
O CONTRATO DE GESTÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE MANAGEMENT CONTRACT AS A MEANS OF ESTABLISHING PARTNERSHIPS BETWEEN THE PUBLIC AND PRIVATE NONPROFIT ORGANIZATIONS FOR THE VIABILITY OF PUBLIC POLICIES

Michelle Marry Marques da Silva

Advogada da União – Especialista e Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade de Brasília – Coordenadora-Geral Jurídica de Suporte à Central de Compras e Contratações no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público tendo como área de concentração “Constituição e Sociedade”.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Contrato de Gestão; 2 Aspectos Gerais; 3 Conceito; 4 Conteúdo; 5 Da forma de instrumentalização; 6 Parcerias Entre o Setor Público e o Setor Privado; 7 Das organizações sociais; 8 Serviços públicos não estatais e a atividade de fomento; 9 Políticas Públicas; 10 conceito; 11 Formas para sua implementação; 12 O papel do Estado na efetivação das políticas públicas e os agentes responsáveis por sua viabilização; 13 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Estado passou nos últimos tempos por mudanças consideráveis. Desse modo, o que se buscou com o presente trabalho foi demonstrar que o chamado contrato de gestão pode ser visto hoje como meio para realização de parcerias entre o setor público e as entidades privadas sem fins lucrativos com o intuito de viabilizar políticas públicas.

Nesses termos, no início do presente trabalho o que se buscou foi tratar sobre o contrato de gestão em si, seu conteúdo, forma de instrumentalização e sua utilização como meio de transferência de recursos para o setor privado. Em um segundo momento, o que se tentou foi demonstrar que a realização do contrato de gestão com as Organizações Sociais não deixa de ser uma forma de parceria entre o setor público e privado, para isso a exposição foi mais voltada para a forma de funcionamento das organizações sociais e para a diferenciação dos serviços públicos não estatais para os estatais e sobre o que se pode entender por atividade de fomento. Por fim, de forma perfunctória foi disposto sobre o plano diretor de reforma do aparelho do Estado e ao final do trabalho discorreu-se sobre as formas de implementação das políticas públicas e qual o papel do Estado na sua efetivação, bem como quem seriam os agentes responsáveis por sua efetivação, o que está intimamente relacionado com a alteração dos paradigmas de Estado.

ABSTRACT: The state has recently undergone considerable changes. Thus, what is sought in the present work was to demonstrate that the so-called management contract can be seen today as a means to establish partnerships between the public and private nonprofit entities for the purpose of enabling public policies.

In these terms, the beginning of this work what we sought was treating about contract management itself, its content, form of instrumentalization and its use as a means of transferring resources to the private sector. In a second step, which was tried to demonstrate that the implementation of the management contract with the Social Organizations is nonetheless a form of partnership between the public and private sector, for that exhibition was more focused on the way of functioning of social organizations and for the differentiation of non-state public services to the state and what can be understood by fostering activity. Finally, the perfunctory manner was arranged on the master plan for reform of the state apparatus and the end of the work is talked about ways of implementation of public policies and the role of the state in its implementation and what would be the agents responsible for its effectiveness, which is closely related to the change of paradigms in the state.

PALAVRAS-CHAVES: Contrato de Gestão. Parcerias entre o Setor Público e o Privado. Viabilização de Políticas Públicas. Serviços Públicos Não Estatais. Alteração dos Paradigmas de Estado.

KEYWORDS: Management Contract. Partnerships between the Public Sector and the Private . Feasibility of Public Policy . Public Services Non State . Alteration of State Paradigms .

INTRODUÇÃO

As demandas sociais crescentes e a insuficiência do Estado para supri-las tem resultado na necessidade de o Estado repensar as formas de prestação de serviços públicos e a efetivação das políticas públicas, o que tem feito surgir parcerias entre as entidades privadas e o Poder Público como forma de implementar as políticas públicas crescentes.

O tema em questão procurou demonstrar a importância do contrato de gestão como um meio através do qual possa ser viabilizada a transferência de recursos para as entidades privadas sem fins lucrativos como meio para a implementação de políticas públicas.

Tendo em vista o fato de que muitas vezes o setor privado se apresenta mais eficaz para a realização de determinado programa de governo, forçoso reconhecer, que essas parcerias são cada dia mais desejadas pelo poder público tendo como resultado a divisão com o mencionado setor da efetivação das políticas públicas necessárias.

Nesse diapasão, o foco principal se volta para a prestação de serviços públicos por intermédio de agentes não estatais que irão atuar segundo normas menos rígidas e sujeitas a um controle estatal quanto aos resultados com o foco voltado para o resultado, logo, na eficiência.

Além disso, tendo em vista o fato de que vários dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 foram questionados no Supremo Tribunal Federal-STF (ADI 1923/DF) no que se refere à sua constitucionalidade observou-se que o Poder Executivo passou a evitar realização desse tipo de parceria como o setor privado. O que em termos de eficiência do Estado e busca por uma administração pública gerencial¹ gera uma deficiência considerável nos objetivos a serem alcançados.

1 Segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – e aprovado em 21.09.1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas a administração pública gerencial: [...] emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelhamento do Estado passa a ser

Desse modo, a chamada publicização de espaços públicos passa a estar associada ao modelo de Estado gerencial, no qual, o Estado deixa de tratar questões como saúde, educação e assistência pública como questões de administração exclusivamente estatal.

Portanto, o Estado passa a transferir essas responsabilidades às organizações da sociedade civil e as controla por meio do chamado contrato de gestão. O controle passa a ser de resultados. Surge a partir daí a ideia de eficiência que passa a implicar uma necessidade de maior autonomia dos entes administrativos, especialmente, relacionada à hierarquia e controle procedimental dos seus atos.

Assim, afigura-se inegável a importância do estudo do tema em questão.

Relacionado ao paradigma de Estado em questão tem-se que no Estado regulador a relação entre a esfera pública e a esfera privada deu-se pela instituição de mecanismos de cooperação e pela criação do Terceiro Setor (esfera pública não estatal), pois o Estado passou a ter o papel de regular apenas a satisfação dos interesses sociais (intervenção indireta).

Com isso, atividades públicas (serviços públicos) quando considerados não exclusivos do Estado podem ser prestados na forma de parceria entre o Estado e a sociedade (Terceiro Setor). Essas atividades são consideradas espaços públicos não estatais (serviços públicos como saúde, educação, cultura, pesquisa científica).

Ante o exposto, o Estado não se imiscuiu com o nascimento do Terceiro Setor das responsabilidades estatais relacionadas à saúde, educação e assistência pública, mas, ao mesmo tempo buscou manter um controle nos resultados a serem apresentados (buscando seguir um modelo de administração gerencial e não mais burocrático), pois o Estado passa a ser promotor desses tipos de serviços.

Em outras palavras o Estado regulador buscou um modelo no qual os destinatários das normas passassem a ser entendidos como seus autores.

