XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-082-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram a analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górgio da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar a fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

INFLUÊNCIAS DO NEOLIBERALISMO NA ORGANIZAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

INFLUENCES OF NEOLIBERALISM IN THE LEGAL AND ADMINISTRATIVE BRAZILIAN ORGANIZATION

Isadora de Souza Fonseca

Resumo

A era neoliberalista econômica tem início no pós-guerra, fortemente marcada por um processo econômico globalizado, de inter-relacionamento entre os Estados em suas transações comerciais, influenciados por agentes econômicos internacionais privados e não tipicamente estatais. Estes agentes são atuantes além das fronteiras territoriais e normativas dos Estados Nacionais, descentralizando a produção e positivação jurídica, que deixa de ser monopólio estatal e, desta forma, relativizam a soberania dos Estados Nacionais, gerando uma crise do Estado Nacional. Esta crise tem seus pressupostos no fato de que grupos econômicos passam a ser fonte normativa de um direito privado econômico, aplicável internamente nos Estados Nacionais, com superação da radical dicotomia entre esfera pública e privada, da separação entre sociedade civil e Administração Pública, sendo que, o presente trabalho pretende analisar as influencias deste fenômeno econômico global na remodelação da estrutura administrativa estatal brasileira. Esta remodelação mencionada visa uma gestão pública mais eficiente e mais adequada ao novo paradigma mundial de globalização econômica, culminando na Reforma Administrativa brasileira implementada pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que procurou trazer um entrecruzamento entre a atuação administrativa e a participação de agentes privados, por meio de institutos jurídicos administrativos inovadores, tais como as agencias reguladoras, em consonância com o artigo 175 da Constituição Federal, os contratos de gestão, nos termos do artigo 37, parágrafo 8 da Constituição Federal e as agencias executivas, nos termos da lei que as criou, n. 9.649/98, dentre outras tendências.

Palavras-chave: Neoliberalismo, Globalização, Reforma administrativa, Estado gestor

Abstract/Resumen/Résumé

The neoliberal economic era begins after the war, strongly marked by a globalized economic process, the inter-relationship between the states in their commercial transactions, influenced by international private economic agents not typically state. These agents are acting beyond territorial and normative boundaries of nation states, decentralizing production and legal assertiveness, it ceases to be state monopoly and thus relativize the sovereignty of nation states, generating a crisis of the nation state. This crisis has its assumptions on the fact that economic groups become normative source of economic private law applicable internally in the National States in overcoming the radical dichotomy between public and private sphere,

the separation between civil society and public administration, and , this study aims to analyze the influence of this global economic phenomenon in remodeling the Brazilian state administrative structure. This mentioned remodeling is aimed at more efficient public management and more appropriate to the new global paradigm of economic globalization, culminating in the Brazilian Administrative Reform implemented by Constitutional Amendment. 19 1998, which sought to bring a crisscross of administrative action and the participation of private agents, through innovative administrative legal institutions, such as regulatory agencies, in accordance with Article 175 of the Federal Constitution, the management contracts, Article 37, paragraph 8 of the Federal Constitution and executive agencies, under the law that created them, n. 9649/98, among other trends.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoliberalism, Globalization, Administrative reform, Manager status

INTRODUÇÃO

Em breve introito histórico, no período da Revolução Industrial, a desenvolver-se na Inglaterra nos Séculos XVIII e XIX, logo após a Revolução Francesa, também no Século XVIII, o Estado não se preocupava em prestar os serviços públicos aos cidadãos, os quais ficavam relegados inteiramente à iniciativa privada, influenciado que era o Estado Nacional da época pela própria concepção de "Estado" formulada pela Revolução Francesa (1789), a qual, encabeçada pela burguesia, lutou pela queda do Estado Absolutista e pela interferência do Estado na vida e negócios dos cidadãos, assumindo o Estado uma posição omissiva e negativa, com a garantia pelo Estado dos direitos fundamentais de 1ª dimensão, quais sejam, vida, propriedade e igualdade perante a lei.

