
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA ORGANIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

*Luiz Alberto dos Santos**

Introdução

A atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é fruto de um longo processo, iniciado com a independência do país, em 1822, e que teve importantes precedentes, no que se refere às normas voltadas a direcionar a organização do Estado e sua administração pública.

Marcos importantes foram a Constituição de 1937, outorgada pela ditadura do Estado Novo, de caráter centralizante, mas modernizador; a Constituição de 1946, fruto da transição para a democracia no Pós-Guerra, e a Constituição de 1967, emanada também em período autoritário. Em cada etapa, constata-se a preocupação do legislador constituinte em ampliar o caráter constitucional das normas relativas à Administração Pública e ao Serviço Público.

No entanto, a Carta de 1988, a “Constituição Cidadã”, destaca-se por ser o resultado do processo de reconstrução da democracia no País, diretamente influenciada pelo clima político então vigente, e por refletir, na sua concepção, o fruto de um aprendizado histórico importante, que diversos analistas consideram ser o caráter “burocratizante” da Carta de 1988, “excessivamente enrijecedor” da gestão estatal, mas que se justifica pela necessidade de erradicar problemas como corrupção, clientelismo, empreguismo e outras formas de patrimonialismo e fisiologismo da prática diária da Administração Pública Brasileira. Apesar das boas intenções dos constituintes e da intenção de dar início a um processo de reestruturação do Estado e de sua Administração, trata-se de marcas presentes na cultura política brasileira desde a República Velha, e cuja superação requer mais do que normas constitucionais.

Assim, o velho e o novo convivem na Administração Pública brasileira. Ao passo em que se constrói um Estado moderno e democrático, com normas constitucionais e leis

* **LUIZ ALBERTO DOS SANTOS** é Bacharel em Direito e Comunicação Social, Mestre em Administração e Doutor em Ciências Sociais. É Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Administração Pública e Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

ajustadas a esses conceitos, tem-se, também, uma prática em muitos momentos derivada de uma cultura que é incompatível com esse Estado moderno e democrático, e por meio da qual se buscam novas formas de tornar possível aos dirigentes fazer “sua” a coisa pública, quando não ignorando a Constituição, que ainda carece de regulamentação em muitos de seus artigos, muitas vezes alterando-a, ou aprovando leis com ela incompatíveis.

A Constituição Federal é classificada como analítica, do tipo rígido. É uma constituição extensa, detalhista até, e cujo processo de mudança requer a aprovação de três quintos de seus membros, em dois turnos de votação, nas duas Casas do Congresso Nacional. Para aprovar uma emenda à Constituição, portanto, é necessário um sólido consenso em relação ao seu conteúdo. Ademais, algumas cláusulas não podem sequer ser emendadas – são as chamadas “cláusulas pétreas” da Carta Magna¹.

Ainda assim, os dispositivos constitucionais aplicáveis à Administração Pública no Brasil sofreram profundas modificações, desde a promulgação da Carta. Foram aprovadas, desde 1988, 56 Emendas Constitucionais e 6 Emendas Constitucionais de Revisão², totalizando mais de 200 dispositivos alterados, alguns deles mais de uma vez. Inúmeras propostas tramitam nas duas Casas do Congresso e, em muitos casos, seu escopo não é o de aperfeiçoar os princípios da Carta Magna, torná-los exequíveis ou superar lacunas, mas, pelo contrário, remover do ordenamento constitucional “empecilhos” às velhas práticas patrimonialistas. Mas há, também, proposições importantes, visando fortalecer o caráter democrático da Carta de 1988.

Relevo especial deve ser dado às Emendas Constitucionais nº 18, 19, 20, 41 e 47, que incorporaram importantes modificações nas regras aplicáveis aos servidores públicos e militares, notadamente em relação ao seu estatuto jurídico e direitos previdenciários, e à Administração Pública em geral. Tais modificações resultaram de um amplo debate nacional sobre a adequação da Constituição à realidade do País e do mundo, mas, também, da tentativa de adoção da busca de meios para a redução de despesas na Administração Pública – especialmente no tocante ao gasto com pessoal e benefícios previdenciários – e de implantação de novas concepções de Administração Pública, não unanimemente aceitas como adequadas à realidade brasileira ou mesmo às suas necessidades, mas que, no curso político

¹ Nos termos do art. 60, § 4º, não serão objeto de deliberação as propostas de emenda à Constituição tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

² Trata-se das Emendas aprovadas durante o processo de revisão constitucional ocorrido em 1993, única oportunidade prevista pela própria Constituição, nas suas disposições transitórias, de alteração em seu texto com requisito de aprovação das propostas por maioria simples dos Congressistas.

de sua apreciação, obtiveram a hegemonia necessária à sua incorporação ao texto constitucional – embora dependam, em grande parte, de legislação complementar para sua implementação.

Em face de suas múltiplas interfaces com o processo de Reforma do Aparelho do Estado no Brasil, merece abordagem especial a Emenda Constitucional nº 19/98, oriunda da PEC nº 173/95, enviada ao Congresso em agosto de 1995 e promulgada em junho de 1998, após 34 meses de tramitação entre a Câmara e o Senado.

Introduzindo mais de 100 modificações em dispositivos constitucionais relacionados ao regime e princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes públicos, controle de despesas e finanças públicas, a EC nº 19 destaca-se entre as iniciativas adotadas pelo Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), não apenas pela sua centralidade no debate, mas pela forma como, ao final, acabou por ser aprovada. Além da utilização ostensiva, como foi amplamente noticiado pela imprensa, de expedientes que vão desde o aliciamento dos parlamentares contrários até a própria fraude no resultado final da votação, promovida com o auxílio do “rolo compressor” no Congresso, denunciados perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310³, o Governo FHC valeu-se de alianças com governadores estaduais, envolvendo interesses na renegociação das dívidas dos estados com a União que permitiram obter os apoios necessários ao atingimento da maioria exigida pela Constituição Federal para a aprovação de emendas constitucionais. Apesar de importantes avanços, a EC nº 19/98 não concretizou a promessa de uma “reforma administrativa” capaz de tornar, como estabelece a nova redação dada ao *caput* do art. 37, mais “eficiente” a atuação do Estado brasileiro.

Passados dez anos de sua vigência, os efeitos da Emenda Constitucional nº 19/98 são de múltiplas ordens, envolvendo tanto a esfera da Administração Federal quanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Do conjunto de modificações introduzidas no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/98, destacam-se algumas que, auto-aplicáveis ou cuja aplicabilidade depende de normas infraconstitucionais, produzirão consequências de grande impacto para a organização da administração pública brasileira.

³ Questiona essa Ação Direta a irregularidade do texto submetido a votos em segundo turno da Proposta de Emenda Constitucional nº 173, convertida na EC 19/98. Defendem os Partidos Políticos signatários, entre outros pontos, que foi desrespeitado o resultado da votação em primeiro turno, quando foi rejeitada a modificação proposta ao *caput* do art. 39 da Constituição. Em agosto de 2007, o STF concedeu liminar na ADIN por oito votos a três, suspendendo a eficácia da alteração promovida ao *caput* do art. 39 e restabelecendo a obrigatoriedade do regime jurídico único na Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

O presente artigo visa a dar um panorama geral do atual quadro constitucional brasileiro, no que se refere às normas aplicáveis à organização da Administração Pública, possibilitando não apenas a contextualização dessas normas, mas também a compreensão da sua relevância para a construção de uma Administração Pública transparente, eficaz, efetiva e eficiente, objetivos que devem ser buscados por quaisquer governos, notadamente nos dias de hoje, em que a retórica anti-Estado é ainda forte e encontra eco não apenas em debates acadêmicos, como também nos meios de comunicação e no ambiente político.

1. Administração Pública na Constituição Federal do Brasil – Aspectos Principais

No que se refere aos princípios e direitos constitucionais aplicáveis à Administração Pública, torna-se necessário discorrer, brevemente, sobre o seu conteúdo, evolução e origens, para que se possa ter uma visão mais ampla do seu estágio atual, derivado, em grande parte, de mudanças aprovadas pelo Congresso Nacional a partir de 1998, ano em que a Carta Magna completou dez anos de sua vigência. Passados dez anos dessas modificações, porém, em grande parte não foram implementadas ou regulamentadas, repetindo-se, em relação às mesmas, o que já ocorrera com o texto original da Constituição: sua não efetivação no plano material.

A Constituição de 1988 é considerada, pela maioria dos especialistas em Direito Administrativo brasileiros, como superior a todas as Cartas que a precederam, embora sejam apontadas deficiências no que se refere, especialmente, a conceitos básicos de direito administrativo. Crítica recorrente é a forma pouco cuidadosa com que o constituinte originário adotou conceitos e definições, muitas vezes de forma incoerente, o que leva o intérprete a promover razoável esforço de interpretação que permita harmonizar os diferentes dispositivos. Não é por menos que mais de 4.100 Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas junto ao Supremo Tribunal Federal até agosto de 2008. Dessas, boa parte são contra dispositivos de leis federais, estaduais ou municipais que envolvem matéria de direito administrativo, e das quais cerca de 66% foram julgadas em definitivo, com um total de cerca de 820 ações julgadas procedentes no todo ou em parte. Somadas as liminares deferidas total ou parcialmente, o total de ações julgadas procedentes atinge cerca de 1.040, o que indica o elevado número de leis consideradas inconstitucionais pela mais alta Corte do País⁴. Mais do que indicar a chamada “judicialização” da política, esse dado pode ser visto como um indicador do baixo grau de consistência das leis infraconstitucionais com o sentido da Lei Maior, e até mesmo uma certa insurreição dos legisladores ordinários contra a letra da Carta

Magna, tamanha é a recorrência de decisões sobre temas como provimento derivado, vício de iniciativa em matéria de competência privativa do Executivo e outras.

