerentes a cada entidade.¹¹⁸

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 234.

¹¹⁶ O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 31.03.2011, já firmou entendimento que o contrato de gestão firmado por organizações sociais são, em verdade, convênio e não exatamente contrato de direito público.

¹¹⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “só se pode contratar quem seja sujeito de direitos e obrigações, vale dizer: pessoa. Portanto, nem o Estado pode contratar com seus órgãos, nem eles entre si, que isto seria um contrato consigo mesmo — se se pudesse formular suposição tão desatinada. Trata-se de algo impossível” (Curso de direito administrativo, p. 232).

¹¹⁸ ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP). O contrato de gestão no serviço público, p. 113.

Para Bernardo Wildi Lins, a natureza jurídica dos contratos de gestão é assunto sobre o qual há pouca concordância na doutrina pátria, costumando girar a controvérsia em torno da natureza contratual dos contratos de gestão, havendo quem defenda que os contratos de gestão são uma espécie de convênio, havendo outros que advogam a tese de que constituem contratos administrativos comuns. Particularmente, o autor defende que a opinião mais acertada parece ser a que, por um lado, reconhece o caráter contratual do contrato de gestão e, por outro, aponta que os mesmos não equivalem aos contratos administrativos tradicionais, previstos na Lei n° 8.666/93¹¹⁹.

O autor, com a finalidade de fomentar o debate, explica em sua obra que os convênios sempre foram o instrumento principal para o exercício da função de fomento do Estado perante as entidades pertencentes ao terceiro setor e além disso, no âmbito da Administração Pública, o convênio sempre foi o instrumento de descentralização por excelência, apontando que contribui para esta opinião a corrente segundo a qual as Organizações Sociais não são prestadoras de serviços, já que atuam em parceria com o Estado, desenvolvendo atividades assistenciais em setores nos quais este não consegue atuar.¹²⁰

Como características dos convênios, destaca ainda o autor: i) a liberdade de retirada dos partícipes, ii) a impossibilidade de sanção ao partícipe denunciante, iii) formalismo exacerbado no que se refere às prestações de contas dos recursos públicos utilizados, iv) a prestação de contas que não leva em consideração os resultados da ação parceira.

José dos Santos Carvalho Filho averba, de modo categórico, que:

Devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o Poder Público o que a lei determinou de contratos de gestão, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses

¹¹⁹ LINS, Bernardo Wildi LINS, Bernardo Wildi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.156.

¹²⁰ Ibidem. p.156-157.

comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.¹²¹

Ao tratar do assunto sobre os convênios, Dinorá Adelaide Musetti Grotti delimita com precisão os critérios de diferenciação na doutrina pátria envolvendo a natureza dos institutos do convênio e do contrato, onde destacamos:

- a) os convênios não são contratos, apesar de serem acordos de vontades;
- b) quanto aos interesses, no contrato são divergentes e contrapostos para as partes que os celebram, enquanto no convênio são convergentes e comuns entre os partícipes;
- c) no contrato existem partes: uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra que visa a contraprestação correspondente (a remuneração ou outra vantagem); no convênio tem-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) com as mesmas pretensões, ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe;
- d) nos contratos as vontades antagônicas se compõem, e não se adicionam, delas, resultando uma terceira espécie de vontade – a contratual; nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam e não dão origem a uma terceira espécie;
- e) no convênio, os partícipes buscam o mesmo e idêntico objetivo, unindo-se para a satisfação do interesse comum; no contrato, cada parte quer atingir um fim que não é compartilhado pela outra;
- f) no convênio, há uma conjugação de esforços, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;
- g) no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência do convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas;
- h) em decorrência da ausência de vinculação contratual, devem ser consideradas nulas cláusulas de permanência obrigatória ou obstativas de denúncia do convênio a qualquer momento ou de sanções pela retirada, promovendo-se respectiva prestação de contas.¹²²

Para Rafael Arruda Oliveira:

¹²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 339-340.