No que se refere às competências do Estado regulador elas são recorrentes no âmbito da economia, mas também do social (proteção do meio ambiente e do direito das minorias), tendo em vista que esse modelo de Estado assiste a um aumento do controle e da fiscalização sobre as atividades privadas. Nota-se um incremento do poder de controle, fiscalização e normatização das atividades privadas.

Verifica-se, então, que a forma de atuação do Estado regulador, tanto, na economia, quanto na sociedade é de forma indireta.

Dessa forma, O Estado passa a privatizar as empresas e as entidades pertencentes a ele e que estavam incumbidas de intervir diretamente

na atividade econômica, ou seja, buscou-se a transposição da atividade considerada econômica em sentido estrito para a iniciativa privada. A mencionada transposição teve como pano de fundo o fato de que a iniciativa privada passou a ser vista como aquela que teria melhores condições de exercer certas atividades econômicas/sociais, com eficiência, na busca do lucro, redução de despesas e ganhos de escala para o Estado.

Por outro lado, atividades econômicas em relação às quais se considera existir interesse público relevante (como, por exemplo, no caso brasileiro o petróleo, nos termos do art. 177 da Constituição da República) deveriam continuar a ser prestadas diretamente pelo Estado, por isso pode-se dizer que o movimento de publicização descrito pelo PDRAE buscou a defesa da coisa pública, de fato, o que se quis foi a separação entre a esfera dos interesses dos indivíduos (interesses privados) daquela relacionada ao interesse da coletividade (interesse público) passando a ser papel do Estado a busca pela satisfação do interesse público e não de grupos específicos da sociedade.

1 DO CONTRATO DE GESTÃO

2 ASPECTOS GERAIS

A necessidade de redefinir o papel do Estado, principalmente, em decorrência da falência apresentada tanto pelo modelo de Estado Social, quanto do liberal fez com que o Estado assumisse mais uma função regulatória.

Assim sendo, a atividade de fomento aparece como uma forma de manifestação deste Estado que agora passa a assumir uma postura mais regulatória. Foi com esse objetivo que a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (resulta da conversão da Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997) instituiu o contrato de gestão, como instrumento hábil a ser celebrado com as Organizações Sociais, para instigar a iniciativa privada a praticar atividades consideradas pelo Estado e pela sociedade como relevantes, principalmente, para a área social.

Por outro lado, fato é que toda a mudança de paradigma traz consigo certa resistência. Não foi diferente com a Lei nº 9.637/1998, a qual trouxe com sua publicação toda uma discussão voltada em torno da sua constitucionalidade, é por isso que, atualmente, existe no Supremo Tribunal Federal - STF esperando julgamento duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei nº 9.637/1998, quais sejam: a ADI nº 1943/DF, que se encontra sobrestada aguardando o julgamento da ADI nº 1923/DF.

Em relação a ADI nº 1923/DF o Informativo/STF nº 474, de agosto de 2007, trouxe notícia no sentido de que o Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por

entender que não existe a incompatibilidade alegada na peça vestibular com a Constituição Federal. Para o Tribunal “a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.”

Iniciado o julgamento em março de 2011, pelo que consta da consulta feita ao sítio do STF, votaram os Ministros Ayres Brito e Luiz Fux. O ponto de destaque presente no voto do Ministro Ayres Brito foi o reconhecimento da constitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, considerou o Ministro que é dispensável a realização de um procedimento licitatório para a celebração de contrato de gestão, pelo fato de, na verdade, esse tipo de contrato tratar-se de um convênio, no qual prevalecem interesses recíprocos.

Quanto ao Ministro Luiz Fux afirmou que “o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde [...] e educação [...], mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais”.

Além disso, destacou a não caracterização do contrato de gestão como “contrato” no sentido próprio do termo, pela inexistência de contraposição de interesses.

Também, no que se refere à constitucionalidade da ausência de licitação do procedimento de qualificação afirmou se tratar, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzida com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Sobre os empregados das Organizações Sociais destacou, com precisão, que não são servidores públicos, mas sim empregados privados, logo a remuneração dispensa a previsão em lei, bem como a contratação dispensa o concurso público.

Em relação ao tratamento a ser dado aos servidores públicos cedidos o Ministro não vislumbrou qualquer violação à Constituição da República, visto que a Lei nº 9.637/1998 preserva a remuneração do cargo, da qual o servidor faz jus no órgão de origem e será esta que virá servir como paradigma em termos previdenciário.

O Ministro destacou, ainda, que exigir a previsão em lei para pagamento de verbas dos servidores que vierem a ser cedidos, as quais jamais serão incorporadas à remuneração do servidor na origem e, ainda, se provenientes de contrato de gestão, serão consideradas como adicionais decorrentes do exercício de uma função temporária de direção e assessoramento iria caracterizar “uma verdadeira autarquiaização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e flexibilidade”.

Impede destacar, pela pertinência, trecho do voto do Ministro Luiz Fux, quanto ao argumento lançado na petição inicial, no sentido de que não há na Lei nº 9.637/1998 violação à liberdade de associação. Ponderou que:

[...] a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público do Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social [...]. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar.

O Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos e o julgamento da ADI nº 1923/DF encontra-se suspenso desde 19.05.2011.

Ante o exposto, forçoso reconhecer que não houve, pelo menos, até o momento, declaração de mérito sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 1998, por parte do STF, ademais, a manifestação lançada no voto, principalmente, do Ministro Luiz Fux inaugurou duas interpretações possíveis relacionadas à referida Lei, quais sejam: a) a não necessidade de procedimento licitatório para a qualificação de uma entidade privada, sem fins lucrativos, como Organização Social se assemelha a uma forma de credenciamento, e; b) a natureza de convênio a ser dada ao contrato de gestão.

Destarte, diante da presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário a Lei nº 9.637/1998 deve ser aplicada.

Importante notar que, a implementação das políticas públicas hoje não deve depender apenas dos governos constituídos, mas, de toda a sociedade civil organizada, o que pode ser alcançado com as parcerias firmadas com a iniciativa privada, por meio das entidades privadas sem fins lucrativos.

Significante parâmetro, nesse sentido, foi traçado por Maria Paula Dallari Bucci quando dispôs que pensar em política pública é pensar em coordenação dos seguintes setores: 1) na atuação dos poderes executivos, legislativos e judiciário; 2) seja entre os níveis federativos; 3) seja no interior do governo (entre as suas pastas); 4) interação entre os organismos da sociedade civil e o Estado (Convênios, Consórcios etc)².

Portanto, a busca pela realização de parcerias com a iniciativa privada pode resultar no atendimento das políticas públicas almejadas pela coletividade de forma satisfatória. Está dentro dessa lógica a

2 BUCCI, Maria Paula Dallari - *organizadora. Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo. Editora: Saraiva. 2006. p 1-49.

interação com as Organizações Sociais, entidades privadas sem fins lucrativos.

Outrossim, cabe ser feita distinção entre serviços públicos exclusivos do Estado e serviços públicos não-exclusivos, os quais nas lições de José dos Santos Carvalho Filho³ podem ser considerados:

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores.