Todavia, os méritos da atual Constituição superam suas deficiências formais. A começar pela sua sistematização: os preceitos relativos aos servidores públicos estão agora localizados dentro do capítulo que cuida da administração pública, o qual, por sua vez, se insere no título que trata da organização do Estado, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios Federais e os Municípios. Em segundo lugar, pela sua amplitude: o art. 37, que abre o capítulo, se refere à administração pública direta e indireta, de todos os ramos do poder e de todas as esferas de governo. Finalmente, a CF 88 estabeleceu diretrizes e fixou várias regras atinentes ao pessoal da administração direta, indireta e fundacional dos três Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, sobretudo nos art. 37 e 38, 39 e 41. Pela primeira vez um texto constitucional referiu-se à necessidade de uma reforma administrativa, a ser implementada em dezoito meses da sua vigência, compatibilizando os quadros de pessoal “ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente” (art. 24 do ADCT) – o que, todavia, não ocorreu.

O grau de detalhamento no texto constitucional e a coerência dos dispositivos têm sido considerados pela maioria dos especialistas em direito administrativo como suficiente para assegurar um *salto qualitativo* no que toca à administração pública e contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública em nosso país, pelo menos no que se refere à sua organização e à inibição da corrupção e melhoria da transparência e eficiência. Neste tópico, pretendemos demonstrar a orientação geral do texto constitucional para o alcance desses propósitos.

1.1 Organização Estatal no Brasil: formas jurídicas e sua aplicabilidade

A organização estatal é, sem dúvida, um dos temas mais complexos da ciência administrativa. Quer pela sua extensão, quer pela diferenciação de suas funções e responsabilidades, exige tratamento específico no campo da teoria das organizações. Não se pode pensar na organização estatal como uma organização em sentido lato, mas como uma espécie diferenciada, resultante de uma evolução própria, que guarda relações também com os campos político e jurídico. O Estado, ao estruturar-se, o faz com o fito de exercer atividades jurídicas, administrativas e sociais, aplicando a lei, exercendo sua soberania, administrando meios para atingir fins legalmente pré-determinados e prestando serviços públicos. *Administração pública*, assim, assume um sentido subjetivo, formal ou orgânico, que

⁴ Fonte: Migalhas, 25 de junho de 2008. Disponível em:

compreende as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer as suas funções, e um sentido objetivo, material e funcional, que compreende a natureza da atividade exercida pela sua forma organizacional (PIETRO, 1997a, p. 49).

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, partindo da evolução doutrinária e legislativa infraconstitucional, classifica a administração pública em administração direta e indireta, ou ainda em administração direta, indireta e fundacional. Para atingir seus fins, administração pública opera por meios diretos e indiretos. *Diretamente* quando exerce, por meios diretos, as suas competências e *indiretamente* quando, para tanto, constitui pessoas jurídicas independentes, vinculadas ao Estado e dotadas de parcela de suas prerrogativas. A administração, ao operar pela via indireta, pode constituir pessoas jurídicas de direito público ou privado.

O surgimento da administração indireta está historicamente vinculado ao princípio da especialização e à noção de descentralização administrativa, que se opera quando as competências são transferidas de uma para outra pessoa jurídica, ou seja, do seio da administração direta para entidades com personalidade jurídica própria, àquela vinculadas, geralmente com o propósito de conferir a essas entidades condições de atuação que lhes permitam atuar com mais agilidade e obter melhores resultados. Sobre o processo de *descentralização* na prestação dos serviços públicos ressalta Diógenes Gasparini (1995, p. 221-222):

Diz-se que a prestação ou a execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade, sobre integrar o aparelho administrativo do Estado, é realizada por meio dos órgãos que o compõem, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. O serviço vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último, sem passar por interposta pessoa. (...) Nessa modalidade de execução a Administração Pública é, a um só tempo, a titular e a executora do serviço público. Este, em tal hipótese, permanece integrado em sua estrutura. É o que comumente se chama de **administração direta**. (...)

Fala-se que a prestação dos serviços públicos é descentralizada na medida em que a atividade administrativa (titularidade e execução), ou a sua mera execução é atribuída a uma outra entidade, distinta da Administração Pública, para que a realize. (...) É a administração indireta.

Nas palavras de Pietro (1992, p. 259) há descentralização “quando o poder público destaca – um serviço público que lhe é próprio – para transferi-lo (...) a outra entidade, com personalidade jurídica própria”. Fala-se aqui de devolução de poderes tal como existente no direito português, processo técnico de descongestionamento das atividades do governo: a lei devolve poderes que, em princípio, seriam do Estado, a pessoas coletivas que os exerçam

através dos órgãos próprios, sobre os quais apenas estabelecerá uma ação tutelar, tendente à coordenação desses institutos com as outras atividades públicas (CAETANO, 1991)⁵.

A *descentralização administrativa* ocorre, assim, para dar aos órgãos e entidades criados pelo Estado, dotados de atribuições específicas, a correspondente capacidade de auto-administração necessária ao seu exercício. Não se confere a essas entidades, portanto, *autonomia*, em sentido amplo, mas mera capacidade de auto-administração, posto que permanecem sujeitas às normas e leis emanadas do órgão que as instituiu.

Além dessas hipóteses, admite-se também a *descentralização por colaboração*, assim definida pela doutrina (PIETRO, 1997, p. 35):

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de **contrato** ou **ato administrativo unilateral**, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a **titularidade** do serviço.

A definição comporta, portanto, a preexistência, ou a existência autônoma, de uma entidade privada que passa a executar serviço público por meio de contrato com o Poder Público, ou mediante permissão outorgada unilateralmente. Essa entidade privada é criada por particulares – e não pela Lei – mas o serviço executado permanece sob a tutela do Poder Público. Trata-se de situação análoga à que ocorre quando o Poder Público transfere a execução ou exploração de serviços mediante concessão ou permissão, casos em que o Poder Público atribui ao ente descentralizado, que atua sem as amarras do regime público, a execução do serviço público descentralizado mediante contrato ou ato administrativo unilateral, por meio do qual impõe regras de direito público à entidade concessionária ou permissionária, no intuito de assegurar a continuidade, a igualdade dos usuários e a mutabilidade do serviço concedido. O capital da concessionária ou permissionária de serviço público é privado, cabendo a esse capital arcar com os riscos do empreendimento e os lucros dele advindos.

As entidades da administração indireta, criadas através de lei específica, servem ao Estado em seu processo de descentralização por serviços, técnica ou funcional, que, segundo o magistério de Pietro (1997a, p. 35), envolve:

1. reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;
2. existência de órgãos próprios, com capacidade de auto-administração exercida com certa independência em relação ao poder central;
3. patrimônio próprio, necessário à consecução de seus fins;
4. capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram sua criação;

⁵ Esses poderes, porém, são limitados. Na descentralização administrativa, as entidades que atuam em nome do Estado não criam Direito, apenas agem segundo a lei que lhes outorgou tais poderes para o desempenho de funções administrativas. Sujeitam-se, ademais, à tutela administrativa, tanto sob o aspecto formal como em relação ao mérito (BANDEIRA DE MELLO, 1968, p. 49).

5. sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria sua instituição.

Segundo essa autora, a instituição de entidades descentralizadas prende-se a razões de ordem **técnico-administrativa**, derivando do acréscimo de encargos assumidos pelo Estado prestador de serviços: o elevado número e a complexidade de atividades impede que sejam executadas a contento, se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica. Conclui que a descentralização, “além de aliviar o órgão central de certo número de atividades, ainda traz o benefício da especialização; com a criação da entidade, formar-se-á (ou deveria formar-se) um corpo técnico, especializado na execução do serviço que lhe foi confiado” (PIETRO, 1997a, p. 299-300). Da mesma forma, as entidades por elas constituídas ou controladas são qualificadas como pessoas administrativas em função de sua característica dominante, qual seja, a gestão de recursos públicos e a finalidade orientada para a satisfação do interesse público, por meio desses recursos.

Nesse sentido, refere-se o texto constitucional, conforme o magistério de Hely Lopes Meirelles (1992), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997a, 1997b, 1997c), Diógenes Gasparini (1995) e José Cretella Junior, entre outros, a tipos jurídicos preexistentes, consolidados na prática administrativa e que foram objetivados em nível constitucional com o fito de alcançar todas as possibilidades e evitar que, por meio da simples **conceituação** de novas figuras jurídicas, viesse a Administração a **esquivar-se** das regras e princípios definidos como orientadores da conduta dos agentes políticos e servidores.

Quis o constituinte ser exaustivo, redundante até, para que nenhuma dúvida houvesse quanto à completa sujeição dos entes instituídos ou mantidos pelo Poder Público aos limites e regras estabelecidos pela Constituição e ao regime jurídico administrativo dela decorrente, em decorrência dos princípios da igualdade, da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da publicidade. Acerca das condições históricas e administrativas que levaram a tal decisão, recorde-se o lúcido magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar a natureza essencial das pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração pública, e os desvios por elas praticados, antes da Carta de 1988, sob a justificativa de que, em vista do regime privado, não se sujeitavam às normas administrativas:

Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de direito privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica. Assim, o regime que a estas últimas naturalmente corresponde, ao ser transposto para empresas públicas e sociedades

de economia mista tem que sofrer – também naturalmente – significativas adaptações, em atenção a suas peculiaridades.

Se assim não fosse, e se as estatais desfrutassem da mesma liberdade que assiste ao comum das empresas privadas, haveria comprometimento de seus objetivos e funções essenciais, instaurando-se, ademais, sério risco para a lisura e o manejo de recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos. Além disso, sempre que o Poder Público atuasse por via destes sujeitos, estariam sendo postas em cheque as garantias dos administrados, descendentes da própria índole do Estado de Direito ou das disposições constitucionais que o explicitam. Com efeito, o regime de direito privado, *sic et simpliciter*, evidentemente, não impõe o conjunto de restrições instauradas precisamente em atenção aos interesses aludidos.