¹²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 6, n.11, p.31-113, jan/jun. 2012.

No Brasil, tratou-se de iniciativa que, no plano federal, teve o objetivo de promover descentralização na prestação de serviços de relevância pública não exclusivos do Estado, por meio de incentivos ao setor privado, a partir do reconhecimento de que este poderia realizá-los de maneira mais eficiente e a um custo menor para o financiador – o Poder Público. Ou seja, mediante contrato de gestão, o Poder

Acerca da ausência de natureza contratual e da necessidade de realização de procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais encontramos na lição de Alexandre Santos de Aragão o seguinte conteúdo:

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

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (art. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão, apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 -, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas.¹²³

Por fim, cabe aqui o destaque de que o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.923/DF, firmou o entendimento de que os contrato de gestão firmado por organizações sociais possuem a natureza jurídica de convênio e não de um contrato de direito público. Acerca deste julgamento, adiante traremos análise pormenorizada do caso.

¹²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços público*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p.748-749.

3.3 – LIMITES DA AMPLIAÇÃO DA AUTONOMIA GERENCIAL, ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA

De acordo com o que foi destacado acima, no desenvolvimento deste trabalho, o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal pretendeu ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta através de contrato, firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, onde caberia à lei dispor sobre (i) prazo de duração do contrato; (ii) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e (iii) remuneração de pessoal.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ainda fez o destaque sobre esta autonomia financeira e administrativa, com a finalidade de implementar por contrato estas mudanças, bem como no afã de emplacar em definitivo o modelo gerencial, senão vejamos:

As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc. As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados. A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial.¹²⁴

¹²⁴ Cf. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> p. 60. Acesso em 18 dez.2017

Deste modo, aderimos ao pensamento de que é juridicamente inviável a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração Pública por meio de contrato que é instituto concreto e infralegal. Assim, esta ampliação de competência apresentada pela Constituição Federal por meio de contrato, deveria ocorrer por meio de lei, como total observância dos princípios constitucionais¹²⁵.

¹²⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial: *case* jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n.55, jan./mar. 2014. p.171.

4 – CONTRATO DE GESTÃO E A GESTÃO ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR

Como destacado no Capítulo I, a Reforma Administrativa do Estado brasileiro que fora promovida em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, objetivava modernizar sua gestão com a proposta da adoção de um modelo gerencial de gestão por objetivos, com o estabelecimento de estratégias para a modernização da administração pública.

4.1 – DELIMITAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Como destacado no Capítulo I, a Reforma Administrativa do Estado brasileiro que fora promovida em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, objetivava modernizar sua gestão com a proposta da adoção de um modelo gerencial de gestão por objetivos, com o estabelecimento de estratégias para a modernização da administração pública.

O situar do Terceiro Setor se dá entre o campo estatal e o campo empresarial e seus entes situam-se entre os privados – não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro, prestando serviços em áreas de relevante interesse social e também público.¹²⁶

De acordo com Laura Mendes Amando de Barros, o fundamento jurídico do terceiro setor surge da conjugação do princípio fundamental da solidariedade com o princípio da fraternidade, destacando que:

É da conjugação entre ambos os princípios que surge o fundamento jurídico para o Terceiro Setor – o qual, vale registrar, somente foi reconhecido recentemente – fato que não exclui a existência muito anterior de suas bases e elementos fundamentais. O que lhe faltava era uma organização, uma sistematização – até porque a sua importância e o seu impacto sofreram um salto a partir da falência – ou do repensar – do Estado Providência. Realmente,

¹²⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

foi quando o Estado reconheceu a sua incapacidade – e ineficiência – em cuidar de todas, ou de grande parte das necessidades de seus cidadãos, criando-se uma premente necessidade de mobilização e aproximação entre iniciativa pública e privada, que a noção passou a exigir um tratamento específico mais cuidadoso e detalhado. Nesse sentido, o Terceiro Setor acabou por surgir e se organizar como uma consequência natural e inevitável das mudanças sociais, políticas e jurídicas, além da evolução do conceito de Estado e suas atribuições ao longo dos anos.¹²⁷

Conforme se pode depreender, justamente a ausência de atuação do Estado nas áreas sociais fez com que o setor privado passasse a se organizar de forma a suprir tais carências. Neste cenário, o termo *third sector* foi utilizado pela primeira vez por estudiosos americanos na década de 70 do século XX.

