

Descentralização Administrativa - Sua Evolução face às Reformas à Constituição de 1988 ¹

Alexandre Santos de Aragão

1 O atual estágio da organização administrativa

Como evolução/contraposição ao modelo centralista, napoleônico, de Administração Pública², em um primeiro momento a autonomia no desempenho de parcelas das atividades estatais se deu através da criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele paralelas, denominadas entre nós de entidades da Administração Indireta³.

Posteriormente, impôs-se a revisão da estrutura do próprio Estado, ou seja, da sua Administração Direta, antes concebida em termos essencialmente unitários e hierarquizados. Foram criados órgãos e agentes autônomos em relação ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, não integrantes da linha hierárquica tradicional da Administração Pública⁴.

A estes fenômenos têm sido ultimamente agregados mecanismos de atuação conjunta da Administração Pública com entidades privadas, mecanismos estes que vão além da tradicional conjunção de esforços para o atendimento de objetivos públicos comuns, alcançando formas jurídicas híbridas, nas quais o Estado não só as apóia, como, atraindo-as ao seu âmbito, chega, em certa medida, a participar da sua administração.

Note-se, a esse respeito, que a doutrina vem denominando o atual estágio da organização político-administrativa como o da "devolução de poderes", caracterizado pela retomada de espaços de atuação pública por instituições parciais do Estado e da sociedade.

José Eduardo Faria⁵ observa que o Estado tende a perder a centralidade, a unidade e a exclusividade diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance da sua jurisdição.

Nas palavras do filósofo político norte-americano Michael Herdt, "trata-se, efetivamente, de um elemento de mudança geral na maneira pela qual o poder marca o espaço, na passagem da modernidade à pós-modernidade. A soberania moderna sempre foi concebida em termos de território — real ou imaginário — e da relação desse território com o seu fora. É assim que os primeiros teóricos modernos da sociedade, de Hobbes a Rousseau, compreendiam a ordem civil como um espaço limitado e interior que se opõe à ordem exterior da natureza, ou que dela se distingue. (...) A dialética moderna do fora e do dentro foi substituída por um jogo de graus e intensidades, de hibridismo, e artificialidade."⁶

Vital Moreira⁷ observa que "na concepção tradicional a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais hierarquizados, na direcção governamental e na responsabilidade parlamentar do Governo pela actividade da administração. O modelo originário da administração pública do Estado constitucional era a "administração ministerial", isto é, a administração hierarquicamente organizada sob a égide de um Ministro responsável. (...) Hoje a "unidade da administração é uma ficção", sendo incontroversa a sua natureza "plurifórmica e pluricêntrica", (...) o que constitui "resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclassista", voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia

então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo" (sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas etc.), "que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social. (...) **O pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da administração.**" De outra forma, o Estado não poderia desempenhar suas atribuições com a agilidade e eficiência necessárias⁸.

A mera criação de órgãos internos, especializados, mas meramente auxiliares, isto é, sem qualquer autonomia, não atenderia às necessidades complexas e sempre urgentes da coletividade⁹.

A fórmula que, até o momento, mais obteve êxitos foi a descentralização administrativa através de órgãos ou entidades, geralmente especializados tecnicamente, dotados, em maior ou menor escala, de autonomia e que, atípicos em relação ao tradicional aparato administrativo hierarquizado, atuam com acentuado poder decisório.

Vital Moreira, citando Breuer, considera-os como a "resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto, uma consequência, em termos de diferenciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas." Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como "policêntrica", afirma que, "quanto mais a coletividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos."¹⁰

Naturalmente que nenhum modelo administrativo é inteiramente descentralizado ou centralizado. A adoção completa daquele levaria à desintegração da organização administrativa, e a deste, à sua inviabilização prática¹¹.

Mas, qualquer que seja a extensão que concretamente venha a ser adotada, "o valor da descentralização é amplamente reconhecido, seja no seio de uma única organização administrativa, seja com referência ao relacionamento entre múltiplas estruturas, que fazem parte de uma organização mais abrangente vista em sua totalidade.