Em despeito dessas obviedades, durante largo tempo pretendeu-se que, ressalvadas taxativas disposições legais que lhes impusessem contenções explícitas, estariam em tudo o mais parificadas à generalidade das pessoas de direito privado. Calçadas nesta tese errônea, sociedades de economia mista e empresas públicas declaravam-se, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência (salvo vozes combativas, mas isoladas), livres do dever de licitar, razão porque os contratos para obras públicas mais vultosas eram travados ao sabor dos dirigentes de tais empresas ou mediante arremedos de licitação; recursos destas entidades passaram a ser utilizados como válvula para acobertar dispêndios que a Administração Central não tinha como legalmente efetuar, ou mesmo para custear a ostensiva propaganda governamental, mediante contratos publicitários de grande expressão econômica; a admissão de pessoal, e com salários muito superiores aos vigentes no setor público, efetuava-se com ampla liberdade, sem concursos, transformando-as em ‘cabides de emprego’ para apaniguados (...) (BANDEIRA DE MELLO, 1994, p. 90-91).

Quanto às fundações públicas, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997a, p. 306):

Houve certa insistência do constituinte em mencionar ‘a administração indireta, **inclusive as fundações**’, como se essas não fizessem parte daquela; isto se deu ou porque se conviveu, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 200/67 com um sistema em que as fundações não integravam a administração indireta, desconhecendo, o constituinte, a Lei nº 7.596, que mudou essa sistemática; ou porque se quis deixar estreme de dúvida a aplicação de certas normas constitucionais a esse tipo de entidade, precisamente pelo fato de anteriormente ela ter sido excluída; ou porque é o tipo de entidade que mais tem provocado controvérsias quanto à sua natureza jurídica.

Com efeito, para impedir que tal quadro se repetisse ou permanecesse, são inúmeras as disposições constitucionais que vieram impor limites para a gestão das instituições públicas e obrigações e deveres para os agentes públicos, dentre os quais desde logo podemos enumerar, a par dos citados arts. 22, XXVII e 37, *caput* e inciso XXI, o art. 49, inciso X, o art. 70 e os arts. 14, 34, 37, 71, 74, 165 e 169 da Carta Magna, referindo-se diretamente à administração direta e indireta, inclusive fundacional, e às sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

São esses, basicamente, os conceitos de que se apropriou o Constituinte ao inserir, no texto da Constituição Federal, a figura das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, espécies que interessam, objetivamente, a este estudo.

A essas entidades – na forma então admitida pelo direito positivo e pela prática administrativa – é que se dirigem as prescrições constitucionais que delimitam, hoje, o campo de atuação dos agentes políticos e dos administradores públicos, especialmente quando se trata de promover a revisão das formas jurídicas implementadas, em cada caso. E são essas, efetivamente, as alternativas admitidas pelo sistema constitucional e administrativo brasileiro.

1.2 Administração Direta e Indireta – Antecedentes

No Brasil, a descentralização administrativa, por serviços, funcional ou técnica, está intimamente relacionada com a utilização do conceito de “autarquia”. A criação de entidades voltadas ao exercício de atividades públicas ou empresariais assumidas pelo Estado remonta ao século passado, tendo como primeiro exemplo histórico a criação da Caixa Econômica, em 1861, cuja natureza jurídica, no entanto, não é facilmente identificável⁶. Em nível internacional, no entanto, desde fins do século passado já vinha a doutrina administrativista italiana descrevendo a existência de entes estatais descentralizados, denominadas autarquias ou “entes autônomos”.

Esse termo foi adotado, no direito administrativo brasileiro, para designar as entidades dotadas de personalidade jurídica própria e surge pela primeira vez na legislação brasileira em 1943, utilizado para definir “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei” (PIETRO, 1997a, p. 314). Envolve, assim, tanto as chamadas “autarquias geográficas ou territoriais”, destinadas ao exercício de múltiplas funções num determinado território, quanto as autarquias de serviço ou institucionais, destinadas a exercer parcelas determinadas da competência estatal.

A evolução legislativa brasileira, contudo, a exemplo de outros países, acrescentou novas formas jurídicas ao processo de descentralização, inserindo entes privados aos quais foi transferida a titularidade e a execução de serviços públicos, mas com privilégios e prerrogativas diferenciadas.

A partir da década de 1930, tem início uma fase decisiva para a configuração atual do Estado brasileiro. Segundo Marcelino (1988, p. 37-38), é a partir dessa fase que ele passa a se estruturar, notadamente na esfera do governo federal, mediante a criação de várias autarquias, sociedades de economia mista, fundações e empresas públicas voltadas à prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, tais como a Companhia Vale do Rio Doce e Petrobrás, sucedendo, em certos casos, órgãos da administração direta, como o Conselho

Nacional do Petróleo e a Comissão Nacional do Vale do Rio Doce. Mais significativa é a existência do Banco do Brasil S.A., criado originalmente em 1808 e novamente em 1833.

Progressivamente, ao longo do século passado, somaram-se a essas centenas de outras instituições⁷, tornando a separação entre administração direta e indireta, a partir da *personificação* de parcelas da competência estatal, fato comum em nossa organização administrativa, notadamente a partir da década de 1950. Mas essa tendência veio a tomar maior corpo a partir da edição do Decreto-Lei nº 200/67.

Para que esse setor descentralizado paraestatal se organizasse, tornou-se necessário desenvolver e observar conceitos para classificar as entidades em função de suas atividades específicas ou principais. A evolução legislativa – ao cabo das diversas tentativas de reforma administrativa buscadas a partir da década de 1930 em nosso país – produziu, apenas ao final da década de 1960, um instrumento que servisse a essa necessidade, cumprindo o papel de uma lei orgânica da administração pública: o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Essa norma, editada em contexto autoritário, fixou critérios mínimos que, todavia, não foram necessariamente seguidos pelos administradores públicos, produzindo-se, em consequência, gravíssimas distorções.

Esse instrumento, que significou a tentativa de introduzir uma Lei Orgânica da administração pública, conceituou a forma *autarquia* como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprio para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (art. 5º, I).

Já a *empresa pública* deveria ser restrita às entidades dotadas de “personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União⁸, criada por lei para a exploração econômica que o governo seja levado a exercer por força da contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (art. 5º, II). No que se referia às *sociedades de economia mista*, o Decreto-Lei as conceituava como entidades dotadas de “personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para a

⁶ As caixas econômicas foram configuradas, sucessivamente, como autarquias e empresas públicas, embora sua finalidade tenha sido, sempre, a exploração de atividade econômico-financeira.

⁷ Segundo Marcelino (1987:15), já na década de 1950 havia cerca de 80 entidades da administração indireta, apenas no governo federal.

⁸ Segundo o art. 5º do Decreto-Lei nº 900/69, seria admitida também, no capital de empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, além da União (ou, no caso das demais esferas, o Estado ou Município), bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, DF e Municípios, desde que a maioria do capital votante permanecesse sob controle da administração direta.

exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta” (art. 5º, III)⁹.

Posteriormente, além das empresas públicas e sociedades de economia mista, a administração indireta passou a incorporar, ao lado da autarquia, a figura das fundações, até então não integrantes da administração, em face da Lei nº 7.596/87, classificando-se como tal a entidade dotada de “personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes” (art. 5º, IV do DL nº 200/67, com a redação dada pela Lei nº 7.596/87).

Evidenciava-se, de pronto, o caráter orgânico do Decreto-Lei nº 200/67, que vinha instituir critérios gerais que impedissem, por exemplo, a proliferação de situações como a do Decreto nº 60.224/67, editado nove dias antes da sua entrada em vigor, e que classificava a **Embratur**, empresa pública, como detentora de **personalidade jurídica de direito público**, idiosincrasia resolvida apenas em 1990, quando essa entidade passou a ser efetivamente classificada como **autarquia**¹⁰.

A conceituação adotada pelo Decreto-Lei nº 200/67, embora tenha tido o mérito de *uniformizar* a conceituação adotada na legislação ordinária, separando as pessoas, nitidamente, em razão das espécies jurídicas de que se revestissem, é objeto de profundos questionamentos por parte de juristas como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Junior e Hely Lopes Meirelles, quer por sua incorreção técnica quer pela sua insuficiente abrangência.

Segundo Pietro (1997a, p. 303), a própria conceituação adotada pelo Decreto-Lei nº 200 se caracterizava pela deficiência técnica, uma vez que considerou integrantes da administração indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista, as que exercem ou exploram atividade econômica. Para essa autora, no entanto, as entidades que exercem atividade dessa natureza não poderiam ser consideradas como extensões

⁹ A Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, tratou das sociedades de economia mista em seu art. 235 e seguintes, prevendo, além da natureza mercantil dessas instituições, que a elas caberia “explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”, vedando expressamente, no art. 242, a sua sujeição a processo de falência.

¹⁰ Previa ainda o DL nº 200/67 regras de ajuste, determinando, no seu art. 170, que as entidades existentes deveriam ser enquadradas nas categorias por ele definidas, de modo a evitar-se, a partir daí, incoerência entre forma jurídica e funções exercidas pelas pessoas descentralizadas. E, ainda que tais conceitos somente tivessem obediência obrigatória para a Administração Federal, acabaram por ser, na prática, incorporados ao ordenamento jurídico de grande parte dos entes federativos.

descentralizadas do Estado, pois não exercem **serviço público típico**, mas atividade privada a título de intervenção no domínio econômico; não seriam, portanto, extensões *descentralizadas* do poder estatal, já que exercem funções não delegadas pelo Estado, mas próprias do setor privado, exploradas pelo Estado a título de intervenção direta no domínio econômico. Ao mesmo tempo, deixou de considerar as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, essas inequivocamente no exercício de atividades estatais descentralizadas¹¹. E mesmo a forma autárquica foi mal empregada, classificando-se como tais, impropriamente, instituições que, como as universidades federais, tinham congêneres classificadas também como fundações.