4.2 - PUBLICIZAÇÃO E SETOR PÚBLICO NÃO-ESTATAL

Como destacado no Capítulo I, a Reforma Administrativa do Estado brasileiro que fora promovida em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, objetivava modernizar sua gestão com a proposta da adoção de um modelo gerencial de gestão por objetivos, com o estabelecimento de estratégias para a modernização da administração pública.

Vimos que o fundamento desta reforma de acordo com o MARE era a busca de uma administração pública mais eficiente, voltada para a maior qualidade no atendimento ao cliente-cidadão via controle social, otimização dos recursos, ênfase nos resultados, maior governança e governabilidade.

A redefinição do papel do Estado também foi objeto de análise, onde fora destacado o repasse a terceiros da responsabilidade direta da prestação de bens e serviços, e, em contrapartida, fortalecendo seu papel como promotor, regulador e fiscalizador da prestação dos serviços.

Como estratégia em pauta, a aprovação do Programa Nacional de Publicização por meio da Lei nº 9.637/98 (Lei das OS – Organizações Sociais, resultado do projeto de

¹²⁷ BARROS, Laura Mendes Amando de. Associativismo, terceiro setor e a dimensão político-democrática da solidariedade. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, ano 4, n, 8, p.35. Belo Horizonte, Fórum, jul. – dez. 2010.

conversão da Medida Provisória 1,648) de setores que eram reconhecidamente não exclusivos do Estado, porém estratégicos, que poderiam adotar o modelo da gestão gerencial.

Temos como pressupostos de alicerce desta nova lei a construção da nação pela sociedade, cuja evolução não pode prescindir da cooperação entre governos, cidadãos e organizações não governamentais, bem como que o controle deverá ser exercido sobre os resultados, onde os méritos e vantagens do modelo das OS surgem através de sua capacidade de fazerem mais e melhor em suas áreas de atuação do que os organismos estatais.

No Brasil, a criação das Organizações Sociais foi uma iniciativa do Governo Fernando Henrique Cardoso, ocasião em que surgiu a intitulada “Lei das OS”, cujo modelo foi elaborado sob a liderança do economista Luiz Carlos Bresser Pereira, com um campo de ação abrangendo as áreas da educação, saúde e cultura, áreas estas em que são mais intensificadas as demandas sociais, podendo ser aplicadas também em setores estratégicos como as atividades de pesquisas científica e desenvolvimento tecnológico, contemplando, ainda, a área emergente da preservação ambiental, como pré-requisito da sustentabilidade da vida humana para o futuro.¹²⁸

Como vimos ao longo ao início do trabalho, Luiz Carlos Bresser Pereira assumiu o cargo de Ministro da Administração e Reforma do Estado, sendo o responsável pelo desenho de uma série de reformas dentro do aparelho do Estado, que partiram do diagnóstico do que precisava ser remodelado.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha

Não há como negar que a criação da Organização Social foi um dos frutos produzidos pela Reforma do Estado, iniciada pelo Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique, marcada por fortes traços do neoliberalismo e que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

¹²⁸ NAVES, Rubens (Coord.). Organizações Sociais – a Construção do Modelo. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.19-20.