Os estudiosos da ciência da administração, da ciência política e do direito costumam afirmar que o problema da transferência de funções do "centro" para a "periferia" é natural em qualquer administração que tenha ultrapassado certas dimensões, compreendendo não apenas a da administração estatal, mas também a de entidades públicas menores e de grandes entidades empresariais privadas. Em particular, há tempos foi esclarecida a conexão entre administração pública e a mudança das estruturas sociais, com a consequente necessidade de que o desenvolvimento das estruturas administrativas seja adequado a esta mudança, ativando uma inteligente distribuição de funções e de tarefas, obedecendo a critérios que, à luz das transformações sociais do momento, permitam que as mudanças realizadas apresentem um substancial conteúdo e uma operacionalidade real."¹²

Tudo isto tem levado à insurgência de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a idéia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista e detalhadamente normatizada, substituindo-a por técnicas de análise,

gestão e responsabilidades estratégicas¹³.

2 O princípio da descentralização administrativa

Como afirma Eduardo García de Enterría¹⁴, o Direito Administrativo é o Direito Público Interno do Estado por excelência. Sendo assim, a Constituição, com a sua superioridade hierárquico-normativa, penetra com grande intensidade em todos os aspectos da atuação administrativa. A administração pública é a "mais comum e extensa forma de atuação do Estado, o que faz com que se consubstancie em um 'Direito Constitucional concretizado' (Werner)".

Denotado o forte liame entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, não poderia a descentralização administrativa ser omitida pelo Constituinte brasileiro, tendo sido, explícita ou implicitamente¹⁵, contemplada pela Constituição Federal de 1988 em sua versão originária e sobremaneira valorizada por suas sucessivas reformas.

A descentralização administrativa na Constituição brasileira decorre do que Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶ qualifica como "os princípios técnico-administrativos de maior relevo na reforma administrativa¹⁷: o da autonomia e o da profissionalização".

Segundo o publicista, a Reforma Administrativa implicou "um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender às diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado".

Sem tal flexibilidade¹⁸, não seria possível à Administração, enrijecida em órgãos e funções hierárquica e burocraticamente estruturadas, atuar com eficácia e, muito menos, num mundo em mudança constante, com a eficiência e a economicidade preconizadas, respectivamente, pelos *capita* dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, que, ao fixarem os fundamentos da República Federativa do Brasil, também asseguram o "pluralismo do poder na sociedade (art. 1º, V), enriquecido na consciência de sua importância tanto quanto à abertura e multiplicidade dos canais para a sua atuação"¹⁹.

Em outra obra, o mesmo autor acresce que o princípio da eficiência "afasta qualquer burocratização de entidade ou de órgão público além do mínimo indispensável para o cumprimento das suas tarefas de rotina, ou seja, o desempenho das atividades-meio. De resto, todas as tarefas devem ser necessariamente orientadas pela atividade-fim, ou seja, pela finalidade."²⁰

O publicista Massimo Severo Giannini²¹, quando no exercício do cargo de Ministro da Função Pública da Itália, apresentou relatório ao Parlamento no qual levantou os principais problemas para que a Administração Pública adquirisse eficiência e economicidade. Ao tratar das técnicas de administração, manifestou especial preocupação com os chamados "custos ocultos", constituídos "pelo custo econômico adicional que representa a atividade administrativa exageradamente procedimentalista na qual participam mais órgãos que o necessário e com mais tramitações dilatadas por intervenções estéreas, que poderiam ser suprimidas sem prejuízo ao interesse público". Ressalta que não se posiciona contrariamente a toda e qualquer formalidade ou procedimento, vez que muitos deles são corolários do Estado de Direito, do devido processo legal e da necessidade de controle das contas públicas. Centra suas críticas, outrossim, sobre o emaranhado de procedimentalizações desnecessárias, de nível secundário.