Desde então, a separação entre administração direta e indireta a partir da *personificação* de parcelas da competência estatal tornou-se comum em nossa organização administrativa, mas a opção pela instituição de tais entidades veio a tomar maior corpo ao final dos anos sessenta, quando o setor empresarial estatal apresenta um processo de grande expansão.

As diretrizes do DL nº 200/67 não foram, contudo, capazes de se sustentar no médio prazo. Desde logo, as fundações, como entidades de direito privado, foram equiparadas às empresas públicas e estiveram livres de determinados controles e normas, especialmente no tocante à gestão de pessoal. Em vista dessas *vantagens comparativas*, as fundações passaram a se multiplicar, assumindo funções que seriam típicas de autarquias e mesmo da administração direta.

Ocorreu, então, uma progressiva dissociação entre os conceitos propostos pelo Decreto-Lei nº 200/67 e as formas jurídicas adotadas pela administração, nas três esferas de governo, para atender às necessidades do Estado. Entidades diversas organizaram-se sob a forma fundacional sem que se destinassem à gestão de um patrimônio, ou sob a forma empresarial sem que se destinassem, efetivamente, à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviço público de natureza comercial ou industrial.

A proliferação de entidades de natureza autárquica, fundacional ou empresarial serviu, entre outros, à livre contratação de pessoal para a alta administração, sem concurso e sem critérios transparentes, sob a justificativa de que era necessário conceder liberdade gerencial, *emancipando* a administração indireta da direta e instituindo o “espírito gerencial privado” na administração do setor paraestatal, à medida que o novo modelo permitiria maior agilidade e

¹¹ Segundo a autora, essa incoerência somente se supera mediante a interpretação de que o termo “atividade econômica” previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67 tem conotação ampla, abrangendo a atividade de natureza privada (intervenção direta no domínio econômico) como também a de natureza pública, que se caracteriza pela atuação do Estado na prestação de serviços públicos, inclusive de natureza comercial ou industrial.

presteza ao atendimento das demandas e pressões do *estado desenvolvimentista* (MARCELINO, 1987, p. 16).

Esse diferencial passou a ser associado à apropriação patrimonialista e fisiológica dessas entidades. Voltadas ora à prestação de serviços públicos típicos, ora à satisfação de necessidades da própria administração pública, adotaram essas formas jurídicas principalmente em função das vantagens que lhe eram então inerentes, em especial a não sujeição a regras relativas ao provimento de cargos públicos e seus planos de classificação e remuneração, ao regime licitatório e às limitações orçamentárias. Seus processos de gestão passaram a se dar à revelia do interesse público que orientou a sua criação, produzindo, em muitos casos, crescente ineficiência e elevado grau de desvio de finalidade, vindo tais entidades a cumprir finalidades políticas ou clientelistas totalmente dissociadas de seus objetivos.

Com vistas à superação desse “caos”, paulatinamente as fundações, originalmente de direito privado, passaram a se confundir com as entidades autárquicas, de direito público. Ambas as entidades teriam, como ponto comum, a autonomia administrativa e a receita própria, além de recursos públicos como fontes de custeio.

A inclusão das fundações na administração indireta, a partir de 1987, e a sua aproximação, pela via legal, da forma autárquica, condicionaram a atuação dos constituintes, que adotaram, no texto constitucional, a regra da completa *paridade* entre autarquias e fundações, sujeitando-as todas às regras do regime estatutário, estabilidade, etc. Com a Constituição de 1988, as fundações passaram a confundir-se inteiramente com as autarquias, a ponto de haver o Supremo Tribunal Federal adotado entendimento segundo o qual as fundações de direito público são espécie do gênero autarquia, como esclarece o Acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 127.489-DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, **pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.**

2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias.

2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos

recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido. (DJ de 06/03/98, p. 16 – Segunda Turma)

Afastou-se, assim, a caracterização da fundação como instituição de direito privado, dissociando-se das regras aplicáveis às empresas estatais, que permaneceram – embora sujeitas à exigência de concurso público – sujeitas ao regime trabalhista no que diz respeito à gestão de pessoal e dotadas, em tese, de maior liberdade para a concessão de vantagens e fixação de salários por meio de negociação coletiva.

O processo de crescimento da administração indireta, notadamente do seu setor empresarial, atingiu seu clímax na década de 1970, quando entrou na ordem do dia o debate sobre a revisão do papel do Estado, especialmente no que se refere à atividade econômica substitutiva ao setor privado.

O crescimento do número de entidades estatais autonomizadas na administração indireta¹² foi acompanhado por uma crescente obsolescência e atraso relativo da administração direta. Segundo Martins (1985, p. 81), a racionalidade pretendida pela centralização normativa foi prejudicada pela concentração de poder, alimentada pelo *ethos* autoritário, ao passo que as ações de descentralização foram desviadas de sua intenção original, especialmente a de introduzir espírito gerencial privado na administração paraestatal. O mesmo autor, ao analisar o relacionamento entre a administração direta e suas entidades supervisionadas, conclui que

(...) parece confirmar-se nossa proposição inicial de que o Estado se apresenta como um universo em expansão: as partes que o integram passam a ter existência própria e se apresentam mais como confederadas em torno do conceito de Estado do que têm sua existência definida pela sua subordinação aos órgãos que as organizem em sistema.

Essa “feudalização” do Estado é acelerada, por paradoxal que isso possa parecer, justamente pela introdução, como prática administrativa, do instrumento moderno por excelência que é a empresa. Do ponto de vista sociológico, isso sugere a emergência, junto ao Estado burocrático, de um Estado empresarial, ou a transformação do primeiro no segundo. (MARTINS, 1985, p. 81)

Ao defrontar-se com o quadro de proliferação das entidades paraestatais instituídas ou absorvidas pelo Estado, o constituinte pretendeu estabelecer limites à expansão da

¹² Segundo Marcelino (1987, p. 18), no auge da expansão, em 1981, havia 530 entidades na administração indireta federal, entre autarquias, fundações e empresas estatais. A partir de 1981, iniciou-se uma tentativa de retomada do controle do Estado sobre as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Em 1986, eram 179 empresas do setor produtivo estatal, além de 140 entidades típicas de governo, 6 entidades previdenciárias, 20 empresas do setor financeiro, 26 concessionárias estaduais de energia e 44 empresas do

administração indireta, limitando, em especial, a exploração, pelo Estado, de atividades econômicas. Ao mesmo tempo, positivava, em nível constitucional, a classificação prevista pelo Decreto-Lei nº 200/67.

Em primeiro lugar, exigiu, no art. 37, incisos XIX e XX, da CF, que somente por lei pudesse ser constituída autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista, ou autorizada criação de suas subsidiárias. Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 173, § 1º, estabeleceu que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”, ampliando a prescrição contida, originalmente, na Carta de 1967, em seu art. 163, § 2º, e na Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 170, § 2º¹³. Por fim, o art. 175 atribui ao Poder Público a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”.

Segundo Diógenes GASPARINI (1995, p. 263), em função dessa limitação o Estado só poderá desempenhar atividades econômicas (mercantis-industriais) por intermédio, essencialmente, de empresas públicas e sociedades de economia mista e, ainda assim, nos termos e condições estabelecidas em lei.

Embora a conceituação de *serviço público*, em sentido lato, abarque quaisquer atividades desempenhadas pelo Estado, sobressai-se o fato de que – atuando como agente econômico – o Estado não está, na verdade, atuando enquanto tal, mas em substituição ao particular, devendo, portanto, equiparar-se a ele em direitos e obrigações. Já em sentido estrito, **serviço público é aquele onde a administração pública cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares** (Caio TÁCITO, *apud* Pietro, 1997a, p. 81), ou a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material desfrutável diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de direito público, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo, observados os limites constitucionais (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *apud* Pietro, 1997a, p. 81).

Assim, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível nos casos em que essa atividade revele-se de relevante interesse coletivo definido em lei ou que seja

setor mineral para exploração de direito de lavra mineral, totalizando 415 entidades que, em sua maioria, escapavam ao controle da administração federal.

¹³ A Carta de 1967 previa que “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista” reger-se-iam pelas normas aplicáveis às empresas privadas. Já a Emenda nº 1/69 excluiu dessa previsão as autarquias, preservando a subordinação ao regime privado apenas das empresas públicas e sociedades de economia mista.

necessária aos imperativos da segurança nacional (art. 173 da CF, *caput*). Desse modo, o Estado somente poderá exercer atividades econômicas quando as mesmas possam ser caracterizadas como serviços públicos *lato sensu*, ou seja, destinadas ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade ou cuja natureza seja de utilidade pública, dada a exigência de *relevante interesse coletivo* prevista no *caput* do art. 173 da CF.

Ao incorporar à Carta Magna a conceituação original do Decreto-Lei nº 200/67, pretendeu o Constituinte vedar a utilização da forma empresarial para o exercício de **atividades típicas da administração pública**, restringindo-a à prestação de serviços públicos de natureza mercantil ou industrial, essenciais ou secundários, ou caracterizáveis como atividade econômica. Em oposição, **os demais serviços públicos essenciais ou de utilidade pública, ou o exercício das prerrogativas estatais, somente poderiam ser desempenhados por meio de entidades de direito público: autarquias ou fundações públicas**. Por outro lado, não estaria vedada expressamente a constituição de autarquia para a exploração de atividade econômica.

No entanto, para que se respeite a integridade do art. 173 § 1º da Carta de 1988, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não é possível constituir-se instituição de natureza autárquica ou fundacional para o exercício de atividade econômica. A nova redação dada ao inciso II desse artigo expressa essa vedação. Para que se preserve o conceito de autarquia, há que se reservar para entidade dessa natureza a execução de serviços *tipicamente estatais*, ou seja, definidos *a priori* como competências do poder público, indelegáveis ao setor privado, pela própria Constituição Federal, Constituições Estaduais ou Leis Orgânicas.