Os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado são financeiros, jurídicos e políticos, e partem da premissa, não comprovada por nenhuma experiência histórica recente, de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais.¹²⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as organizações sociais representam uma qualificação atribuída a uma pessoa jurídica preexistente, qualificação esta que permitirá a realização de parcerias com a Administração Pública, conforme transcrição abaixo:

Organização social é qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.¹³⁰

Deste modo, as organizações sociais são pessoas privadas que integram o Terceiro Setor e que se habilitam a receber fomento do Poder Público para o exercício de atividades de interesse público não exclusivas de Estado que sejam afetas às áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou a preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 9.637/98, atuando o Estado como um agente fomentador porque tais serviços de relevância pública são deficitários, seja pelo fato de não serem passíveis de serem explorados com intuito de lucro, seja porque envolvem necessidade sociais básicas cujo acesso deve ser garantido, de forma gratuita à população.¹³¹

4.3 - ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A PARCERIA POR CONTRATO DE GESTÃO

Como anteriormente analisado, as Organizações Sociais são pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa dos particulares, para o desempenho de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme regramento contido na Lei 9.637/98, tendo como seu instrumento jurídico de vinculação o

¹²⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 496

¹³¹ PARECER. Consulta sobre contrato de gestão com organização social. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 10, n. 20, p. 93, jul/dez.2016.

chamado contrato de gestão, o qual permite a formação de parceria para fomento e execução de serviços sociais não exclusivos do Estado.

Com a finalidade de questionar a legalidade dos dispositivos da Lei das OS's foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto e redação do acórdão do Ministro Luiz Fux, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em 01 de dezembro de 1998, com pedido de declaração de nulidade integral da Lei Federal nº 9.637/98 que, em julgamento datado de 16 de abril de 2015, declarou parcialmente procedente o pedido, definindo como constitucionais as prestações de serviços públicos não exclusivos que sejam realizados pelas organizações sociais por meio de parceria com o poder público, desde que conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com obediência aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Ao delimitar a natureza jurídica do contrato de gestão, o Supremo Tribunal Federal também delimitou tratamento equivalente ao influxo dos princípios constitucionais da Administração Pública, foi emprestado pela orientação majoritária da Corte ao contrato de gestão, sendo este conceituado como espécie de convênio, e, por isso, segundo o voto condutor, não atrai o dever constitucional de licitar, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade na ausência do procedimento para celebrar o contrato de gestão.

Exemplificando O Contrato de Gestão 01/2017 foi celebrado entre o Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Cultura, e o Instituto POIESIS – Instituto de Apoio à Cultura, à Língua e à Literatura (Antiga Associação de Amigos da Casa das Rosas), sendo qualificado como uma Organização Social de Cultura para a gestão da Casa das Rosas, da Casa Guilherme de Almeida e da Casa Mário de Andrade, foi firmado em 01 de julho de 2017, e seu prazo de vigência se dará até 30/06/2022, podendo ser prorrogado de comum acordo entre as partes, nos termos da legislação aplicável, depois de atestado o bom desempenho na execução do contrato em curso.

A finalidade acadêmica da análise do instrumento celebrado é a identificação dos elementos teóricos debatidos ao longo do trabalho, com a finalidade de amparar o

estudo material com um exemplo prático e de presenciar a instrumentalidade do modelo gerencial, da formatação da gestão por resultados através de uma organização social.

Identifica-se nesta análise que os aspectos de controle (acompanhamento e fiscalização) por resultados em suas cláusulas contratuais estão formalmente previstos, seguindo a previsão legal. Para o presente trabalho, em virtude do tamanho dos anexos que compõem o instrumento, a análise dos requisitos se deu apenas na minuta contratual, no termo de reti-ratificação deste contrato, bem como em seu termo de aditamento que segue um adequado padrão contendo em seus termos o estabelecimento do seu objeto, as obrigações e responsabilidades da contratada, as obrigações da contratante, a formatação de avaliação e acompanhamento do contrato, o seu prazo de vigência, o sistema de repasse de recursos financeiros, as condições de pagamento, as cláusulas de alteração contratual e encerramento contratual, a formatação da cláusula de rescisão, a fixação das penalidades, dos critérios de publicação e a fixação de foro para dirimir controvérsias.