Ainda na época da própria Revolução Industrial, porém, esta concepção de "Estado" começou a mudar na medida em que a exploração de mão de obra e as desigualdades sociais e econômicas clamaram do Estado uma atuação mais efetiva na ordem econômica, a fim de garantir igualdade material e os direitos fundamentais de 2ª dimensão, coletivos e sociais, emergindo um novo contexto de estatização dos serviços públicos, com afastamento da iniciativa privada da economia, proliferando-se as entidades estatais e paraestatais, surgindo o "Estado Social" e "Estado de Bem-Estar Social". Logo, com isto, por lógica, não havia a necessidade de que o Estado regulasse, controlasse ou fiscalizasse esta prestação de serviços públicos, a qual já era prestada pelo Estado mesmo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, pg. 150), diz, porém, que este Estado se hipertrofiou e vivemos um movimento de regresso da prestação dos serviços públicos para a esfera privada, com a necessidade de regulação e de controle pelo Estado da prestação destas atividades, agora sim, em âmbito privado, com a criação de órgãos especializados para regulação, controle, fiscalização e gerenciamento de diferentes setores de serviços, o que inspirou a reforma administrativa e a emenda constitucional n. 19/1998, a qual trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro os institutos das agências reguladoras, agências executivas, contratos de gestão, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

OBJETIVOS

Análise da influência da economia neoliberal e da globalização econômica na promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998, que instituiu o Estado Gestor, por meio da criação de

instrumentos jurídicos aptos a propiciar a participação de entes privados na gestão da vida pública administrativa do Estado brasileiro, quais sejam, agências reguladoras, agências executivas, contratos de gestão, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

Análise da opinião doutrinária sobre a Emenda Constitucional n. 19/1998, apresentando opiniões contra e a favor da medida, expondo e ponderando seus pontos positivos e negativos.

Comentários acerca dos conceitos, funcionamento e aplicação de cada um dos institutos jurídicos trazidos com a Emenda Constitucional n. 19/1998, bem como estudo a respeito de sua efetividade.

METODOLOGIA

Como dispositivo metodológico, mediante pesquisa bibliográfica, por meio do método compilativo, foi realizada uma pesquisa a respeito das opiniões contrárias e favoráveis à Emenda Constitucional n. 19/1998, consultando-se obras de doutrinadores do da área de direito administrativo, constatando-se importante divergência doutrinária na matéria.

Além disto, foi realizada pesquisa e leitura de artigos científicos que tratam do tema da análise econômica do direito, a fim de se relacionar os temas "direito", "economia neoliberal" e "direito administrativo", com fichamento crítico-analítico de todo o material coletado, com a posterior a análise, organização, resumo, catalogação e sistematização de todo o material obtido, para a organização e produção da redação do artigo científico, por meio do método dedutivo.

DA CONJUNTURA NEOLIBERAL ECONÔMICA ATUAL

GLOBALIZAÇÃO, RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E CRISE DOS ESTADOS NACIONAIS CLÁSSICOS

A doutrina tradicional distingue três elementos que comporiam o Estado: território, povo e poder (MALUF, Sahid. 2013). Neste sentido, o Estado deve ocupar um território delimitado próprio sobre qual teria direito de exercer sua jurisdição, sendo que, povo representaria a unidade da ordem jurídica nacional válida para os indivíduos residentes no território delimitado e o poder, por sua vez, é a soberania (KELSEN, 2000).

Estes pressupostos clássicos do Estado Nacional se abalam diante do neoliberalismo econômico atual, iniciado pós 2ª Guerra Mundial (STREECK, Wolfgang. 2012), com a integração dos mercados financeiros em escala global que sujeita economias nacionais às consequências de decisões tomadas fora de seus territórios, tendo em vista que os espaços tradicionalmente reservados ao direito positivo já não coincidem com o espaço territorial e o Estado Nacional como ordenamento originário, unitário, autossuficiente e independente está em crise (FERRAJOLI, Luigi. 2007), tendo em vista que as decisões externas ao Estado Nacional, tomadas fora de seu território por outros povos, bem como os valores internacionais, tanto jurídicos quanto econômicos, interferem em sua soberania internamente, tendo em vista que o cenário internacional exerce *pressão* nos Estados Nacionais.