[...]

Alguns serviços, embora delegáveis, são prestados pelo próprio Estado, mas o fato se deve a determinada diretriz política e administrativa que pretenda implementar, o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros.

[...]

Forçoso reconhecer que o art. 1º da Lei nº 9.637/1998 selecionou os serviços que o Estado entende como delegáveis.

Nessa senda, nada mais coerente que caso se apresente uma entidade privada sem fins lucrativos com o objeto específico da política pública que se quer implementar dentre as suas atribuições, o governo decida ser desnecessária a realização de seleção pública para esse tipo de contratação, que, na verdade se assemelha mais a uma parceria do que qualquer outra coisa.

3 CONCEITO

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 trouxe previsão expressa em seu artigo quinto no sentido de ser o contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade que já houver sido qualificada como organização social.

Ademais, pode-se concluir, ainda, pela inteligência do artigo supramencionado que a finalidade do contrato de gestão é a formação de parceria com vistas à fomentar as atividades dirigidas: 1) ao ensino; 2) à pesquisa científica; 3) ao desenvolvimento tecnológico; 4) à proteção e preservação do meio ambiente, e; 5) à cultura e à saúde, portanto, prestação de serviços públicos ou atividades que sejam consideradas de interesse público.

Nesse sentido, como a finalidade do contrato de gestão presente na Lei nº 9.637/1998 é a formação de parcerias pode-se entender que quando a citada norma em seu artigo quinto fez referência à palavra

3 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Lumen Juris editora. Rio de Janeiro. 2011. p. 299.

fomento estava ela deixando a entender que essa era uma forma que o Estado encontrou para incentivar a iniciativa privada.

Utiliza-se a expressão contrato de gestão para indicar um ato jurídico pactuado entre diferentes órgãos no âmbito interno da Administração Pública e que dispõe sobre as condições de exercício das competências públicas, fixando inclusive metas a serem atingidas.

A figura desperta controvérsias, especialmente em virtude da utilização da expressão 'contrato'. Afinal, não existem propriamente 'duas' partes, eis que se trata de uma 'avença' (se é que se pode utilizar a expressão) entre órgãos administrativos. Sequer se pode aludir a algum tipo de sancionamento, em sentido próprio, para o não cumprimento das condições estabelecidas no contrato de gestão.⁴

No tipo de contrato idealizado pela Lei nº 9.637/1998 poderá o Poder público auxiliar a entidade qualificada fazendo a cessão de bens públicos, de servidores públicos e, até mesmo, transferindo recursos orçamentários.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ chama a atenção para o fato de que o tipo de contrato em comento tanto pode ser celebrado entre órgão da Administração direta com entidades da indireta, quanto pela Administração direta com entidades do terceiro setor, como as Organizações Sociais, restará configurado, nesse último caso o desejo da Administração em realizar parceria com os entes privados.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998, houve a introdução do parágrafo oitavo ao artigo 37 da Constituição da República dispondo o mencionado artigo que poderia ser ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta mediante contrato, esse último deveria ser firmado entre os administradores dos entes referidos e o poder público.

Nesse prumo, o artigo dispôs, ainda, que o objeto do contrato deveria trazer a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade e caberia à lei dispor sobre: 1) o prazo de duração do contrato; 2) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes, e; 3) a remuneração do pessoal.

Destarte, nota-se que o fim almejado com a inclusão da disposição constitucional acima citada foi exatamente deixar clara a vontade do Estado em ser concedida maior autonomia seja ao órgão, seja à entidade da Administração indireta que viesse a celebrar com ele o contrato recém criado.

4 FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Fórum editora. Belo Horizonte. 2012. p. 672.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. Atlas editora. São Paulo. 2011. p.255.

Importante notar que quando o contrato de gestão é celebrado com as organizações sociais acaba gerando o efeito inverso daquele que é observado na celebração com a Administração indireta, em outras palavras, observar-se-á no caso da primeira entidade uma restrição a sua autonomia, já que essas entidades são privadas e terão que se sujeitar as exigências estabelecidas no ajuste firmado.

Além disso, em troca da autonomia concedida é que o instrumento de contrato deve trazer em seu bojo as metas a serem alcançadas pelo contratado e o prazo que ele deverá cumpri-las. Como forma de controlar se os fins a serem alcançados ao final do contrato estão sendo cumpridos pelo contratado estabeleceu-se um controle baseado em resultados.

No que se refere ao controle a ser realizado no contrato de gestão Alexandre de Moraes⁶ dispôs:

O ciclo de avaliação do contrato de gestão envolve as seguintes ações:

- Geração de relatórios parciais e anual;
- Avaliação institucional;
- Auditorias

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ discorrendo sobre o contrato de gestão a ser celebrado entre órgãos da Administração direta, os quais não possuem personalidade jurídica própria, portanto, na verdade, em ambos os lados o que vai existir são as duas partes representando a mesma pessoa, com muita propriedade observou que:

[...] esses contratos correspondem, na realidade, quando muito, a termos de compromissos assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas. Além disso, as metas que se obrigam a cumprir já correspondem àquelas que estão obrigados a cumprir por força da própria lei que define as atribuições do órgão público; a outorga de maior autonomia é um incentivo ou um instrumento que facilita a consecução de metas legais.

De fato, razão assiste à autora, até mesmo porque como esposado no tópico anterior contratos pressupõem a existência de interesses contrapostos e no caso da realização de contrato de gestão entre órgãos o que vai existir é uma convergência de interesses e não uma contraposição entre os mesmos.

6 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. Atlas editora. São Paulo. 2006. p. 160.

7 Op cit. p. 266.

Com bem destacado por Marçal Justen Filho⁸:

Deve-se asseverar, primeiramente, a ausência de natureza contratual para a figura. A figura examinada apresenta natureza consensual, mas não contratual. Não se trata de um acordo de vontades destinado a gerar direitos e obrigações para uma ou ambas as partes, com natureza ampliativa do universo de relações jurídicas de que participam.

Os partícipes da avença não podem sequer ser considerados partes distintas e autônomas. São sujeitos integrantes da mesma órbita jurídica, sem qualquer contraposição ou dissociação de interesses.

Observa-se que a intenção desse tipo de instrumento é ampliar a eficiência administrativa, o que não retira dele a obrigatoriedade de observância ao princípio da legalidade.

4 CONTEÚDO

O artigo 6º da Lei nº 9.637/1998 deixa claro que o contrato de gestão deverá discriminar em seu corpo:1) as atribuições;2) as responsabilidades, e;3) as obrigações tanto do Poder Público, quanto da organização social.

Além disso, o artigo 7º do mesmo diploma normativo ressalva que na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade.

Ainda, no mesmo dispositivo precitado encontra-se comando para que sejam observados os seguintes preceitos:

- I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

No inciso I verifica-se o atendimento ao preceito constitucional expresso no artigo 37, § 8º, o qual determina a obrigatoriedade de fixação de metas de desempenho, os controles e critérios de avaliação de desempenho para o órgão ou entidade que irá celebrar o contrato. Isso

8 Op cit. p. 673.

se deve ao fato do controle para esse tipo de avença ser pelo resultado alcançado.