O contrato prevê cláusula (Cláusula Quarta) de acompanhamento e fiscalização, empregando método de verificação e fiscalização periódica (elementos de gestão) do cumprimento quantitativo e qualitativo das ações, metas e obrigações. Também há previsão da elaboração de pareceres periódicos e anuais referentes à: (i) realizações alcançadas; (ii) objetivos atingidos; (iii) qualidade e eficiência da execução contratual; (iv) relação de custos e benefícios dos resultados alcançados. Ainda haverá o monitoramento por autoridade gestora. No instrumento firmado também há previsão de cláusula de avaliação de resultados.

Como prazo de vigência temos o prazo inicial de 05 (cinco) anos, podendo ser prorrogado pelas partes, havendo ainda a possibilidade de aditamento, alteração parcial e total, mediante prévia justificativa com declaração de interesse das partes.

Deste modo, verifica-se pela análise do instrumento firmado que estamos diante do modelo típico de contratação por gestão com ente público, prevendo o instrumento a formatação adequada dentro do modelo fixado para a gestão em contratações com organizações sociais.

4.4 – O CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – UMA VISÃO COM BASE NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1923/DF

Com a finalidade de questionar a legalidade dos dispositivos da Lei das OS's foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 1.923/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto e redação do acórdão do Ministro Luiz Fux, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em 01 de dezembro de 1998, com pedido de declaração de nulidade integral da Lei Federal n° 9.637/98 que, em julgamento datado de 16 de abril de 2015, declarou parcialmente procedente o pedido, definindo como constitucionais as prestações de serviços públicos não exclusivos que sejam realizados pelas organizações sociais por meio de parceria com o poder público, desde que conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com obediência aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A ADI n° 1.923/DF foi proposta em um contexto de disputa política e ideológica, expressando com fidelidade a resistência da doutrina tradicional ao modelo dito colaborativo das organizações sociais, que foi considerado por muitos autores como fórmula de privatização, fraude à organização administrativa e expressão acabada de neoliberalismo.

Ao delimitar a natureza jurídica do contrato de gestão, o Supremo Tribunal Federal também delimitou tratamento equivalente ao influxo dos princípios constitucionais da Administração Pública, foi emprestado pela orientação majoritária da Corte ao contrato de gestão, sendo este conceituado como espécie de convênio, e, por isso, segundo o voto condutor, não atrai o dever constitucional de licitar, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade na ausência do procedimento para celebrar o contrato de gestão.

CONCLUSÕES

Ao tratarmos de reformas, devemos ter em mente que todas elas trazem em si mudanças de estruturas e padrões que trarão reflexos nos aspectos de estruturação, organização e funcionamento do que se pretende modificar.

Com base neste pressuposto, nas reformas administrativas as mudanças devem alterar de modo substancial a forma e o funcionamento do aparelho do Estado, apresentando uma mudança institucional, um longo processo de implementação composto por diretrizes de avanços e retrocessos que acabam não se confundindo com meras mudanças ou aperfeiçoamentos na gestão, que são movimentos do cotidiano.

Fora visto que no final da década de 70 a reforma do Estado passa a ser uma demanda global e o consenso sobre o papel do Estado passa a ser revisto, pois fatores socioeconômicos passam a contribuir para o início da crise do Estado contemporâneo que pôs fim a um áureo período de amplo consenso social sobre o papel do Estado como garantidor da prosperidade econômica e do bem-estar social, o chamado *Welfare State*, que tinha por objetivo principal a produção de políticas públicas na área social com educação, saúde, previdência social, dentre outras, para a garantia das necessidades básicas da população.

Vimos que os fatores de crise perduraram pela década de 70, onde destacamos como sendo o primeiro fator a crise econômica mundial, iniciada em 1973 durante a primeira crise do petróleo e retomada com mais força em 1979, na segunda crise do petróleo. A economia mundial enfrentou um grande período de recessão ao longo dos anos 80, onde a escassez afetou o Estado que acaba ingressando em uma grave crise fiscal.