O Estado de Direito Nacional não é mais o centro do poder decisional, perdendo no mundo globalizado contemporâneo o monopólio estatal da produção jurídica, sendo obrigado a dividir terreno com agentes internacionais, organizações, poderes supra-estatais, como OMC, FMI, Banco Mundial, OTAN, G8 e poderes econômicos transnacionais de mercado (FERRAJOLI; ATIENZA. 2005).

Vive-se hoje, na economia contemporânea neoliberal, uma crescente interdependência entre soberanias, povos e territórios, sendo necessário reformular conceitos jurídicos tradicionais, pois, o direito já não controla a economia e este cenário globalizado gera consequências jurídicas nos Estados Nacionais internamente, pois, estes devem amoldar-se às exigências do contexto econômico neoliberal internacional.

O Brasil pretende regular sua economia interna, com norma positivada na CF/88, artigo 170, inspiração neoliberal e keynesiana. Porém, o contexto econômico neoliberal mundial atual é sobremaneira determinante para a economia doméstica, quando contraposto com a regulamentação interna do Estado de Direito, tendo em vista que o Estado de Direito Nacional já não tem supremacia, universalidade ou exclusividade na regulação da ordem econômica, concorrendo com o direito privado contratual produzido por agentes econômicos supra-estatais: OMC, FMI, Banco Mundial, OTAN, G8, o que influencia na organização político-administrativa dos Estados Nacionais.

DAS NOVAS TENDÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO NEOLIBERAL ECONÔMICO GLOBALIZADO

A REFORMA ADMINISTRATIVA E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998

Contextualizando este fenômeno tratado, ao influenciar as estruturas administrativas dos Estados Nacionais, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte (1997, pg. 14) dizem que a organização jurídico-administrativa do Estado Brasileiro, por exemplo, passa de um paradigma moderno de Estado Nacional, com fronteiras rígidas entre jurisdições soberanas fortemente territorializadas e separação radical e dicotômica entre Poder Público e Sociedade Civil (aquele, monopolizador da jurisdição e da função legislativa e esta, palco de atuação dos agentes econômicos privados) para um modelo imperialista, marcado pela descentralização e fragmentação política, formada por diversos centros decisórios de poder, marcado pela despolitização e globalização econômica.

Isto ocorre pela dinâmica do próprio modelo capitalista vivenciado no neoliberalismo econômico atual, tendo em vista que o capital, a produção e o consumo necessitam de mercados livres para livremente circular e garantir o crescimento econômico, desterritorializando os Estados Nacionais, relativizando fronteiras soberanas e expandindo-se globalmente.

Este fenômeno é fortemente marcado por uma nova configuração do Poder Público e do próprio Estado Nacional frente aos seus cidadãos que compõem a sociedade civil, na qual estão contidas as empresas e os agentes econômicos, ou seja, na concepção moderna (e não imperial, de Cademartori e Duarte) é na sociedade civil que atuam os agentes econômicos, produzindo e circulando o capital, separados que estão da Administração Pública, que exerce a jurisdição e atuação político-administrativa-legislativa por meio dos Poderes Tripartites: Judiciário, Executivo e Legislativo.

Neste sentido, Cademartori e Duarte (1997, pg. 18), descrevendo o modelo administrativo moderno, dicotômico entre Poder Público e Sociedade Civil, dispõem que:

> A diferença entre a velha e a nova Administração Pública está em que, nos modelos políticos baseados na soberania nacional, a administração se exercia integrando linearmente os conflitos, isto significava que ela se organizava como um aparato de poder coeso a fim de que pudesse reprimi-los, normalizando a vida social e com isto, alcançando o desiderato do Poder Público (paz social, ordem pública e segurança das relações jurídicas) ou seja, o equilíbrio de forças que interagiriam entre os espaços criados entre o Poder Público e a Sociedade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, pg. 155) também descreve o modelo administrativo mencionado:

> Enquanto as relações jurídicas se ajustavam à summa divisio entre interesses públicos e interesses privados, era relativamente simples e fácil a categorização dos institutos referidos, de um lado, ao Estado (quod ad statum rei Romanae spectat) e de outro, aos entes da sociedade (quod ad singulorum utilitatem pertinet), ou seja, à dicotomia romanista entre o público e o privado.