Demonstrando, na prática, que a descentralização administrativa é ínsita aos princípios da eficiência e economicidade, Miguel Reale considera que "serviços há, do mais alto e imediato interesse coletivo, que não podem continuar circunscritos à esfera do interesse particular, mas que, entretanto, pela sua própria natureza, exigem autonomia de ação, meios e processos de agir incompatíveis com os inevitáveis tropeços burocráticos. Um laboratório oficial de análises, por exemplo, em que cada pedido de material pelos analistas estiver sujeito a demorados e complexos trâmites de requisição, com audiência de remotas autoridades, será um laboratório falho, condenado a reduzir-se paulatinamente a uma simples denominação, ou a um mero arquivo de papéis sem vida²².

"Deste modo, adquiriu-se progressivamente a consciência de que, em relação à questão da descentralização, se trata de um problema de otimização, isto é, da tarefa de criar unidades organizatórias que realizam, caso a caso um compromisso óptimo: entre as necessidades antagônicas de proximidade do assunto e do cidadão, auto-administração e auto-responsabilidade, por um lado, e regulação uniforme, coordenação e responsabilidade global, por outro."²³

Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos descentralizados com a unidade da Administração; muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente²⁴, não se confundindo com "desintegração administrativa"²⁵.

Por um lado, a autonomia dos órgãos e entidades deve circunscrever-se à área das suas atividades e interesses específicos, e, por outro, a Administração central deve coordená-los, abstenho-se, no entanto, de estabelecer regimes uniformes, cuja consequência seria a perda do poder decisório destinado a satisfazer as finalidades e necessidades próprias de cada entidade ou órgão descentralizado.

3 Conceito material de descentralização administrativa

Classicamente, a descentralização é definida em contraposição à desconcentração.

A descentralização seria a criação de pessoas jurídicas pelo Estado, e a desconcentração, a mera divisão de funções entre os diversos órgãos despersonalizados de uma mesma pessoa jurídica estatal, ou seja, seria a criação de órgãos periféricos dentro da própria Administração Direta.

Estes conceitos tradicionais de descentralização e desconcentração, na época em que nenhuma das duas acarretava significativa autonomia, não eram propriamente incorretos. Todavia, não mais correspondem ao modelo administrativo efetivamente descentralizado do Estado contemporâneo. Podemos, contudo, nos valer de ambos os conceitos, desde que lhes seja acrescentado um *plus* ontológico.

A mera criação de pessoa jurídica da Administração Indireta, sem que possua um grau de razoável autonomia para desenvolver suas atribuições, não tornará o seu desempenho mais ágil e eficiente. A desconcentração também é, por sua vez, mera forma de organização interna que não altera os vínculos hierárquicos tradicionais. Nenhuma delas, portanto, se tomadas nos seus conceitos tradicionais, constituirão necessariamente verdadeira descentralização.

Em todo o mundo, podemos constatar que a Administração Pública caminha para a descentralização em sentido material, sendo irrelevante a sua caracterização formal/tradicional, vista acima. O que importa é que a determinados centros de competência seja conferida considerável autonomia de atuação, independentemente de eles serem constituídos ou não como pessoas jurídicas.

Gaspar Ariño Ortiz²⁶ chega a observar que "o conceito estrito de pessoa jurídica, tal como elaborada pela pandectística do Direito privado resultava insuficiente para dar fundamento à razão da organização administrativa; o estrito dualismo órgão-pessoa só era capaz de explicar parcialmente a pluralidade de figuras subjetivas que podiam atuar em Direito público de maneira juridicamente relevante. (...) Se pretenderá assim — digo — mediante a substituição da idéia unitária de "pessoa" (sujeito), pelas idéias-base de "capacidade", "imputação" e "legitimação", que são elementos singulares daquela (capacidade para ser titular de direitos, para figurar em juízo etc.)", alcançar um conceito material de ambos os institutos de modo a adequá-los às particularidades do Direito Público.

Há entidades descentralizadas, dotadas de personalidade jurídica, às quais a lei confere uma autonomia tão diminuta que, na prática, muito se assemelham aos órgãos internos subordinados hierarquicamente à Administração central. O contrário também se verifica: existem órgãos internos aos quais são atribuídas tão significativas atribuições autônomas, às vezes acompanhadas de garantias de permanência para seus titulares, o que faz com que propiciem uma descentralização efetiva bem superior àquela das pessoas jurídicas apenas formalmente descentralizadas²⁷.