Também é importante a disposição constante no inciso II acima para que se observe o cumprimento das determinações constitucionais, especialmente, as relacionadas ao teto remuneratório.

Outrossim, as demais cláusulas dos contratos de gestão serão definidas pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade, de acordo com o objeto acordado.

5 DA FORMA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO

Para alcançar a fase da assinatura do contrato de gestão existe um percurso a ser seguido, no qual suas etapas devem ser observadas dentro de um procedimento administrativo específico aberto para essa finalidade.

No caso das entidades privadas sem fins lucrativos primeiro elas deverão receber a qualificação de organização social. Para receberem a mencionada qualificação deverá ser submetida à apreciação do Poder Executivo o estatuto da entidade, o qual deverá contemplar todas as disposições constantes dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998.

No artigo 2º da Lei nº 9.637/1998 encontram-se os requisitos específicos para que as entidades privadas, sem fins lucrativos, habilitem-se à qualificação como organização social, sendo eles:

- I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
 - a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
 - b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
 - c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
 - d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
 - e) composição e atribuições da diretoria;

- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Dessa forma, todos os requisitos acima listados deverão estar presentes no estatuto da entidade.

Nos artigos terceiro e quarto há disposições específicas direcionando como deve ser a composição do Conselho de administração da entidade, bem como as atribuições que devem a ele ser outorgadas.

Após a análise do estatuto da entidade que se candidatar para receber a qualificação de Organização Social estando ele de acordo com o que prevê a Lei nº 9.637/1998 e após o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Executivo é publicado o Decreto, o qual irá qualificar a entidade como Organização Social.

Qualificada a entidade privada como Organização Social segue-se a essa etapa a elaboração do contrato de gestão e, posteriormente, sua assinatura.

Todavia, antes da assinatura do contrato de gestão pelos interessados ele deve ser submetido ao Conselho de Administração da entidade e depois de aprovado deve ser enviado ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade a ser desenvolvida pela entidade.

Aprovado o contrato de gestão a próxima etapa é a de execução e fiscalização do contrato firmado.

Sobre o assunto, o artigo 8º da Lei nº 9.637/1998 determinou que a fiscalização do contrato gestão deve ser feita pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Para isso, de acordo com o parágrafo 1º do artigo precitado deverá a entidade qualificada apresentar:

[...] ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

É recomendável que o prazo para apresentação do relatório exigido acima seja determinado já no contrato de gestão para que as duas partes tenham ciência do prazo acordado para apresentação do relatório de execução do instrumento firmado e o Poder Público possa acompanhar de perto o cumprimento das metas estabelecidas e verificar se os resultados foram alcançados.

O Tribunal de Contas da União já decidiu pela necessidade de previsão no contrato de gestão das metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos:

4. Importante destacar que o contrato de gestão é ajuste firmado com vistas a propiciar repasse de recursos públicos e, portanto, ainda que a organização social a ser beneficiada com a verba disponibilizada seja entidade particular, preponderam os princípios de direito público.

5. Dessarte, o art. 7º da Lei n. 9.637/1998 estabelece que devem ser observados no contrato de gestão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

6. Nesse sentido, verifico que para a aferição do cumprimento, pelo CGEE, do princípio da economicidade, faz-se necessário que estejam especificados, de forma detalhada, os custos referentes à execução de cada uma das ações previstas para o alcance das metas estipuladas no âmbito do contrato de gestão em exame.

[...]

14. [...] ante todo o contexto das falhas detectadas pela unidade técnica, cumpre a essa Corte de Contas determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que, ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas.

[...]

9.4. determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que:[...]9.4.2. ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas⁹

Quanto aos resultados o parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 9.637/1998 determina que eles sejam “analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.” Importante, também, que essa previsão já venha definida no contrato. A comissão ao final de sua análise deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação feita para que de posse do mencionado documento possa a referida autoridade avaliar a pertinência em dar continuidade ou não à avença.

Tendo em vista o acima exposto foi que o artigo 9º da Lei nº 9.637/1998 dispôs:

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

O artigo 10 do mesmo diploma normativo acima citado sinaliza no sentido da necessidade de ser feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade de acordo com a gravidade dos fatos ou o interesse público no caso da existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública.

A medida precitada se faz necessária para que os órgãos mencionados requeiram ao juízo competente, de acordo com a conveniência de cada um, a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Contudo, como muitas vezes fica difícil para os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão identificar a existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública o mais indicado é que em todos os casos seja feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade e não apenas ao Tribunal de Contas da União.

9 AC-2640-29/08-1. Sessão: 20/08/08 Grupo: II Classe: II Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

6 PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E O SETOR PRIVADO

7 DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Uma das formas de parceria entre o setor público e o setor privado é a realização do chamado contrato de gestão com a entidade privada sem fins lucrativos que tenha sido qualificada como organização social pelo poder público.

Sobre o assunto o Ministro Luiz Fux teceu importantes observações em seu voto proferido na ADIN nº 1923/DF¹⁰:

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como *contratação* no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a *contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo [...]. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de '*organização social*', para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população.

Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), *é a qualificação da entidade como organização social*. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar, a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios. (grifos no original).

Nesse sentido, nota-se que a parceria firmada entre o poder público e o particular pode ser entendida como uma forma de colaboração entre os mencionados setores tendo como finalidade fomentar a atividade privada, aumentar a eficiência do Estado e satisfazer o interesse público.

De fato, a intenção em realizar esse tipo de parceria é para que a entidade qualificada como organização social desenvolva atividades que possuam interesse coletivo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ a parceria entre o setor público e privado pode ser configurada de diferentes formas:

a. forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou

¹⁰ ADIN nº 1.923/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Acesso pelo link: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf. p. 1-35. Acesso em 16.jan.2014.

¹¹ 13 Op. Cit. p. 22-23.

das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-2004);

b. meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria;

c. forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei nº 8.666, de 23-6-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei nº 11.079/2005);

d. instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.

Além disso, para a mesma autora acima mencionada¹² a realização do contrato gestão com as organizações não governamentais, que tenham sido qualificadas como organizações sociais, é uma forma de descentralização administrativa por colaboração, como no caso do exemplo trazido por ela da realização de contrato gestão com a organização social que venha a assumir a prestação de serviço público na área de saúde.

Quanto ao enquadramento das organizações sociais Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³ aponta com muita propriedade toda a indefinição que existe em torno do tema. Segundo a autora citada:

- 1) esse tipo de entidade se enquadra na categoria das entidades paraestatais, as quais para ela abrangem “pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional; o desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele; daí a expressão ‘entidade paraestatal’;
- 2) para os teóricos da Reforma do Estado esse tipo de entidade faz parte do chamado terceiro setor ‘aquele que é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse

12 14 OP. Cit. p. 46-47.