Esta crise fiscal foi o segundo fator de enfraquecimento dos antigos modelos de alicerce do Estado, com revoltas de contribuintes contra a cobrança de tributos que não eram revertidos em melhorias dos serviços públicos.

O cenário de instalação de uma crise econômica de dimensão mundial, em conjunto com uma crise fiscal, a governabilidade em risco foi o terceiro fator que levou à

crise do Estado contemporâneo. Vimos que os governos não tinham mais aptidão para a resolução de problemas, estando sobrecarregados de atividades acumuladas ao longo do pós-guerra e sem os recursos para assumir todos os compromissos, ao passo que os usuários dos serviços públicos, por sua vez, não queriam se desfazer de suas conquistas sociais.

No campo internacional, o debate travado dava o modelo burocrático weberiano como derrotado pela crise ao não responder mais às demandas da sociedade contemporânea, eis que o modelo burocrático tradicional estava cada vez mais voltado para si mesmo e caminhando no sentido contrário aos anseios dos cidadãos. Estes aspectos levaram o modelo gerencial a ocupar uma lacuna teórica e prática, utilizando as tendências presentes na opinião pública, tais como o controle dos gastos públicos e a demanda pelas melhorias na qualidade dos serviços públicos.

Outro fator que de implicação na lógica do setor produtivo visto neste trabalho foi o efeito da globalização e das transformações tecnológicas. Neste cenário, governos passam a terem menos recursos e mais débitos, passando os cortes de custos a serem a prioridade, ocasião em que foram verificados os cenários de redução de custos com pessoal e a necessidade da eficiência governamental.

No Brasil, para criar condições de reconstrução da Administração Pública em bases modernas e racionais, o governo federal determinou ao Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) a elaboração de um plano diretor para a definição de objetivos e estabelecimento de diretrizes para a reforma da administração pública brasileira em meados nos anos 90, como forma de resposta para a superação da crise surge a ideia da reforma ou reconstrução do Estado, de forma a resgatar sua autonomia financeira.

Com a finalidade da reconstrução do Estado, há a implantação do movimento denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (PDRAE), que teve na figura do Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração e Reforma do Estado, a posição de mentor no processo de elaboração

Neste passo, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) trouxe nos anseios da alteração do modelo burocrático o emprego do contrato de gestão como uma forma de ampliação da autonomia gerencial da Administração Pública, nos moldes fixados pelo § 8º do artigo 37 da Constituição Federal e com fundamentos no modelo francês da contratualização não encontrou no ordenamento pátrio o fundamento de validade para sua utilização.

O Plano Diretor buscava criar condições para a reconstrução da administração pública em bases gerenciais, deixando de lado a administração pública formal fundada nos princípios racional-burocráticos que serviram de base para afastar a aplicação dos princípios patrimonialistas, clientelistas e nepotistas. Este plano de reformas buscou afastar a lentidão e a ineficiência, pois pautava-se em padrões hierárquicos concentrados apenas no controle dos processos e não em seus resultados.

Surge com estes cenários de crise a instituição de uma disputa conceitual entre modelos de administração, patrimonialista, burocrática e gerencial. Para os apoiadores do modelo gerencial de administração o defeito principal do modelo burocrático é a ineficiência, mesmo se considerando uma série de mudanças positivas presentes no modelo. Já características positivas do modelo burocrático, a administração pública gerencial conservou a admissão meritocrática, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho e treinamento sistemático.

Por sua vez, a administração pública gerencial adotou como premissas: (i) a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (ii) a garantia da autonomia do administrador na gestão de recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados e (iii) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, introduziu em nosso ordenamento jurídico uma série de implementações para uma Reforma Administrativa, com a finalidade de promover uma reestruturação da Administração Pública, bem como de promover um ajuste de gastos do funcionalismo público.

A Emenda Constitucional n° 19, de 1998, também implementou a figura do contrato de gestão, que passou a ter um arquétipo constitucional, modelado para ter uma formatação contratual, e apto para disciplinar as relações de coordenação entre órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública, sendo alocada estas diretrizes no parágrafo 8°, do artigo 37 da Constituição Federal.