Porém, no contexto neoliberal econômico globalizado, cai por terra a dicotômica separação entre sociedade civil e Administração Pública, na medida em que os eixos de atuação entre as duas esferas, a privada e a pública, respectivamente, se aproximam e interceptam, passando a Administração Pública a ser mais autônoma e menos centralizada e hierarquizada, agindo e interagindo por meio de novos instrumentos jurídicos (acordos e contratos) com a sociedade civil e seus segmentos sociais e estes, por sua vez, passam a exercer papéis expressivos na condução administrativa brasileira, em direção a uma democracia participativa, com maior participação dos administrados, por meio de instrumentos normativos que propõem uma participação direta da sociedade nas decisões políticas e institucionais, ao lado da diminuição de atribuições direcionadas aos próprios entes estatais.

A nova tendência seria que o Estado, por meio de descentralização institucional, outorgue competências de regulação e controle públicos a outros entes, também estatais, paraestatais ou mesmo privados delegatários, denominadas "entidades intermédias" (MOREIRA NETO. 2001, pg. 157), as quais guardam vantagens em relação a tradicional atividade centralizada e burocrática estatal, tais como, a maior participação dos administrados e consequentemente, dos diretamente interessados nos assuntos, favorecendo a eficiência, legitimidade e a satisfatividade das decisões.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, pg. 1081), criticando acidamente o que acredita ser, na verdade, uma falácia neoliberalista, defensor do "Estado Providência" ou "Estado Social de Direito", descreve o fenômeno neoliberalista, nos termos seguintes:

> Seu consectário natural e incontestável seria a necessidade de redução do papel do Estado a um mínimo (O Estado-mínimo), cumprindo, então, privatizar as empresas estatais. O Estado deveria se limitar à "regulação", deixando a presença ativa no meio socioeconômico à ação das empresas e do livre-mercado, o qual, por si mesmo, provocará o equilíbrio e o bem estar social, pelo que, para ensejar o máximo de eficiência deste mercado, deve-se também "desregulamentar" o quanto possível, flexibilizando diversas relações, como as de trabalho por exemplo. Estas, as teses.

O referido autor, ainda, denomina a Emenda Constitucional n. 19/98, a Reforma Administrativa tratada neste trabalho, de "*Emendão*", "teratológica" (2010, pg. 228) e "mal-tramada" (2010, pg. 169), doutrinando veementemente contra o movimento neoliberalista, acusando-o de pretender suprimir o Estado Social de Direito sob o argumento de dever ser o

Estado Nacional não-intervencionista e economicamente viável, coisa que o Estado Social não seria, na visão liberal, propondo o movimento "falacioso" neoliberalista a Reforma Administrativa do Estado para redefinição de suas atividades com a introdução das figuras jurídicas expressivas que concretizam os objetivos do bloco da mudança, quais sejam, autarquias sob regime especial, agências reguladoras, agências executivas, contratos de gestão, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, pg. 147), em diâmetro oposto a Mello, vê na Reforma Administrativa pontos positivos, denominando os Estados de "Bem-Estar Social" de "Mega-Estado", dotado de "aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos", apontando o lado positivo das novas tendências e a "necessidade de repensar o desenho da administração pública":

> Assim é que, com o declínio dos modelos de Mega-Estado referidos e, com eles, das formas de intervenção concorrencial e monopolística na economia, ou seja, com a devolução da execução das atividades econômicas aos entes da sociedade, evidenciou-se a necessidade de abandonar a ingênua presunção de que os serviços públicos estavam sendo realmente submetidos e regras e controles de interesse público e, com isto, de republicizar os controles sobre algumas delas.