13 15 Op. Cit. p. 253-254.

público e não lucrativas'. O mencionado setor convive com o primeiro, reconhecido como sendo o Estado e o segundo, no qual se insere o mercado;

- 3) outros teóricos da Reforma do Estado reconhecem as organizações sociais como fazendo parte do terceiro setor, mas em uma categoria diferente chamada de 'públicas não estatais', as quais podem ser entendidas como sendo públicas '[...] porque prestam atividade de interesse público, com auxílio e controle pelo Estado; e não estatais, porque não integram a Administração Pública, direta ou indireta'.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴ considera que:

A administração dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada: diretamente – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; indiretamente – pelos entes públicos por ele criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público.

A partir dessa premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente.

Abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado administração privada associada de interesses públicos.

Chama atenção a citação acima para o fato de que a ação do Estado pode ser intensificada pelos esforços a serem empreendidos de forma associada tanto pelo setor público, quanto pelo privado, tendo em vista que a sociedade deve ter em mente o seu papel de auxiliar do Estado na realização do interesse público.

A qualificação da entidade como organização social é prévia à assinatura do contrato de gestão, justamente, porque a entidade qualificada está apta a receber alguns benefícios do poder público, tais como: utilização de bens públicos, repasse de recursos públicos e cessão de servidores públicos, para que ela possa desenvolver as atividades dispostas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998¹⁵.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro. Editora: Renovar. 2006. p. 340.

15 Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

No que se refere às organizações sociais Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ entende que:

‘Organizações sociais’, como resulta da Lei nº 9.637, de 15.5.98, são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º).

Ante o exposto, nota-se a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que uma entidade possa ser qualificada como organização social, tais como: 1) ser entidade privada, nesse caso, tanto poderá ser uma associação civil, quanto uma fundação; 2) não ter fins lucrativos; 3) ser qualificada pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador que corresponda à atividade que venha a ser por ela desenvolvida (deve ter adequação com o objeto social); 4) suas atividades devem estar voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.637/1998); 5) deverá preencher os requisitos legalmente presentes no art. 2º da Lei nº 9.637/1998, os quais já foram tratados em ponto específico deste trabalho.

Como bem apontado pelo Ministro Luiz Fux no voto acima referido os requisitos legais do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.637/1998 podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas, mas a decisão pela qualificação ou não da entidade que venha a se habilitar fica condicionada à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Sobre a polêmica existente em torno da necessidade de abertura de um procedimento licitatório para a escolha da entidade a ser qualificada o Ministro Luiz Fux em seu voto proferido na ADIN nº 1923/DF equiparou essa etapa de escolha ao chamado credenciamento¹⁷, entendeu o referido Ministro, naquela oportunidade, que:

[...]

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora: Malheiros. 28. ed. 2010. p. 237.

17 O Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto ao credenciamento nos seguintes termos: O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos, reiterou ensinamento contido no Voto condutor do Acórdão nº 351/2010-Plenário, no sentido de que, ‘embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal’; a inviabilidade de competição ‘configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas’. Deixou assente o relator que não há concorrência entre os interessados; preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade de condições com todas as demais que forem credenciadas. ‘Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade’. (Acórdão n.º 408/2012-TCU-Plenário, TC- 034.565/2011-6, rel. Min. Valmir Campelo, 29.2.2012).

A doutrina contemporânea tem feito uso do termo *credenciamento* para denominar tais casos, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo *includente*, e não *excludente*.

[...]

Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. (grifos no original)

Observa-se, então, que todas as entidades que venham a preencher os requisitos legalmente previstos (Lei nº 9.637/1998) estão aptas a ser credenciadas e qualificadas como organização social. Assim, não há necessidade de abertura de um procedimento licitatório, tendo em vista que não haverá competição entre as entidades que se habilitem a desenvolver uma das atividades previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998.

Todavia, a decisão final referente à qualificação da entidade vai caber ao poder público.

Além disso, importante disposição trouxe o art. 20 da Lei nº 9.637/1998¹⁸, nele se observa a possibilidade de absorção pelas organizações sociais qualificadas das atividades desenvolvidas por órgão ou entidade públicos extintos por meio de Lei que quando atuantes desenvolvessem alguns dos serviços públicos mencionados no art. 1º da Lei nº 9.637/1998.

O art. 12 da Lei nº 9.637/1998¹⁹ também dispõe que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão às organizações sociais.

18 Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 10, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente.

19 Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão."

Sobre a destinação de recursos orçamentários tratou-se do tema no capítulo I. Em relação à destinação de bens públicos como já disposto linhas acima essa destinação é uma forma de fomentar a atividade a ser desenvolvida pela entidade privada. Foi exatamente nesse sentido que o Ministro Luiz Fux manifestou-se na ADIN 1923/DF:

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais [...] (grifos no original).

Ainda, o art. 14 da Lei nº 9.637/1998²⁰ faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Também, nesse caso, a concessão do citado benefício faz-se necessária para o desenvolvimento da atividade a ser desempenhada pela entidade privada.

8 SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO ESTATAIS E A ATIVIDADE DE FOMENTO

Segundo Marçal Justen Filho²¹:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

20 Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

21 Op. Cit. p. 687.

Sob essa ótica, deve-se reconhecer que o serviço público é atividade não apenas pública, haja vista o fato de que as necessidades que ele busca satisfazer estão relacionadas aos direitos fundamentais, os quais não estão disponíveis, mas também, administrativa, tendo como destinatários pessoas indeterminadas.

Com isso, importante observação foi feita por Marçal Justen Filho²² no sentido de que antes do serviço vir a ser considerado como sendo estatal ele vai ser reconhecido como público, logo, o serviço não é apenas considerado público porque prestado pelo Estado. Ele já era público antes mesmo de sua prestação ser feita pelo Estado, por isso entidades não exclusivamente estatais poderão prestar serviços públicos, as quais, diga-se de passagem, irá prestá-lo em nome próprio.

De fato, não deve o Estado ser considerado titular exclusivo da prestação de serviços públicos²³.

Desse modo, atividades que não sejam consideradas monopólio estatal poderão ser prestadas pelos particulares cabendo ao Estado, nesses casos, regulamentar como deve se dar a prestação do serviço e, principalmente, como deverá ser fiscalizado²⁴.

Para Marçal Justen Filho²⁵ poderá existir exclusividade na prestação do serviço quando restar configurada situação de monopólio natural. Entende o mencionado autor que:

Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito

²² Op. Cit. p.692.

²³ Art. 175 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

²⁴ Já decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente." (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36).

²⁵ Op. Cit. p. 705.

elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico. Ou seja, quanto maior o número de usuários do sistema, menor o custo para fornecer outras prestações.

Noutro prumo, para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶:

Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

- 1) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado;
- 2) Serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros;
- 3) Serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e
- 4) Serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorga-los em concessão ou permissão a terceiros.