Neste sentido é que Garrido Falla, seguindo Ferrara, fala de "pessoas jurídicas fictícias"²⁸, desprovidas de substrato real, ou seja, de um regime jurídico que realmente as trate como tal, que lhes confira um grau razoável de liberdade de agir.

Adotando o conceito material (efetivo, verdadeiro) de descentralização, Alfredo Gallego Anabitarte²⁹ pronunciou-se no sentido de que "também se pode produzir a verdadeira descentralização em um sujeito ou centro de competências que não seja personalizado. (...) Não é essencial à descentralização que o sujeito descentralizado seja titular da competência que se lhe transfere (...). A usual definição de descentralização como "transferência da titularidade de competências entre pessoas jurídicas" não é mais que uma das hipóteses — a mais usual — de descentralização. Por outro lado, pode produzir-se esta transferência entre pessoas jurídicas como o caso das entidades da Administração Indireta, mas pode, todavia, **não haver verdadeira descentralização em virtude da completa, e lógica tutela, a que se submete a atuação destas pessoas jurídicas.**"

É esta descentralização — material e efetiva — o objeto do presente estudo. Pouco importa, repita-se, que seja instrumentalizada em entidades dotadas de personalidade jurídica, em órgãos internos despersonalizados, ou ainda, como veremos no Tópico VIII, em entidades da sociedade civil vinculadas por algum mecanismo jurídico à Administração Pública.

Em todos estes casos haverá descentralização se forem outorgadas prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do poder central³⁰. A nota fundamental é a não-vinculação hierárquica.

Em alguns casos, pela amplitude da autonomia do órgão ou entidade, a descentralização revela-se bastante clara. Em outros, entramos em zona grísea, na qual a efetiva descentralização, por já não se mostrar tão evidente, exigirá mais do intérprete para ser constatada.

Verificado o intrínseco liame existente entre a descentralização administrativa e a autonomia, mister se faz, para que eventuais dificuldades hermenêuticas possam ser mais facilmente contornadas, que tenhamos um breve esboço sobre o conceito de autonomia, vez que o órgão ou entidade que materialmente a possuir será descentralizado; e, ao revés, não o será o que apenas formal ou nominalmente for "descentralizado" ou "autônomo"³¹.

3.1 Autonomia administrativa

Toda autonomia revela, ao mesmo tempo, um poder autônomo e heterônomo: autônomo por possuir certa margem de liberdade de atuação, heterônomo em virtude dos limites formais e materiais impostos pela ordem jurídica total na qual se fundamenta³².

Etimologicamente, autonomia significa a possibilidade de um ente jurídico estabelecer as normas da sua própria conduta³³.

Vital Moreira³⁴ afirma que "autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a "relativa independência em relação ao poder central". Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (*stricto sensu*), autonomia patrimonial e financeira etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe seja confiada ("administração independente")."

Todavia, a conceituação de "autonomia", tendo em vista as muitas situações jurídicas que pode expressar, não é tarefa fácil.

Sem negar as dificuldades existentes, não consideramos que o conceito de autonomia seja inalcançável. Desde que não se pretenda dar um conceito uniforme a todas as autonomias existentes no ordenamento jurídico, a sua definição é inteiramente viável.

Para isto devemos levar em conta apenas o denominador comum entre elas existente, qual seja, um certo campo de liberdade de auto-organização e de persecução dos próprios interesses. Esta liberdade está sempre limitada pelo ordenamento jurídico que a confere, resultando, da maior ou menor amplitude destes limites, diferentes manifestações de autonomia³⁵.

Um conceito de autonomia mais rigoroso e definido só pode ser, portanto, alcançado em relação a esta ou àquela autonomia específica, tal como disciplinada pelo Direito positivo.

Na ausência de limites explícitos ou implícitos à atuação dos órgãos e entidades descentralizadas³⁶, o termo "autonomia" deve ser considerado em seu sentido geral e comum, coincidente com a sua

etimologia e história e que, segundo as sempre lembradas lições de Luís Roberto Barroso³⁷, compreende a tríplice capacidade de:

- **Auto-organização:** "poder de editar os próprios atos constitutivos, instituindo os órgãos supremos de direção";
- **Auto-governo:** "poder de escolha dos próprios dirigentes e a possibilidade de editar as normas de conduta da entidade e de seus membros"; e
- **Auto-administração:** "capacidade de dar execução própria às normas vigentes e de buscar a realização dos objetivos da entidade".