O parágrafo 8°, do artigo 37 da Constituição Federal passou a disciplinar que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre (i) o prazo de duração do contrato; (ii) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e (iii) remuneração do pessoal.

Neste cenário, a eficiência passou a ser a tônica para uma formatação de atuação administrativa. Neste ponto cabe traçarmos uma análise crítica, a pretensão da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta através de contrato a ser firmado entre administradores e o Poder Público. A razão da crítica se dá em decorrência de ser juridicamente inviável a ampliação de uma autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração Pública por meio de contrato, já que este é um instituto concreto e infralegal.

O Governo Federal destacava como sendo um objetivo da reforma tornar mais eficientes as atividades exclusivas do Estado, através das transformações das autarquias em agências autônomas e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais, competitivos ou transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial, as chamadas “organizações sociais” elegendo o contrato de gestão como o instrumento para a viabilização do projeto.

Neste plano, a figura do contrato de gestão passou a ser utilizada com a finalidade de viabilizar o desenvolvimento de uma capacidade gerencial e de aumentar a produtividade, como um elemento facilitador de demonstração da eficiência.

O fato teve como pretensão a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta através de contrato, firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, onde caberia à lei dispor sobre (i) prazo de duração do contrato; (ii) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e (iii) remuneração de pessoal.

O modelo francês dos contratos de programa é empregado desde a década de sessenta como um meio de incentivar o desempenho das empresas estatais com o emprego da ampliação de sua autonomia de gestão, subordinada ao cumprimento de metas pré-definidas.

No Brasil, o modelo Constitucional do contrato de gestão implementado por meio da Emenda Constitucional nº19/98, acrescentou o §8º ao artigo 37 da Constituição Federal em uma busca mal sucedida de implementar a gestão contratual com autonomia gerencial, o qual não foi regulamentado em virtude do ordenamento possuir exigências de controle rigorosas de controle, dispostas na Constituição Federal, as quais deve buscar seu fundamento de validade dentro do escalonamento hierárquico.

Embora tenha ocorrido a implantação constitucional do contrato de gestão, o modelo não era uma novidade em nosso ordenamento, sendo veiculado, principalmente e com êxito por meio da Lei nº 9.637/98 - Lei das Organizações Sociais – onde o modelo é referência no cenário do Terceiro Setor, ocasião em que destacamos serem modelos distintos, um constitucional, sem emprego e violador dos preceitos do ordenamento; outro legal e de grande emprego na gestão estratégica de projetos, como os de cultura analisados no trabalho, cuja natureza é de convênio.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Cadernos ENAP n. 10, Brasília: ENAP, 1997.
- ARANTES, Rogério Bastos; Arantes, Rogério B.; COUTO, Cláudio Gonçalves ; LOUREIRO, Maria Rita ; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho . Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: Fernando Luiz Abrucio; Regina Silvia Viotto Monteiro Pacheco; Maria Rita Loureiro. (Org.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- BARROS, Laura Mendes Amando de. *Participação democrática e fomento nos conselhos deliberativos: o exemplo paradigmático da infância e adolescência*. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26.ed. – São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001 a (em coautoria).
- _____. *Parcerias na administração pública*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 11^a ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo: Transformações e Tendências*. Organização: Thiago Marrara. 1^a. ed. São Paulo: Almedina.2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11^a. ed., São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Direito Administrativo em Evolução*. RT, 2007.
- _____. *O Controle da Administração Pública*. 2^a. ed, São Paulo: RT, 2012.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MOREIRA, Vital. *Organização Administrativa*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Direito Administrativo*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial: *case* jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. *Contrato de Gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- PETIAN, Angélica. *Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito*. São Paulo: Malheiros. 2011.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19º. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo. Malheiros, 2012.
- _____. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª. ed. 3ª. tiragem. São Paulo: Malheiros: 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Tradução de José Artur Giannotti. São Paulo: Nacional, 1968.