Portanto, forçoso reconhecer que vão existir serviços públicos que não necessariamente devem ser prestados pelo Estado, nesses casos, caberá ao Estado regulamentar a melhor forma de controle da prestação desses serviços pelo agente escolhido. É o caso, por exemplo, dos serviços de saúde, educação, previdência social e de assistência social, considerados não exclusivos do Estado.

Sobre o assunto Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ com muita propriedade destaca que:

É que, embora a Lei Magna os declare um 'dever do Estado' (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também, ou (a) que 'são livres à atividade privada' (arts. 199 para a saúde; 209 para a educação) ou (b) expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II, para a assistência social), ou (c) pressupõe uma atuação 'complementar' da iniciativa privada (art. 202 para a previdência social).

Também no âmbito da cultura, desporto, ciência e tecnologia poderão existir atuação privada, no entanto, é importante, como já destacado, que a forma seja regulada pelo Estado²⁸.

No mesmo sentido acima se expressou o Ministro Luiz Fux em seu voto emitido na ADIN 1923/DF:

²⁶ Op. Cit. p. 696.

²⁷ Op. Cit. p. 284.

²⁸ Op. Cit. p. 696.

Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são ‘livres à iniciativa privada’.

Do excerto acima se pode concluir que o fato de a Constituição da República fazer opção para que atividades ligadas aos setores acima mencionados não sejam consideradas como dever apenas do Estado demonstra que a sociedade também tem o múnus na sua prestação, por isso atividades dessa natureza são consideradas como sendo livres à iniciativa privada.

Importante notar que pode ser distinta a titularidade do serviço daquela relacionada à sua prestação²⁹.

Nesse diapasão, mesmo quando o Estado detém a titularidade do serviço, casos haverá que a sua prestação poderá ser realizada por outras entidades, logo, a prestação se dará de forma compartilhada, contudo, é recomendável que o Estado venha a garantir a prestação e regular a forma na qual ela deve ser realizada, assim acontece, por exemplo, com as concessões e permissões de serviços públicos³⁰.

Contudo, merece destaque a observação feita pelo Ministro Luiz Fux³¹ nos seguintes termos:

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. [...] Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais

29 OP. Cit. p. 285.

30 Artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal dispõem que:
Art. 21. Compete à União:

[...]XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

31 ADIN 1923/DF.

atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, caput, da CF. (grifos no original).

Portanto, para o Ministro Luiz Fux atividades reconhecidas como sendo de serviços públicos sociais não necessitam de nenhum ato negocial de delegação, como acontece, por exemplo, no caso das concessões e permissões de serviços públicos, disciplinadas pelo art. 175 da Constituição da República, para que sejam desenvolvidas pelos particulares.

A posição acima também parecer ser a defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³²:

Os vínculos são legalmente definidos de acordo com a natureza das entidades de direito privado associadas, que podem ser, basicamente, entidades paraestatais, que contam com um vínculo de delegação legal, e entidades extra-estatais, que se caracterizam pela delegação administrativa; neste caso, contratual, complexa ou unilateral, conforme a natureza do ato instituidor do vínculo.

À vista disso pode se chegar à conclusão de que o vínculo formado entre a organização social e o poder público decorre do ato de qualificação e o contrato de gestão é ato por meio do qual a mencionada relação será regulamentada.

Outro ponto importante é que quando a atividade for considerada como sendo um serviço público, mesmo que não estatal, as normas relacionadas ao regime de direito privado devem ser levadas em consideração no que for aplicável, já que o regime público passa a ter maior relevância.

Além disso, Marçal Justen filho³³ pontuou que: 1) o serviço público é uma intervenção estatal no domínio econômico, pois “envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível”; 2) a Constituição é o documento hábil para identificar as atividades que deverão ser prestadas como serviços públicos e quais podem ser considerados como sendo atividades econômicas; 3) a qualificação da atividade como um serviço público depende de seu reconhecimento jurídico como uma atividade necessária à satisfação de direitos considerados fundamentais, o que deve estar expresso em algum diploma normativo.

32 Op. Cit.p. 340.

33 Op. Cit. p. 692-693.

Com isso, pode-se dizer que serviço público é uma forma de satisfação dos direitos fundamentais por parte do Estado, bem como meio para realização de políticas públicas.

Por outro lado, poderá o Estado decidir transferir recursos para particulares que preencham determinados requisitos, os quais levem em consideração a capacidade dos mencionados entes privados em realizar os fins sociais e, nesse caso, portanto, a escolha do Estado será no sentido de fomentar uma atividade que seja considerada de interesse social.

Marçal Justen Filho³⁴ definiu a atividade de fomento como sendo:

[...] uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando promover o desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, o repasse de recursos financeiros para os entes privados procura incentivar a realização de atividades que possuam, acima de tudo, interesses sociais. É uma forma que busca a efetivação do desenvolvimento econômico e social do Estado. O desenvolvimento dos setores referidos justifica o repasse de recursos realizados pelo Estado.

Como o fomento pode ser considerado uma atividade pública torna-se compreensível o fornecimento de bens públicos e servidores pelo Estado.

Outra forma encontrada pelo Estado para fomentar a atuação das organizações sociais, que tenham sido qualificadas pelo poder público, foi criar uma hipótese de dispensa (Lei nº 9.648/1998) incluindo o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Essa foi a forma encontrada pelo Estado para reconhecer que esse tipo de entidade deve ser reconhecida como colaboradora do Estado na implementação de políticas públicas.

Ilustra bem a opção feita pelo Estado o trecho abaixo retirado do voto do Ministro Luiz Fux na ADIN 1923/DF expressa claramente a intenção do Poder Público quando da criação do modelo de colaboração entre o setor público e o privado na prestação de serviços pelas organizações sociais:

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais e atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada

34 Op. Cit. p. 677.

a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado. (grifos no original).

Ante o exposto chega-se à conclusão de que a atividade de fomento deve ser considerada serviço público não estatal e, dessa forma, as organizações sociais prestam serviços públicos não estatais.

Relacionado ao assunto, o Ministro Luiz Fux quando se manifestou na ADIN 1923/DF destacou toda a polêmica existente em torno do tema:

Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse público*, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos. (grifos no original).

Considerando que a Constituição Federal não exigiu que o Poder Público atue, no campo do serviço público, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional foi expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, por meio do fomento, como o faz no caso de setores relacionados à saúde (CF, art. 199, §2º) e educação (CF, art. 213) de acordo com o que foi exposto neste trabalho quando essas atividades forem prestadas diretamente pelos particulares passarão a serem consideradas serviços públicos de execução não estatal.

Quanto ao fato do tipo de atividade a ser prestada pelas organizações sociais serem consideradas como sendo atividade econômica não há como negar essa natureza aos serviços públicos, todavia, eles não deixarão de fazer parte dessa categoria.

Importante lição sobre o assunto foi apresentada por Marçal Justen Filho³⁵:

Não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos

35 Op. Cit. p. 653-654.

para a satisfação de necessidades individuais. Portanto, trata-se de uma atividade de natureza econômica.

Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. É possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Portanto, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito). Isso não significa que a evolução do cenário jurídico esteja completa e encerrada. Existem atividades cujo enquadramento em uma das duas categorias é problemático, e que podem ser referidas como atividades de interesse coletivo.

Portanto, o serviço público não pode deixar de ser considerado uma atividade econômica, mas, não perde a sua natureza de serviço público por conta desse fato, logo, as atividades desempenhadas pelas organizações sociais são serviços públicos, os quais são executados por entes não estatais, por isso passam a ser considerados serviços públicos de execução não estatal.

9 POLÍTICAS PÚBLICAS

10 CONCEITO

Pode-se dizer que políticas públicas são um meio por onde o Estado pode agir, assim, partindo de um planejamento anterior o Estado tem como analisar em quais setores deverá atuar, tais como: 1) desemprego; 2) poluição; 3) igualdade de gênero ou raça, e; 4) analfabetismo.

Maria Paula Dallari Bucci³⁶ dispondo sobre o conceito de política pública conceituou-a da seguinte maneira:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Organizadora. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

Do conceito acima se pode extrair que a política pública requer um planejamento estatal prévio direcionado à escolha do que irá melhor atender ao interesse coletivo.

Nota-se, ainda, do conceito mencionado que a autora destaca que uma boa política pública deve ordenar os meios de que o Estado dispõe não deixando de considerar as atividades privadas. Além disso, não há como não considerar que o planejamento da ação estatal também tem relevância à medida que leva à necessidade de um estudo relacionado ao que é considerado socialmente relevante para aquele momento vivido pelo Estado especificamente e quais decisões políticas devem ser buscadas.

Na segunda parte do conceito acima citado deve-se destacar o tipo ideal de política pública traçado pela autora.

Nesse sentido, para que uma política pública seja considerada ideal deverá ela: 1) ter objetivos definidos para que se possa buscar realizá-los; 2) expressar o atendimento às prioridades da coletividade; 3) os meios financeiros devem estar reservados para a sua implementação e nesse ponto o orçamento passa a ter importância, pois é nele que estarão previstas as ações governamentais; 4) prever em quanto tempo se espera que os resultados esperados sejam atingidos.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a escolha quanto a realização de determinada política pública é uma decisão estatal a execução direta ou indireta pelo Estado de certa atividade que irá resultar no atendimento à política pública eleita não deixa de ser também uma decisão estatal³⁷.

Nesses termos, Vanice Lírio do Valle³⁸ refletindo sobre o conceito de política reflexiva ressaltou que:

[...] denomina política reflexiva, por intermédio do qual, no espaço público de decisão, se discutam os limites e possibilidades do Estado; exercício esse que pode conduzir à conclusão por sua incapacidade (técnica, ou financeira, ou gerencial, ou ainda de qualquer outra natureza) para o desempenho da atividade em cogitação; ou, ainda, pela circunstância de que, do ponto de vista de realocação de recursos e meios, a melhor alternativa seja o recurso a terceiros [...]

De fato, a escolha pelo Estado da execução de determinada atividade por terceiros leva em conta tudo que se viu até esse ponto sobre o que se entende como sendo a política pública.

37 Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis apresentou em seu artigo intitulado "Terceiro Setor, políticas públicas e tributação" um conceito para política social. Na visão da autora: "A Política Social, por sua vez, é um tipo de política pública, cuja expressão se dá por meio de um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e abrangente, que orientam a atuação do poder público em uma determinada área."

38 VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 33.

Na medida em que a política pública passa a ser entendida como uma decisão estatal, com objetivos definidos, voltados ao atendimento do interesse público a forma para sua implementação passa a ter relevância, visto que os recursos e os meios à disposição do Estado sendo escassos dificultam ou muitas vezes impossibilitam o atendimento devido a certa política pública. É nesse caso que a transferência da execução de determinado serviço público passa a ser levada em consideração, justamente, para que em parceria com o Estado o privado passe a atuar e participar do atendimento às necessidades da coletividade.

11 FORMAS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Como visto no ponto anterior para a implementação das políticas públicas necessita o Estado traçar metas (a médio e longo prazo) a serem alcançadas e, geralmente, isso se dá através de normas, especialmente, criadas para isso.

Outra questão relevante diz respeito à identificação por parte do Estado de quais os anseios da comunidade como um todo a fim de identificar a melhor política pública a ser aplicada em busca de sua “indispensabilidade para realização e desenvolvimento da coesão social.”

³⁹

Forçoso reconhecer, ainda, que a política pública possui uma estreita relação com o serviço público na medida em que água, saneamento básico, energia e infraestrutura são alguns exemplos de ações que podem ser efetivadas por meio de uma política pública.

Noutro prumo, o ideal a ser alcançado com uma política pública é que a sociedade possa expressar o que é mais importante para ela naquele determinado momento, assim, sendo ouvido pelo Estado o indivíduo passa a ser visto como cidadão, também, responsável pela realização da política pública.

Dessa forma, tendo como ponto de partida as metas traçadas a serem alcançadas “as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, também agentes econômicos, organizações da sociedade civil e também os particulares, como indica uma rápida lançada de olhos sobre políticas econômicas ou as políticas sociais de saúde, de educação, de trabalho.”⁴⁰

Nesse contexto, a conclusão a que se pode chegar é no sentido de que a realização das políticas públicas tem como fim a materialização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Desse modo, a intenção maior do Estado quando busca efetivar parceria com o setor privado é buscar investimentos desse setor para

³⁹ Op. Cit. p. 54.

⁴⁰ Op. Cit. p. 58.

que sejam executadas obras e serviços públicos considerados essenciais para o desenvolvimento econômico, social e político. Esse também foi o ensinamento de Manoel Messias Peixinho quando dispôs que:

[...] Os direitos fundamentais somente podem ser plenamente vivenciados quando, por exemplo, o Estado, por meio de um contrato de parceria público-privada, investe em obras de infraestrutura. Estas obras poderão ter por objeto a criação ou melhoramento de redes de fornecimento de água, esgoto e energia elétrica que servirão para a construção de rodovias, ferrovias, construção e modernização de portos e aeroportos, hospitais, urbanização e loteamentos, construção hidroelétricas, termoelétricas, dentre outras.

Certo é que a utilização de um parceiro privado tem como objetivo principal prestar os serviços públicos da melhor forma para a coletividade, tendo em vista que a demanda pelos serviços públicos é crescente e muitas vezes o Estado esbarra no déficit orçamentário para que seja feita a devida prestação.

Por outro lado, forçoso reconhecer que a iniciativa privada tem a capacidade de forma mais ágil realizar obras e prestar os serviços públicos.

12 O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS AGENTES RESPONSÁVEIS POR SUA VIABILIZAÇÃO

Como destacado linhas acima o papel do Estado na efetivação das políticas públicas está relacionado as modificações de perfil processadas no Estado por conta dos paradigmas constitucionais modernos (Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito).