O referido autor (2001, pg. 150), inclusive, alerta para o fato de que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada inspirada no Estado criticado supra descrito, razão pela qual necessitou de emendas posteriores e, neste sentido, a Emenda Constitucional n. 19/1998 foi implementada no Brasil para tentar efetivar a tendência narrada em relação à organização política-burocrática-administrativa, em consonância com o novo paradigma econômico globalizado, promovendo a reforma administrativa na tentativa de desburocratiza-la, descentralizá-la e tornar a gestão pública mais efetiva e conciliá-la com um Estado Contemporâneo que se torna predominantemente neoliberalista econômico e global.

Entra em cena o Estado Gestor, na medida em que, para Cadermatori (1997, 42) "Se assiste um entrecruzamento e pluralização de instancias de atuação administrativa e de agentes privados sob o polemico discurso do "público não estatal"".

A partir da Emenda Constitucional n. 19/1998 assiste-se a privatizações de setores do Estado brasileiro e à formação de instancias políticas descentralizadas que chegam aos níveis da comunidade, na tentativa de tornarem-se desburocratizadas, com fragmentação da resolução dos conflitos e satisfação dos interesses sociais, propiciando-se uma maior participação dos administrados.

Alexandre Mazza, em seu Manual de Direito Administrativo (2015, pg. 121), aduz que a Emenda Constitucional n. 19/98, representativa da reforma administrativa, teve como pilar o

princípio da eficiência: *"Acrescentado no art. 37, caput da Constituição Federal pela Emenda n. 19/98, o princípio da eficiência foi um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal"*.

Passa-se abaixo à análise detida dos instrumentos jurídicos adotados pela Emenda Constitucional n. 19/1998, a Reforma Administrativa, para a consecução dos objetivos mencionados.

AGÊNCIAS REGULADORAS, AGÊNCIAS EXECUTIVAS, CONTRATOS DE GESTÃO, ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Um dos instrumentos jurídicos surgidos com a Reforma Administrativa foram as agencias reguladoras, que são espécies de autarquias, sob um regime denominado "especial", o que significa apenas que seus dirigentes serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, com garantia de mandato fixado a prazo certo, nos termos do artigo 5 parágrafo único e artigo 6, ambos da Lei n. 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, sendo dotados de espécie de estabilidade, nos termos do artigo 9 do mesmo diploma legal.

As agências reguladoras, autarquias em regime especial, foram criadas para atuar em atividades cuja titularidade, por imposição constitucional, pertence ao Poder Público, prestadas por este mesmo ou então em atividades cuja execução foi transferida a entidades privadas, em consonância com o artigo 175 da Constituição Federal, a partir das privatizações oriundas do cenário jurídico-econômico descrito no tópico supra.

As agências reguladoras têm a função de fiscalizar, regulamentar, disciplinar e controlar os assuntos relativos a respectivas áreas de atuação pré-definidas, atividades prestadas tanto por empresas privadas quanto estatais, serviços públicos ou atividade econômica, sendo citadas a título de exemplo de agências reguladoras a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil (Lei n. 11.182/2005), ANCINE – Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória n. 2.281/2001, alterada pela Lei n. 10.454/2002), ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Lei n. 9.478/1997), ANS – Agência Nacional de Saúde (Lei n. 9.961/200), ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782/1999), ANA – Agência

Nacional de Águas (Lei n. 9.984/2000) e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários (Lei n. 6.385/1976), que também é autarquia com regime especial, apesar de não haver o termo "agência" em seu nome, havendo outras mais.

Não há uma lei específica e própria que defina precisamente o que vem a ser o instituto jurídico em questão, porém, algumas das leis criadoras das agencias reguladoras supra descritas definem as características que compõem estas autarquias de regime especial.