A par dessas definições e limitações conceituais acerca da organização do aparelho estatal, constata-se que o perfil atual das entidades da administração pública indireta, quanto ao tipo organizacional adotado caso a caso, demonstra uma completa inadequação entre as formas jurídicas e as missões institucionais de tais entidades, o que desde logo justifica uma abordagem que permita superar – tal como se pretendia em 1967 – esse estado de coisas.

A EC nº 19/98 incorporou essa premissa, estabelecendo a necessidade de que, no prazo de dois anos da sua promulgação, as entidades da administração indireta tivessem seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas. O art. 37, XIX, por sua vez, sofreu mudança determinando que lei complementar defina as áreas de atuação das fundações públicas. Não obstante a norma constitucional, nenhuma entidade foi submetida à revisão de sua natureza

jurídica com base no seu mandamento. Tampouco foi editada a lei complementar referida no inciso XIX do art. 37.

Além disso, deverá ser estabelecido, por lei, estatuto jurídico específico para as empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou de prestação de serviços. Nos termos da nova redação dada ao art. 173 da Constituição, esse novo estatuto deverá, também, prever normas específicas de licitação e contratos e a regulamentação dos contratos de gestão no âmbito da administração pública, cuja lei deverá dispor sobre o prazo de duração desses contratos, sobre os controles e critérios para avaliação do cumprimento das metas e compromissos e sobre o grau de flexibilização a ser concedido para efeito de remuneração de pessoal.

A alteração ao inciso XXVII do art. 22 da CF, combinado com o art. 173, § 1º, III, estipula que lei futura estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Trata-se de previsão constitucional que inova, permitindo que lei específica estabeleça normas gerais específicas para tais empresas. No entanto, não atinge a administração direta, autárquica e fundacional, nem tampouco as empresas estatais que não explorem as atividades ali elencadas. Será fundamental, portanto, estabelecer regras transparentes que permitam diferenciar empresas estatais que explorem tais atividades, às quais se reserva estatuto jurídico e tratamento diferenciado no que toca à aplicação das regras dirigidas às empresas privadas, das demais que não o explorem.

1.3 Fundações Públicas e Fundações “Estatais”: um novo debate

No período pós-Emenda Constitucional nº 19, reavivou-se o debate sobre as fundações de direito privado ou, como querem alguns, “fundações estatais”, em decorrência da alteração promovida no art. 37, XIX, que afastou a exigência de lei específica para a criação de fundações, e equiparando-as às empresas estatais quanto ao requisito para sua criação (autorização por lei específica), cabendo a lei complementar definir as áreas de sua atuação.

Preliminarmente, verifica-se, ao examinar as concepções que sustentam esse debate, que a matéria merece um aprofundamento em sua discussão, dada a existência de enorme controvérsia sobre o conceito de fundação pública, a começar pela sua natureza jurídica. Destaque-se, em primeiro lugar, que a fundação pública é uma pessoa jurídica cujo regime, de

direito público ou privado, não está explicitado na Carta Magna. Contudo, há inúmeras menções no texto constitucional que permitem antever limites ou restrições à adoção de um regime jurídico “puro” de direito privado nessas instituições.

É necessário registrar que, primitivamente, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, equiparava as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem as suas finalidades, às empresas públicas, equiparação considerada inadequada por Borges (2004), por se tratarem de situações incomparáveis, dado o caráter altruístico e não lucrativo das fundações. Além disso, passariam a se submeter, inteiramente, ao direito privado.

Essa previsão foi revogada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969, que, assim, desvinculou as fundações da administração indireta. O Decreto-Lei previa, ainda, no art. 2º, que não seriam instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfizessem cumulativamente requisitos e condições tais como: a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação; b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total; e c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da administração federal, direta ou indireta, além dos demais requisitos estabelecidos no Código Civil pertinentes a fundações. O art. 3º explicitava não constituírem entidades da administração indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebessem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei 200/67.

Somente em 1986 o assunto voltou à baila, na forma do Decreto-Lei nº 2.229, que não apenas revogou o referido art. 3º, como deu nova redação ao art. 4º do Decreto-Lei nº 200, prevendo que as fundações instituídas em virtude de lei ou de cujos recursos participasse a União integrariam a administração indireta para efeitos de subordinação a mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira e submissão de seus cargos, empregos e funções ao Plano de Classificação de Cargos da Lei nº 5.645, de 1970, excetuadas, para tanto, as fundações universitárias e de pesquisa, ensino e atividades culturais.

Finalmente, a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, deu novo enfoque ao conceito de fundação pública, alterando o art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67, mediante a inclusão de um novo inciso IV, que define como tal

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia

administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Tal previsão legal, contudo, deve ser interpretada com cautela, pois é conceito anterior à vigência da Constituição de 1988, que introduziu um conjunto de regras aplicáveis às fundações, condicionando seu regime jurídico.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, em sua nova redação, teve eficácia limitada ao não prever a situação de “fundações públicas de direito público”, nem tampouco vedou que, mesmo sem o amparo constitucional, viessem a ser constituídas fundações regidas integralmente pelo direito público. De fato, se uma nova lei viesse a criar uma fundação pública, dando-lhe tratamento diverso, derogado estaria em relação a ela o Decreto-Lei. Por outro lado, reconhecia a existência de fundações de direito privado, que passaram, então, a integrar a administração indireta.

Face às suas características, as fundações públicas de direito público, conforme reconheceu a jurisprudência do STF, passaram a se equiparar às autarquias, inclusive porque sua constituição passou a se dar não por meio de escritura pública, como as fundações de direito privado, mas apenas por lei, configurando-se, assim, em “autarquias fundacionais”. Daí porque podemos afirmar que a fundação pública de direito público existe independentemente da definição legal contida na redação dada ao inciso IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67, que apenas se preocupou com a forma mais controvertida de fundação pública, que era a de personalidade de direito privado.

Com a vigência da Constituição de 1988, o assunto teve novo tratamento e as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, trouxeram novos problemas interpretativos. O fato, porém, é que a Carta Magna não foi adequadamente precisa no emprego da terminologia, ora referindo-se a “fundações públicas”, ora a “fundações” apenas, ora a “fundações instituídas e mantidas pelo poder público”, dando margem a controvérsias quanto à possibilidade de vários tipos de fundações. A redação original do art. 37, *caput*, empregava, ainda, a expressão “administração fundacional”, permitindo assim subentender um grupamento de entidades que teriam características comuns.

Há fortes controvérsias sobre a natureza e caracterização das fundações de direito privado. Segundo Borges (2004) “para autores como Celso Antonio Bandeira de Mello, José Cretella Junior, Lucia Vale Figueiredo e Hely Meirelles, após o advento da Constituição de 1988, só há lugar para as fundações públicas, como espécie do gênero autarquia”. Segundo

esses autores, a Emenda Constitucional nº 19/98 não trouxe alterações que permitam incluir as fundações no rol das pessoas de direito privado.

Outra parcela de doutrinadores, contudo, vem reconhecendo essa possibilidade, desde que sejam obedecidas as características próprias de cada qual e desde que a fundação “de direito privado” se apresente despida de prerrogativas próprias das entidades de direito público. É o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini. Para esses autores, se a Constituição não distinguiu, expressamente, as fundações “públicas” das “privadas”, não caberia ao legislador fazê-lo. No entanto, entendem aplicáveis às fundações públicas, de direito privado ou não, **todas as regras constitucionais aplicáveis às fundações**. Assim, **todas** as fundações integram a administração indireta, sejam ou não de direito público. Sua sujeição ao regime jurídico dependeria da validade da alteração ao art. 39, *caput*, caso fosse considerada válida a alteração promovida pela EC 19/98 – poderia ser o estatutário ou o celetista, se de direito público, ou apenas o celetista, se de direito privado. Submetem-se, igualmente e indistintamente, à exigência do concurso público para contratação de pessoal. Dependem, ambas, de autorização legal para sua instituição. Submetem-se à fiscalização do Ministério Público, porém apenas as fundações “de direito privado” cujos bens são sujeitos a penhora. Não têm as fundações “privadas” privilégios processuais. Sua extinção depende de lei, em qualquer caso. Submetem-se integralmente à Lei de Licitações, assim como aos limites de gasto com pessoal, etc.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*apud* COSTA, 2002), às fundações de direito privado, instituídas pelo Poder Público, se aplicam as seguintes normas:

- a) subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira exercido pelo Poder Executivo, inclusive com fiscalização pelo Tribunal de Contas;
- b) constituição autorizada por lei (art. 37, inc. XIX da CF/88);
- c) extinção somente por lei, ficando, nesse aspecto, derogado o art. 29, do CCB, que prevê as formas de extinção da fundação, agora inaplicáveis às fundações públicas;
- d) equiparação de seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no art. 37 da CF/88, inclusive para fins criminais (art. 327 do CP) e de acumulação de cargos;
- e) sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança, cabimento de ação popular, legitimidade ativa para propor ação civil pública (art. 5º da Lei nº 7.347/86);
- f) júízo competente na esfera estadual;
- g) submissão à Lei nº 8.666/93 – Estatuto das Licitações;
- h) em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos arts. 52, inc. VII; 169, parágrafo único; e 165, §§ 5º e 9º da CF/88; e

- i) imunidade tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, sobre a renda ou sobre serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (art. 150, § 2º da CF/88).

Haveria, assim, para essa corrente doutrinária, espaço para a viabilização tanto de fundações de direito público como de direito privado, mas ambas fariam parte de uma base comum, definida constitucionalmente.

O encaminhamento ao Congresso Nacional do Projeto de Lei Complementar nº 92/2007, destinado a regulamentar o referido inciso XIX do art. 37, evidencia não estar superada a controvérsia sobre a natureza e os limites desse tipo institucional, notadamente se adotado, como se presume possível, o regime de direito privado quando não presente a obrigatoriedade do regime jurídico administrativo em decorrência das funções a serem exercidas pela entidade. O desfecho da discussão doutrinária, jurídica e política, na esfera do Poder Legislativo, porém, dificilmente porá fim ao debate, dadas as tendências, cada vez mais evidentes, a se buscar soluções de contorno para a chamada “rigidez” do regime de direito público, notadamente no que se refere às regras aplicáveis ao seu pessoal.