Assim, no Estado Liberal não se observava considerações materiais de desigualdade fática dos indivíduos, já no Estado Social os indivíduos como eram considerados “clientes” do Estado não participavam ativamente das decisões do Estado. Por fim, no Estado Democrático de Direito existe uma participação ativa dos cidadãos sob várias formas (opinião pública – influencia o processo político decisório, procedimentos jurisdicionais e administrativos, como forma de os indivíduos veicularem suas pretensões, reivindicações e interesses). Verificaram-se iguais liberdades subjetivas na formação do direito.

A passagem do Estado absenteísta (Estado liberal) para o Estado produtor (Estado-providência), e deste para o Estado regulador, foi marcada por crises econômicas que vieram a impactar diretamente as feições do Estado em sua relação com a economia, na idade Moderna e trouxeram reflexo no papel a ser desempenhado pelo Estado.

Nesse sentido, na passagem do Estado liberal para o Estado social, o primeiro evento que será trazido é o cenário da crise econômica surgida desde o final da primeira guerra mundial (O Estado liberal mostrou-se incapaz de superar as crises e as destruições que o conflito gerou) aliado a quebra da bolsa de Nova York de 1929, o qual resultou em uma participação maior por parte dos Estados para controlar o caos socioeconômico resultante do período.

O cenário acima mencionado deveu-se, principalmente, à ideologia do Estado “absenteísta”, o qual entendia que o âmbito das relações privadas estaria completamente fora de sua alçada de legítima atuação (convicção de que cada indivíduo deveria saber escolher suas próprias necessidades e a melhor forma de satisfazê-las). Para o Estado, portanto, restava apenas o papel de criação das condições necessárias para isso.

Nesse diapasão, essa completa e absoluta liberdade dos agentes econômicos resultou no que se convencionou chamar de “mão invisível do mercado”.

Mas, a carência na prestação de serviços públicos essenciais resultante da política acima disposta, o desemprego e a miséria trouxeram consigo a necessidade de mudança de paradigma de Estado para um outro que viesse permitir que todos os membros da sociedade tivessem acesso a meios de vida antes colocados à disposição apenas dos que tiveram condições econômicas individuais suficientes para tanto.

Surge a partir daí o chamado Estado produtor, aquele que intervém diretamente na economia, assim, ele passa a produzir, comercializar e distribuir bens e serviços, além de ter que garantir a proteção da população.

Todavia, todo esse financiamento por parte do Estado acaba por gerar falta de recursos do Estado para a manutenção de projetos que viessem a satisfazer o interesse coletivo o que acaba ocasionando uma crise fiscal (crise de financiamento do Estado social), o que evidenciará a incapacidade de o Estado continuar a atuar diretamente na economia provendo bens e serviços para a sociedade.

Aliado a tudo isso, a crise do padrão monetário mundial com o fim do gold Exchange standard (paridade dólar-ouro) e com o dólar deixando de ser a moeda-reserva internacional estável o que gerou a flutuação do câmbio, a desorganização do sistema de regulação criado pelo acordo de Bretton Woods e abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas a produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo.

Ainda, os choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979 desnivelaram subitamente os preços dos bens e serviços, o que, além de gerar desequilíbrios econômicos nos países mais ou menos desenvolvidos, acabou paralisando temporariamente o mercado.

Dessa forma, mais uma vez altera-se o paradigma de Estado e a intervenção do Estado na economia passa de direta para indireta (Estado regulador), logo, devolve à iniciativa privada a tarefa de gerar desenvolvimento econômico e social.

No Plano Diretor de Reforma do Estado observa-se que foi retratada a crise do Estado, a qual foi relacionada em três eixos:

A Crise do Estado define-se então como: (1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado de bem-estar social nos países desenvolvidos, a substituição de importações no Terceiro Mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da administração pública burocrática (Brasil: Presidente, 1995, p. 15).

À vista disso, a conclusão que se chega é que o papel do Estado na efetivação das políticas públicas vai ser alterado e sua intensidade será medida de acordo com o modelo de Estado que venha a ser adotado. Dessa maneira, no modelo atual de Estado, a sociedade civil passa a realizar, em parceria com o Estado, a prestação de serviços.

Consequentemente, o que se observa hoje é a existência de um compartilhamento de responsabilidades pela efetivação das políticas públicas com a sociedade. Assim sendo o Estado não deixa de atender a sua responsabilidade constitucionalmente prevista, como agente das políticas públicas, mas, agora no papel de um Estado regulador das políticas públicas.

Dessarte, a sociedade passa a ter uma prévia conscientização com relação à necessidade de compartilhar a responsabilidade pela efetivação das políticas públicas com o Estado.

13 CONCLUSÃO

A grande conclusão que se chega ao final deste trabalho é que deve-se repensar o direito de modo que ele possa se adequar às necessidades sociais e econômicas.

Levando em consideração que o setor público tem se mostrado sobrecarregado desde o surgimento dos Estados liberal e social, o atual Estado democrático busca amenizar os efeitos ocasionados pelos mencionados paradigmas de Estado utilizando-se das parcerias entre o setor público e privado como uma forma de efetivação de políticas públicas e as entidades privadas sem fins lucrativos também passaram a ser inseridas nesse modelo.

Ademais, por meio do contrato de gestão é possível trazer mais eficiência para o Estado, principalmente, pelo fato de que por meio desse tipo de instrumento torna-se possível realizar um controle de resultados da prestação de serviços que está sendo repassada para o setor privado.

Desse modo, o serviço que não seja considerado exclusivo do Estado passa a ser transferido ao setor privado, para que ele possa de acordo com as metas e diretrizes presentes no contrato de gestão de forma eficiente prestar o serviço à sociedade.

Torna-se possível, ainda, por meio do contrato de gestão possibilitar um controle a ser feito, também, pela sociedade por meio das metas e da publicidade que pode ser implementada por meio desse instrumento jurídico.

Tudo isso foi o que se procurou demonstrar ao longo deste trabalho.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSSI, Lucilene. Parcerias entre o Poder Público e a Esfera Privada como Instrumentos de Descentralização da Ação Estatal: diferentes perspectivas. Artigo apresentado para o mestrado em Educação pelo Departamento de Educação do Instituto de Biociências da UNESP - Rio Claro.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. Coordenador. CANEN, Dóris. Coordenador adjunto. *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Organizadora. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros editores. 2002.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p.953, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31112>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon. Terceiro Setor, políticas públicas e tributação. *Revista de Direito do Terceiro Setor _ RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p., jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39450>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública Brasileira*. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 195232, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31119>>. Acesso em: 21 jul. 2013. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jul. / set. 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Lumen Juris editora. Rio de Janeiro.2011.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Fórum editora. Belo Horizonte. 2012.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Texto-base fornecido no curso de pós-graduação online em parceria com Universidade de Brasília e a Escola da Advocacia-Geral da União.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996). Acesso pelo link: <http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora: Malheiros. 28. ed. 2010.

VERONESE, Alexandre. *As unidades de pesquisa do MCT e a reforma do Estado: Organizações Sociais – 1995-2002*. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2011.