Neste sentido, a lei da ANATEL dispõe seu artigo 8°, parágrafo 2°:

> Art. 8.
>
> § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A lei da ANS dispõe em seu artigo 1°, parágrafo único:

> Art. 1
> Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

E também a lei da ANVISA, em seu artigo 3°, parágrafo único, diz que:

> Art. 3.
> Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

As agências reguladoras são institutos jurídicos criados com a Reforma Administrativa, sendo agências governamentais fracionárias do aparelho administrativo Estatal, dotadas, basicamente, de uma liberdade e independência mais intensa em relação às autarquias tradicionais, além de maior intensidade da autonomia em relação a algumas matérias, quando comparadas com as autarquias tradicionais, sendo executoras de atividades estatais por outorga legal de competências, para atuação em certas áreas cuja execução vem sendo transferidas de empresas estatais para empresas privadas.

Além disto, conforme já afirmado e se depreende da legislação mencionada, o regime "especial" destas autarquias denominadas agências reguladoras deriva também do fato de que a investidura e rigidez dos mandatos de seus dirigentes é diferenciada, sendo fixado por lei

pré-definida, nos termos do artigo 5°, parágrafo único e artigo 6° da Lei n. 9.986/2000 (Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras):

> Art. 5.
> Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.
>
> Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

E, além disto, os dirigentes gozam de uma espécie de estabilidade, não existente no regime das autarquias tradicionais, nos termos do artigo 9° do mesmo diploma legal:

> Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

As agencias reguladoras, são, portanto, entidades que possuem independência em relação aos gestores, investidos em mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo, além de independência técnica decisional, com decisões que deverão ser tomadas de forma técnica e não política, independência normativa, tendo em vista que possuem competência reguladora dos setores de atividades de interesse público que atuam, além de independência gerencial e orçamentária.

Além disto, são dotadas de competência normativa, a qual deve ser exercida de forma técnica e não política (área dos entes da Administração Direta), competência atribuída por meio de delegação, na qual o legislador retira certas matérias da reserva legal, abrindo possibilidade de servirem como objeto de regulamentos, hierarquicamente inferiores à lei, sendo que a competência reguladora das agencias ora tratadas possuem, por óbvio, limites, não podendo contrariar leis ou invadir a competência normativa de outros entes, além de dever limitar-se na margem de escolha técnica e científica de suas atuações, com decisões sempre fundamentadas tecnicamente, tecnologicamente e cientificamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, pg. 173), ao lecionar sobre as particularidades do regime especial das autarquias denominadas agências reguladoras, tece severas críticas, denominando-as de "agências controladoras" (2010, pg. 181), identificando casos de burla dos institutos jurídicos mencionados à Lei n. 8.666/1993, de licitações e contratos e também à

obrigatoriedade de concurso público de provas ou de provas e títulos para acesso a cargo ou emprego público, nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, neste sentido:

> Desgraçadamente, pode-se prever que ditas "agências" certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as "agências" norte americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano.

Realmente, o instituto é de inspiração norte americana, à semelhança de inúmeros institutos jurídicos brasileiros, como salientado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, pg. 148):

> A essas entidades, por crescente influencia dos ordenamentos anglo-saxônicos, bem mais antigos e estratificados, se tem denominado de agências regulaodras, traduzindo diretamente a expressão *regulatory agencies* (ou *regulatory commissions),* que surgiram na Inglaterra a partir de 1834 e nos Estados Unidos desde 1887, com a criação da *Interstate Comerce Commission.*

Porém, o mesmo doutrinador (2000, pg. 184), mais uma vez contrariamente à opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, opina positivamente em relação ao instituto jurídico ora em análise:

> Por outro lado, ainda à guisa de conclusão, se é certo que a experiência internacional já nos aponta desdobramentos e aperfeiçoamentos dessas tendências registradas, mormente como resultado de processos sincréticos que estão ocorrendo em organizações plurinacionais complexas, não obstante, parece bastante razoável concluir-se que, no atual estado de evolução do direito público brasileiro, em que pesem a falta de um quadro constitucional sistemático e de doutrina nacional difundida e as vacilações existentes sobre a importância e o sentido que se deve imprimir ao instituto das agencias reguladoras, deve-se reconhecer que estão sendo registradas tendências positivas e auspiciosas.