1.4 Regras Gerais aplicáveis às entidades da administração pública

Em relação à administração indireta, na qual se incluem as autarquias, as fundações (de direito público ou privado, mas instituídas pelo Poder Público), as sociedades de economia mista e as empresas públicas, o sistema jurídico-constitucional vigente impõe fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, também pelo Congresso e pelo sistema interno de cada Poder (art. 70); orçamento previsto na lei orçamentária (art. 165, § 5º, I); e limite de despesas com pessoal (art. 169, § 1º). O ingresso em seus cargos e empregos dar-se-á mediante concurso público (art. 37, II). As compras e contratações serão precedidas de licitação pública, assegurada a igualdade de condições entre os licitantes (art. 37, XXI).

Essa norma de competência define quais os destinatários da disciplina jurídica (as entidades de direito público e privado da administração direta e indireta) e é complementada pela regra contida no art. 37 da CF, que discrimina o rol dos princípios aplicáveis à administração pública direta, indireta ou fundacional, entre os quais a sujeição de todos os entes da administração, por administrarem recursos públicos, à obrigatoriedade da realização de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. O inciso XXI do art. 37 explicita dois dos princípios informativos da licitação: o da livre concorrência e o da igualdade entre os concorrentes.

Essa obrigatoriedade para a administração decorre do princípio da *indisponibilidade do interesse público*, que se impõe como limite indiscutível à atuação discricionária dos administradores. Tal obrigação só é mitigada em razão do mesmo princípio, ou seja, quando o interesse público determine a *dispensa de licitação*, o que exige que a previsão legal configure, de maneira inequívoca, as razões de fato ou de direito que o justifiquem, sob pena de *irrazoabilidade* e inconstitucionalidade da própria lei que estabeleça a dispensa. Ressalve-se, no entanto, que o art. 175 da CF afasta a possibilidade de dispensa para a concessão ou permissão de serviço público.

A regra contida no art. 37, XXI, ao determinar que as obras, serviços, compras e alienações da administração serão contratados mediante processo de licitação pública e, no art. 175, de que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, tem aplicabilidade plena, direta e imediata, regulamentada pela Lei nº 8.666/93, que é a Lei Geral de Licitações. O caráter geral e abrangente dessa Lei, disciplinando a conduta dos agentes públicos, atende ao próprio conceito de licitação: procedimento destinado a selecionar a proposta mais vantajosa como condição para contratar com as entidades subordinadas ao regime licitatório. E, conforme prescreve o próprio art. 1º da Lei de Licitações, a ela se submetem “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Qualquer que seja a natureza dessa entidade, deve, de maneira inafastável, comprovar a legalidade da aplicação dos recursos públicos por ela empregados perante o sistema de controle interno e sujeitar-se à fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, pelo Tribunal de Contas da União, bem como prestar contas da utilização, arrecadação, guarda, gerência ou administração dos dinheiros, bens e recursos públicos a ela destinados, como prevêm os arts. 70 e 71 da CF. Ressalte-se, inclusive, que a nova redação do parágrafo único da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, é taxativa, afastando qualquer sombra de dúvida quanto a essa subordinação:

Art.70.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, **pública ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (grifo nosso)

Mais: sendo entidades prestadoras de serviços públicos, gerindo patrimônio e recursos públicos, caracterizáveis, portanto, como integrantes da administração indireta, embora disfarçadas sob a nova “qualificação”, tais entidades deveriam estar também sujeitas ao controle interno, para comprovar a “legalidade e sofrer avaliação, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”, nos termos do art. 74 da CF.

Acerca dessa sujeição, já é matéria pacificada no âmbito dos Tribunais de Contas a subordinação de entidades, mesmo quando não integrantes da administração pública, ao controle externo, como demonstra a seguinte explanação do Ministro Ademar Paladino Ghisi:

Consoante se pode verificar a partir do que até aqui se expôs, os atos praticados pelos administradores dos serviços sociais autônomos devem submeter-se à observância de certos princípios fundamentais, que constituem requisito para sua validade e aceitação. Esse o motivo que levou o legislador, sabiamente, a submetê-los aos controles interno e externo, esse último exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, sob os aspectos financeiro, contábil, patrimonial e operacional.

Em nossa experiência como Ministro dessa Corte, temos, em algumas oportunidades, ouvido vozes de representantes dos serviços sociais autônomos, indagando: “por que temos que prestar contas e atender ao Tribunal de Contas da União, se estamos gerindo uma entidade desvinculada da Administração e patrocinada com recursos privados?”. Creio que a resposta para tal questão, nesse momento de nossa exposição, fluirá naturalmente. A subsunção do Sebrae – e dos demais serviços sociais autônomos – às normas que regem o controle praticado pelo Tribunal de Contas da União existe em decorrência da gestão dos recursos parafiscais por ele arrecadados. Lembro que o Sebrae, exemplificando, recebe percentuais de contribuições previdenciárias, nos termos da Lei nº 8.029/90, alterada pela Lei nº 8.154/90. Tais contribuições são impostas, ou seja, não são pagas apenas por quem deseja pagá-las; não se confunde, ademais, como se fora um contrato de adesão ou um acordo entre partes. E são impostas, referidas contribuições, justamente porque se almeja que sejam utilizadas para o cumprimento de uma finalidade específica de interesse do Estado, qual seja o apoio ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas. Cabe ao Tribunal de Contas verificar o nexo causal existente entre a aplicação dos recursos e a finalidade para a qual foram arrecadados.

A verificação levada a efeito pela Corte de Contas não se prende, contudo, à simples verificação desse nexo causal, uma vez que se espera não apenas que os recursos sejam utilizados na finalidade prevista, mas também que sejam utilizados consoante os procedimentos prescritos em lei e mediante a busca de otimização dos resultados alcançados. Ou seja, ao Tribunal de Contas da União interessa não apenas a legalidade, mas também a economicidade, a eficiência e a eficácia da ação administrativa. (GHISI, 1997, p. 18-19).

A Carta de 1988, ao elencar os princípios gerais que devem reger a administração pública, incluiu, entre eles, princípios tradicionais: impessoalidade, legalidade, publicidade e moralidade. A esses, a EC 19/98 acrescentou o *princípio da eficiência*, que tem, como corolário, a adoção das premissas da *Nova Gerência Pública* ou *New Public Management*. Segundo Hood, os fundamentos estratégicos da *New Public Management*, refletindo essas concepções teóricas, podem ser sintetizados em sete pontos principais (HOOD, 1991, *apud* FLEURY; OUVÉRY, 2007, p. 39):

- a) formação de uma elite de gerentes com autonomia e responsáveis por seus atos;
- b) utilização de padrões e medidas de desempenho e instituição de uma administração por objetivos;
- c) maior ênfase no controle de resultados do que no de procedimentos;
- d) desagregação das unidades do setor público e utilização de instrumentos de contratualização na provisão de serviços;
- e) ampliação da competição no setor público, instituindo-se a concorrência como forma de reduzir custos e obter melhores padrões de qualidade;
- f) ênfase no estilo privado de gestão;
- g) ênfase na disciplina maximizadora de utilização dos recursos (*value for money*);

Como decorrência desse movimento de reformas, foi incorporado ao texto constitucional comando no sentido de autorizar a adoção de *contratos de gestão* na administração pública, associados à concessão de graus diferenciados de autonomia aos órgãos que contratarem com o Poder Público o alcance de metas e resultados.

A redação dada ao art. 37, § 8º da CF permite aos órgãos e entidades da administração firmar contratos de *gestão* com os ministérios e, com isso, ganhar mais “flexibilidade” para administrar o seu orçamento e sua folha de pagamentos. Com isso, aqueles que vierem a firmar contrato de gestão poderão ganhar liberdade, inclusive, para fixar os salários dos seus empregados ou servidores, desde que sejam cumpridas as “metas” estabelecidas no contrato.

Segundo esse dispositivo, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato de gestão, o qual terá por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade. Caberá, no entanto, à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes e sobre a remuneração do pessoal:

Art. 37.

§ 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 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 – a remuneração do pessoal.

Baseado na ideia de concessão de maior flexibilidade gerencial e executiva aos órgãos e entidades da administração pública, o contrato de gestão surge, na administração gerencial, como um instrumento fundamental para que a reautonomização da administração indireta se processe de maneira vinculada ao controle de resultados.

Considerada a experiência internacional, o contrato de gestão tem sido defendido e implementado tendo em vista a perspectiva de conceder, à administração indireta, instrumentos que garantam flexibilidade administrativa e condições de competitividade no mercado. Nesse contexto, tem-se colocado como alternativa capaz de mitigar a obrigação de sujeição dos entes administrativos aos requisitos constitucionais. Ao mesmo tempo, surge como instrumento para permitir que a supervisão ministerial a ser exercida pela administração direta se faça sem prejuízo da autonomia das entidades da administração indireta, à medida que o grau de autonomia seria assegurado em razão das metas e programas a serem cumpridos. Experiências em alguns setores da administração federal, envolvendo empresas como a Petrobrás e a Companhia Vale do Rio Doce, implementados na década de 1990, e em empresas estatais do governo de São Paulo, entre 1992 e 1995, não se revelaram capazes de gerar um movimento que demonstrasse as vantagens desse instrumento, embora tenham contribuído para o aumento da compatibilização entre o planejamento empresarial e a programação e execução orçamentária, aumento do comprometimento gerencial interno com o planejamento e sua execução e indução de uma gestão mais participativa (ANDRÉ, 1998, p. 153).