Por sua vez, as agências executivas, também institutos criados com a Reforma Administrativa, é denominação das autarquias e fundações integrantes da Administração Federal que celebrem o denominado contrato de gestão com seu respectivo Ministério supervisor, e que possuam um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional e é instituto positivado pela Lei n. 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e Ministérios.

Neste sentido, o artigo 51 da referida legislação, sobre as agencias executivas, dispõe sobre os requisitos:

> Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:
>
> I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em

> andamento;
>
> II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

O contrato de gestão mencionado no inciso II do dispositivo, por sua vez, está previsto no artigo 37, parágrafo 8 da Constituição Federal:

> 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."

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, primeiramente, criticando novamente, que esta qualificação não leva a nada e, que, a única "vantagem" deste instituto jurídico é que, a qualificação de uma autarquia ou fundação como agencia executiva mediante contrato de gestão com o Poder Público é que há uma ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar para as agencias executivas (2001, pg. 183).

Também mediante firmamento de contrato de gestão com o Poder Público, surgem as organizações sociais, que são reguladas pela Lei n. 9.637/98 sendo organizações particulares que firmam esta espécie de parceria com o Poder Público.

O contrato de gestão, portanto, além de poder ser travado entre Poder Público e autarquias e fundações da Administração Pública Federal (as agencias executivas), podem o ser também entre Poder Público e pessoas jurídicas privadas, sendo que estas, por sua vez, podem ser integrantes do próprio aparelho Estatal (para prestar serviços públicos) ou alheias ao Estado (para prestar atividades de interesse da coletividade).

Em relação à modalidade em que o Poder Público firma contrato de gestão com pessoas jurídicas privadas, integrantes do próprio aparelho estatal, não se tem denominação ou conceito específicos para este instituto jurídico. Já com relação aos contratos de gestão firmados com pessoas jurídicas de direito privado alheias ao aparato estatal, estas sim, são as denominadas e conceituadas organizações sociais, sem fins lucrativos, que tem como atividades o ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 1 da Lei n. 9.637/98.

As organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado alheias ao aparelho estatal, uma vez firmado o contrato de gestão com o Poder Público, devem cumprir o programa, metas e prazos de execução do contrato de gestão a ser fiscalizado pelo Poder Público, sob pena de serem desqualificadas como tais, após processo administrativo garantida a ampla defesa (artigo 16 da Lei n. 9.637/98) e gozam das vantagens de receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12, parágrafo 3), receber benefícios orçamentários (art. 12) e servidores públicos cedidos às expensas do erário público (art. 14).

Convém salientar que o qualitativo de organização social a uma pessoa jurídica de direito privado que se enquadre nos requisitos da Lei n. 9.637/98 pelo Poder Público é um ato administrativo unilateral e discricionário, baseado na conveniência e oportunidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, pg. 233), mais uma vez criticando os institutos jurídicos criados com a Reforma Administrativa, a Emenda Constitucional n. 19/98, sobre o artigo 37, parágrafo 8 da Constituição Federal e sobre os contratos de gestão, diz que:

> É que, obviamente, a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta jamais poderia ser ampliada por "contrato" (...) a autonomia das sobreditas pessoas advém da lei. Se contrato pudesse alterá-la, o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando, isto é, regulando matéria disciplinada em lei, de maneira diversa do nela estatuído.

Luiz Henrique Cademartori e Francisco Carlos Duarte (1997, pg. 24), concordam com Bandeira de Mello neste ponto, aduzindo inclusive que os contratos de gestão, ao ampliar a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração Indireta seria inconstitucional. Também apresenta críticas aos contratos de gestão, no tocante ao regime jurídico de contratação dos agentes públicos que desempenham funções nas pessoas jurídicas e entidades que firmam a parceria com o Poder Público, ensinando que:

> Questiona-se muito a constitucionalidade de tais contratos de gestão, bem como da mudança de regime laboral dos agentes que desempenham atividades nas chamadas agências reguladoras (...). Isto porque, entende-se que o regime de trabalho inerente aos agentes que desempenham atividades em entidades tipicamente públicas, como são as autarquias, não pode ser contratual, tal como o celetista, ou seja, sujeito a negociações bilaterais – onde deveria imperar a indisponibilidade do interesse público – e sim o regime estatutário de caráter unilateral ao qual o servidor público se sujeita, pautando sua atuação apenas em função da lei.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também acaba por tecer críticas ao polêmico contrato de gestão, afirmando que (2001, pg. 195):

> A denominação utilizada na Medida Provisória (a MP n. 1.501/97) – contrato de gestão – foi, porém, inadequada, uma vez que a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre o Estado e a organização social não são contratuais. Com efeito, não são pactuadas prestações recíprocas, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum.

Porém, o mesmo autor, discordando dos supracitados, demonstra pontos positivos na qualificação jurídica das organizações sociais, como um objeto de pluralização dos canais de participação, de iniciativa popular, de colaboração social e cooperação privada no desempenho de funções públicas (2001, pg. 186), aduzindo que as entidades intermédias estão mais próximas das comunidades diretamente interessadas em cuidar dos novos interesses coletivos e difusos (2001, pg. 190), culminando na seguinte conclusão (2001, pgs. 193 e 196):

> A utilização da descentralização social por meio de entidades intermédias com personalidade de direito privado, não obstante virem a ter sua constituição orientada por iniciativa do Poder Público e submetida a modelos estatutários oficialmente preconizados, acrescenta as vantagens peculiares ao aproveitamento mais intenso da sinergia social no trato de problemas complexos. (...)
> A descentralização social, sempre que seja possível e recomendável, traz consigo as vantagens reconhecidas à participação cidadã, gênero do qual é espécie, contribuindo para a legitimidade corrente e finalística do emprego do poder estatal. Em última análise, é a cidadania que se realiza através dela.

Por fim, as organizações da sociedade civil de interesse público é uma qualificação atribuível, nos termos da Lei n. 9.790/99, a organizações particulares que também firmam contratos de gestão com o Poder Público. Esta qualificação de organização da sociedade civil de interesse público é aberta e vinculantemente atribuível (e não discricionária ao Poder Público, como as organizações sociais) a quaisquer pessoas jurídicas de direito privado requerentes que se enquadrem nos requisitos da legislação mencionada, quais sejam, não tenham fins lucrativos, prestem atividades socialmente úteis, não estejam inclusas no rol das impedidas (por exemplo, sociedades comerciais, organizações sociais, instituições religiosas, cooperativas, sindicatos e entidades criadas pelo Governo) e considerem em seus estatutos o artigo 4 da legislação, no que diz respeito à estrutura, funcionamento e prestação de contas.

CONCLUSÃO

Conforme se vê da exposição supra, o conceito de que o público é o campo de ação do Estado, porém, não mais seu monopólio, domina o Direito Político contemporâneo, à medida em que institutos e entidades privadas passam a participar das decisões políticas, jurídicas e administrativas, antes campos de atuação exclusivos do Estado, ficando àquelas relegadas a

atuar somente no campo econômico, separado que era a Sociedade Civil do Estado, em uma visão dicotômica.

Esta privatização da execução de serviços, delegados a agentes econômicos privados, é tendência que veio para tentar dotar a administração pública de maior efetividade e, também, veio para ficar e evoluir neste sentido, sendo que neste cenário é possível notar que, paradoxalmente, à privatização da execução de serviços, gerada pela reforma administrativa, com a Emenda Constitucional n. 19/98, em verdade, acaba havendo uma publicização de sua regulamentação e controle, que fica a cargo do Poder Público, enquanto os entes privados executam os serviços que permanecem na titularidade do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 27 Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Globalização, Ecologia e Alternativas para o Mercado Capitalista. Sequencia – Estudos Jurídicos e Políticos.** UFSC Ano 19, n. 35, dezembro de 1997, 103p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. DUARTE, Francisco Carlos Duarte. **A Nova Administração Pública no Contexto da Globalização.** Revista da Esmesc - Associação de Magistrados Catarinenses, Ano 09 Volume 16, páginas 13 a 26, 2003, ISSN 1519-8731.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.