A partir de 1995, a ênfase no processo de privatização de empresas estatais reduziu o interesse das empresas pelos contratos de gestão, embora tenha sido reintroduzida a discussão por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, cuja consequência foi a alteração do texto constitucional para albergar o princípio. Antes mesmo dessa inclusão, contudo, já vinha em curso processo de ampliação do uso desses contratos, como exemplifica a previsão legal relativa às “organizações sociais” e “agências executivas”, novas figuras inseridas no sistema administrativo federal com base nas concepções da Nova Gerência Pública.

No caso das agências executivas preconizadas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o contrato de gestão surgiu como o meio por excelência para que a flexibilidade administrativa a ser concedida possa ser vinculada ao atingimento de resultados. Segundo Nunes (1997, p. 9), “além da gestão voltada para resultados, com foco no cidadão-usuário, da flexibilidade de gestão, o modelo gerencial adota (...) o contrato de gestão como

instrumento essencial para implantação das agências”. Nesse contrato, explicitam-se os objetivos, seu detalhamento em metas quantificadas e os correspondentes indicadores de desempenho. Por meio dos contratos dar-se-á a supervisão ministerial sobre as agências.

Ressalta Nunes (1997, p. 18) que o contrato de gestão, em si, não assegurará o bom desempenho das agências, carecendo de mudanças que vão além do plano jurídico-institucional. Entre os requisitos adicionais, considera necessário o efetivo compromisso por parte da direção e do corpo funcional da agência, o que demandaria um processo de preparação contemplando a sensibilização da direção e servidores para a mudança proposta, programas de treinamento e capacitação, a revisão de processos de trabalho e a revisão da estrutura organizacional. É fácil prever que, partindo do nada, o contrato de gestão tende a ser uma mera formalidade, uma forma a mais de gerar comportamentos auto-referentes no seio da administração e de permitir a burla aos controles prévios sem a garantia de melhores resultados. Sem o efetivo fortalecimento das instituições, sem que o planejamento estratégico seja estruturado e implementado, não se obterá qualquer resultado duradouro que justifique a utilização dos contratos de gestão em substituição aos atuais mecanismos de supervisão ministerial ou de relação hierárquica.

O alcance da previsão constitucional então adotada, no entanto, ultrapassa os limites usuais do contrato de gestão, reconhecendo capacidade de firmá-los aos órgãos da própria administração direta, ou seja, por meio do contrato de gestão, flexibilizaria a gestão da própria administração direta, que figura no pólo contratante ativo. Assim, unidades organizacionais integrantes da mesma estrutura – por exemplo, um ministério – poderão ter diferentes graus de autonomia e sujeição ao princípio da legalidade, além de gerar condições de desagregação de algo que é, por definição, um todo indivisível e voltado a um fim único, no qual a relação de subordinação ao plano de governo, às diretrizes e comandos emanados da estrutura hierárquica, associados à capacidade de gestão, devem ser capazes de garantir a eficiência e eficácia da atuação governamental.

Um dos elementos necessários para evitar que a autonomização dos entes estatais por meio de contratos de gestão gere distorções e um novo ciclo de apropriação privada do aparelho do Estado é desenvolver e ampliar os espaços de participação social na gestão pública. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 19/98 incorporou, a partir de propostas do Partido dos Trabalhadores e do Partido Democrático Trabalhista, oferecidas à Comissão Especial que apreciou a matéria na Câmara dos Deputados, importantes orientações, na forma do § 3º do art. 37:

Art. 37.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública¹⁴.

Cabe à lei, assim, assegurar a participação do usuário, especialmente mediante o acesso às informações e a avaliação periódica, externa, da qualidade dos serviços. Embora não tenha sido ao final acolhida a proposta de que fosse assegurada a “audiência dos usuários na formulação das políticas públicas e na elaboração de disposições administrativas gerais que os afetem e sua atuação em colegiados, cujas decisões lhes digam respeito”, contemplada pelo Relator no Substitutivo votado pela Câmara dos Deputados, é indispensável avançar na instituição desses mecanismos de participação social. Somente por meio dessa participação se poderá evitar ou contornar efeitos perversos do processo de transferência para o setor privado de atividades a cargo do Estado, ou impedir que a implementação da administração gerencial produza uma administração pública descontrolada.

A Emenda Constitucional nº 19/98 agregou, ainda, previsão de que cabe ao Congresso Nacional elaborar lei de defesa do usuário de serviços públicos. Em abril de 1998 foi constituído um grupo de trabalho formado por juristas e especialistas em administração pública para elaborar um anteprojeto de lei no prazo de cento e vinte dias. Vencido o prazo, o anteprojeto foi submetido a debate em audiência pública, mas não chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional. As medidas que vierem a ser implementadas com base nessa previsão serão, certamente, um importante instrumento para o aperfeiçoamento do exercício da participação social, viabilizando o desenvolvimento de uma democracia mais participativa e menos formal, pelo menos na esfera federal.

¹⁴ Conforme registramos em Santos (1997b, p. 257), a proposta de emenda constitucional previa, inclusive, a audiência dos usuários na formulação das políticas públicas e na elaboração de disposições administrativas gerais que os afetassem e sua atuação em colegiados cujas decisões lhes dissessem respeito (redação dada pela Comissão Especial ao § 1º do art. 37). Essa garantia, no entanto, foi suprimida em plenário, mediante destaque de votação em separado apresentado pelos líderes dos principais partidos de sustentação ao governo FHC (PMDB, PFL e PSDB).

1.5 A concentração e a descentralização na Constituição Federal

A descentralização das atividades a cargo do poder público vem-se colocando, cada vez mais, no Brasil, como opção política necessária para que se possa atingir os resultados desejados em termos qualitativos e quantitativos, notadamente em vista da estrutura federativa do País, em que 27 estados e mais de 5.600 municípios exercem funções complementares no que se refere à prestação de serviços públicos e atuação como indutores do processo de desenvolvimento, seja por meio dos investimentos públicos, seja no exercício de funções de poder concedente ou de regulação de serviços públicos ou atividades econômicas exploradas pelo setor privado.

Embora, sob o ponto de vista da doutrina, encerrem-se apenas nesses casos as situações classificáveis como de descentralização, o Decreto-Lei nº 200/67 prevê, em seu art. 10, as seguintes hipóteses adicionais:

Art. 10.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente os níveis de direção do de execução;
- b) da Administração para as unidades federadas quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Trata-se, sem dúvida, de imprecisão conceitual no plano legal, já que, em nenhum dos casos, se está tratando de descentralização, mas de desconcentração (no caso da alínea *a*), de mera cooperação (no caso da alínea *b*) e de execução indireta (no caso da alínea *c*, quando operada por meio de contrato). Assim, quando se fala de descentralização, na verdade se está operando com conceitos equívocos, que não permitem a exata compreensão de suas implicações.

A cooperação entre os entes federados, portanto, é situação que vem sendo tratada, pelo Decreto-Lei nº 200/67, como hipótese de descentralização. Essa possibilidade tem sido considerada na legislação recente, dado o diagnóstico da incapacidade de manter-se o governo federal como titular exclusivo de competências para as quais não dispõe de meios suficientes. Mais do que isso, a descentralização para as esferas subnacionais de funções de governo tem sido apontada como uma das grandes tendências no mundo moderno, capaz de contribuir para a melhoria da atuação do Estado.

Atuando como “nós” de uma rede, os distintos níveis de governo são capazes de sustentar-se mutuamente, em prol do incremento de sua capacidade de ação. A

descentralização, assim, somente poderá ser efetiva se realizada com a perspectiva da colaboração e da complementação recíproca das competências estatais.

Ressalte-se o fato de ser essa, hoje, uma tendência, em vista, inclusive, da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 241 da Constituição Federal, recuperando a previsão da Carta de 1946:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Esta autorização constitucional viabilizaria, assim, a total ou parcial transferência de encargos, assim como do pessoal e dos bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, da esfera da União para os Estados e Municípios.

A descentralização, porém, não é algo que se possa fazer “por decreto”, ou que dependa unicamente de uma diretriz constitucional, como a contida no novo art. 241 da CF, mas depende de um amplo concerto de vontades e da construção de uma rede de responsabilidades que assegure, ao final, que, na hipótese de sua inefetividade, não restará o cidadão desprotegido. A complementaridade da atuação de cada esfera de governo, em relação às demais, deve ser sempre posta em primeiro plano, sob pena de, mais uma vez, conduzir o processo à materialização do Estado mínimo ou do Estado nulo, situação em que o cidadão, ao fim e ao cabo, não tem a quem recorrer em busca de seus direitos.

Nessa concepção, o Congresso Nacional aprovou, em abril de 2005, a Lei nº 11.107, oriunda de proposta do Poder Executivo, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos”. Tais consórcios, envolvendo mais de um ente federativo, deverão constituir-se sob a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Tal regulamentação foi editada com o propósito expresso de viabilizar, no curto prazo, maior articulação entre entes federativos e a ampliação da capacidade de atuação dos mesmos na prestação de serviços públicos. Segundo Borges (2005), a nova lei traz, para os cidadãos em geral e para os operadores de direito, grandes perspectivas, que a tornam especialmente bem-vinda, mas traz, também, fundadas apreensões quanto à sua aplicação prática: bem aplicado, ensejará amplas possibilidades para municípios, ou mesmo estados mais carentes de recursos, atualmente impossibilitados de enfrentar empreendimentos de infra-estrutura altamente necessários para suas populações, porém muito vultosos; no entanto, deficiências em sua formulação poderão dar margem a desvios e interferências da política partidária,

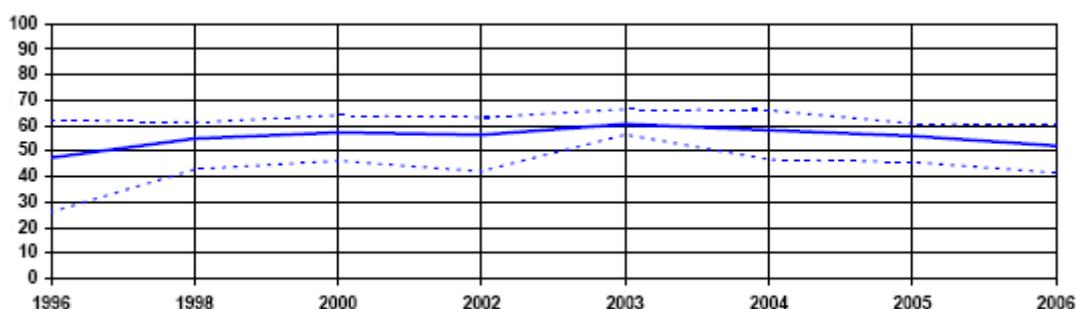
multiplicação de atos de corrupção de gestores políticos, mau uso das amplas possibilidades de dispensa de licitação, além da ausência de instrumentos de *controle participativo* das comunidades interessadas na realização dos consórcios públicos e convênios de cooperação, necessários à superação desses problemas.

Considerações finais

Embora a história do constitucionalismo brasileiro registre expressivos avanços no sentido de permitir a implementação de uma burocracia estável e profissionalizada, de um sistema de controles democráticos e consistente com o princípio da primazia do interesse público e de mecanismos de participação na gestão pública e de busca da eficiência afinados com as melhores práticas mundiais, é necessário registrar que ainda há muito a ser feito para que se atinja patamares adequados de qualidade no que se refere ao desempenho das instituições públicas e à atuação dos agentes políticos e servidores públicos.

No que se refere ao quesito “efetividade do governo”, estudo elaborado por Kaufmann, Aart e Mastruzzi (2007) para o Banco Mundial classifica o Brasil em patamar inferior ao verificado nos EUA e países da OCDE. Segundo os indicadores de eficiência e efetividade do governo adotados pela pesquisa, o Brasil tem-se mantido, desde 1996, num patamar entre 50 e 60 pontos – tendo atingido o “pico” em 2003 e, posteriormente, declinado ao patamar de 1997:

Gráfico 1 – Indicador Agregado – Efetividade do Governo – Brasil – 1996-2006



Fonte: World Bank, 2007, <http://info.worldbank.org/governance/wgi2007>.

Em perspectiva comparada, percebe-se que, ainda que tenha havido ligeira melhora desde 1996, os indicadores permanecem, em relação a países como México, Chile, Colômbia, inferiores – isso sem considerarmos a disparidade verificada quando a comparação se dá com países como Canadá, EUA, Reino Unido, Alemanha e França:

Tabela 1 – Government Effectiveness em Países Selecionados – 1996-2006

PAÍS	1996	1998	2000	2002	2004	2006
ALEMANHA	94.8	93.8	94.3	91.9	90.5	90.5
ARGENTINA	69.2	62.1	59.7	36.0	49.3	49.3
BRASIL	47.4	55.0	57.3	56.4	58.3	52.1
CANADA	94.3	94.3	94.8	97.2	94.8	97.2
CHILE	81.0	87.7	87.7	87.2	88.6	87.7
COLOMBIA	66.4	39.8	43.6	37.0	53.6	55.9
COREIA DO SUL	80.6	66.8	76.8	81.0	78.7	82.9
ESPANHA	91.0	91.5	91.9	93.4	89.6	82.5
EUA	96.7	90.5	93.4	91.5	93.8	92.9
FRANÇA	91.5	88.2	90.0	90.0	91.0	85.8
ITÁLIA	82.5	81.5	79.1	79.1	74.4	67.3
JAPÃO	87.2	84.4	82.9	82.5	84.4	88.2
MEXICO	59.2	64.9	64.9	65.9	62.6	60.7
PERU	55.0	58.3	50.7	40.8	36.0	36.0
REINO UNIDO	95.3	97.6	93.8	94.3	94.3	94.8
VENEZUELA	13.7	34.6	24.6	13.3	16.1	19.9

90° - 100° Percentil
 50° - 75° Percentil
 10° - 25° Percentil
 75° - 90° Percentil
 25° - 55° Percentil
 0° - 10° Percentil

Fonte: World Bank, 2007, <http://info.worldbank.org/governance/wgi2007>.

Tais dados demonstram que, apesar das marchas e contramarchas, registram-se avanços no País no sentido de promover as mudanças culturais e políticas necessárias, notadamente a partir da vigência da atual Constituição. As instituições, gradualmente, vão se consolidando e organizando para atuar de forma mais eficaz para promover a defesa do interesse público, mas há ainda muito a ser feito para que patamares adequados de eficiência, eficácia e efetividade sejam alcançados.

Não pode ser ignorado o progresso que vem sendo alcançado, com o apoio da tecnologia. A informação se dissemina, ao passo que avança a inclusão digital. Cada vez mais, a cidadania interage com o governo, influenciando as decisões adotadas e sua implementação. Da mesma forma, órgãos como o Ministério Público e os Tribunais de Contas vão-se aparelhando de forma cada vez mais ajustada à complexidade de suas tarefas. O Poder Legislativo se torna mais sensível aos reclamos da sociedade, e novos canais de participação social vão-se abrindo, para que o cidadão possa não apenas vocalizar suas demandas, como também exigir soluções para os problemas. A Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno do Poder Executivo, vai aos poucos superando os gargalos institucionais e se consolidado como um instrumento efetivo de conscientização dos dirigentes públicos quanto à adoção de medidas preventivas de combate à corrupção e de melhoria da eficiência do gasto público.

Aos poucos, valores sociais como o da transparência, responsabilização, eficiência, equidade e acesso igualitário ao serviço público vão-se consolidando. A igualdade de tratamento entre os licitantes passa, cada vez mais, a ser um valor relevante na relação entre o Estado e o setor privado, no que se refere às compras e contratações, sem prejuízo do uso de instrumentos mais ágeis, propiciados pela tecnologia de informação, como o pregão eletrônico. A construção de uma ética da função pública vai aos poucos se consolidando, mediante a implementação gradual de um sistema do mérito em que a igualdade de oportunidades no ingresso ao serviço público é fator fundamental.

O princípio da eficiência, passado o “vendaval” das reformas gerenciais, vai sendo assimilado como um fator de legitimação do próprio Estado, à medida que a aplicação correta dos recursos arrecadados legitima a própria atuação arrecadadora. A adequada gestão pública, com o atingimento de resultados voltados ao atendimento das reais necessidades do cidadão, sem desperdícios, privilégios ou excessos burocráticos, vai se tornando um valor cada dia mais respeitado e exigido pela sociedade.

A Constituição Federal, nesse processo, tem um valor inestimável, que é o de consolidar princípios e regras que, por sua aplicação geral, dirigida a todos os níveis de governo, reduz os espaços de manobra dos que preferem a manutenção de um *status quo* absolutamente anacrônico.

A experiência brasileira, contudo, demonstra que não existem atalhos ou soluções mágicas. Ademais, não basta o apego ao formalismo, a elaboração de textos legais ou normas constitucionais se não houver uma ação combinada dos dirigentes públicos que permita que as normas se convertam em medidas concretas. Esse é o grande desafio, que requer investimento permanente, atenção redobrada, vigilância constante e intenções firmes de lutar por um Estado democrático de direito que seja, também, capaz de apresentar resultados.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Régis de Castro; JACOUD, Luciana (org.). *Estrutura e organização do Poder Executivo – administração pública brasileira*. Brasília: ENAP-CEDEC, 1993.

ANDRÉ, Maristela Afonso de. Efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado. In: *I Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Industriais*. São Paulo: EAESP/FGV, p. 151-163, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARBOSA, Livia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? *Revista do Serviço Público*, vol. 120, nº 3, p. 59-101, set-dez de 1996.

BARBOSA, Pedro Ribeiro. Gestão de Hospitais Públicos e maior autonomia gerencial: melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão. *Revista do Serviço Público*, vol. 120, nº 2, p. 67-97, mai-ago de 1996.

BORGES, Alice Maria Gonzáles. Um Estudo sobre Fundações Instituídas pelo Estado. *Temas de Direito Administrativo Atual*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 115-144.

BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 755, 29 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7072>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, 86 p.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA, Adriano Soares da. Natureza Jurídica das fundações públicas. *Boletim Jurídico*, v. 1, nº 1, 2002. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=8>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

FLEURY, Sonia & OUVÉRY, Assis Mafort. *Gestão de redes: a estratégia de regionalização da política de saúde*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GHISI, Ademar Paladino. O TCU e os serviços sociais autônomos – importância da atuação dos conselhos fiscais para a eficácia do controle externo. *Revista do Tribunal de Contas da União* v. 28, nº 72, abr.-jun. de 1997.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MATRUZZI, Massimo. Governance matters VI: Governance Indicators for 1996-2006 (July 2007). World Bank Policy Research Working Paper nº 4280. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=999979>>. Acesso em: 24 de julho de 2008.

MARCELINO, Gileno F. *Governo, imagem e sociedade*. Brasília: FUNCEP, 1988.

MARCELINO, Gileno F. O Estado Brasileiro de Cabral a Sarney – I – Como o Estado cresceu e se transformou. *Revista do Serviço Público*. vol. 115, nº 7, p. 14-20, jul.-ago. de 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Estudos Eleitorais*. vol. 2, nº 1, p. 7-37, jan.-abr. de 1998.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, v. 121, nº 2, mai.-ago. de 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

NUNES, Marcos Alonso. Agências executivas: estratégias de reforma administrativa (Textos para discussão nº 18). Brasília: ENAP, agosto de 1997.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira. Autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista. *Correio Braziliense*, Caderno “Direito & Justiça”. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/admin22.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997a.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1997b.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Reforma do Estado. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 18, p. 119-120, jan.-mar. de 1997.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Constituição, reforma administrativa e Estado de Direito. *Revista de Seguridade Social*, jun.-jul. de 1997.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Reforma administrativa no contexto da democracia – A PEC nº 173/95, suas implicações e adequação ao Estado brasileiro*. Brasília: DIAP/ARKO Advice, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. RT, São Paulo, 6. ed., 1990.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996.