O componente normativo da autonomia merece especial atenção por sua importância teórica e prática. Entendemos que é difícil imaginar um ente ou órgão autônomo que, em alguma medida, não possua autonomia normativa, por mais restrita que seja³⁸. Mesmo, por exemplo, a autonomia meramente administrativa, no sentido acima empregado por Vital Moreira, implicaria na faculdade de estabelecer normas específicas de administração interna.

T. Ramón Fernandes assevera que a história prova que o conceito de autonomia alude a um certo poder de autonormação e, por extensão, de auto-governo, que existe e se reconhece para a melhor satisfação de um círculo específico e concreto de necessidades que a justificam em razão de sua própria singularidade e que, ao mesmo tempo, contribuem para precisar seus limites³⁹.

Naturalmente que, mesmo em relação aos entes ou órgãos descentralizados, deverão incidir controles e direcionamentos de coordenação, principalmente de natureza finalística e gerencial, mas não hierarquia propriamente dita.

Com efeito, da mesma forma que são vários os instrumentos jurídicos de descentralização — criação de pessoas jurídicas, autonomização de órgãos internos e atração de entidades da sociedade civil ⁴⁰ —, múltiplos também são os mecanismos de controle sobre os órgãos e entes descentralizados. Se estes, por um lado, têm autonomia, esta é, por definição, limitada. Todavia, para que os limites não cheguem a descaracterizar a autonomia, não podem ser de natureza hierárquica.

Podemos chegar, assim, a mais uma conclusão: a descentralização em sentido material só existe se houver autonomia; e a autonomia cessará de existir se para ela forem fixados controles hierárquicos.

Cabe-nos ver, então, que espécies de controle podem incidir sobre os órgãos e entidades descentralizados e, portanto, autônomos, sem que se falseie a descentralização, tornando-a meramente nominal ou formal.

4 Controles sobre os órgãos e entidades descentralizados

A autonomia dos órgãos e entidades descentralizados é, como toda autonomia, limitada, não prescindindo de mecanismos de controle que, todavia, não poderão ser hierárquicos, mas apenas de legalidade — serão de mérito apenas excepcionalmente —, gerenciais e finalísticos, implementados, notadamente, através da verificação do atendimento de metas e diretrizes preestabelecidas⁴¹.

Estes limites, além de não serem incompatíveis com a autonomia, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-los da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.

É apenas neste sentido de inserção nos programas e diretrizes públicas gerais que deve ser entendida a necessária subordinação dos órgãos e entidades descentralizados à Administração Pública central.

Muitas vezes, a subordinação é confundida com hierarquia. Todavia, nem toda subordinação de um órgão ou ente a outro constitui hierarquia, que, apesar de ser a mais forte, é apenas uma das espécies de subordinação.

Os mecanismos de controle hierárquico estão, por sinal, em franco processo de decadência (*sonno sotto accusa*), já "que se prestam a pouco, em relação ao custo econômico e burocrático, devendo deixar de fora todas as atividades executivas e técnicas. Estão, ao revés, demonstrando-se cada vez mais eficazes os controles do tipo *budgeting*, *auditing*, os controles de gestão, os controles internos de eficiência."⁴²

As diferentes espécies de subordinação são, com a maestria que lhe é própria, assim enumeradas por Massimo Severo Giannini⁴³:

(a) Hierarquia: neste caso, há uma relação de constante sujeição de um órgão ou ente a outro. Ela é a espécie mais antiga de subordinação e, por esta razão, às vezes é, equivocadamente, com ela confundida. Na hierarquia, temos uma total possibilidade de ingerência do órgão superior sobre o inferior, seja através da revogação ou anulação dos seus atos, na delegação ou avocação de competências, poder disciplinar etc. O fenômeno se explica porque, na verdade, "o órgão superior tem mesmo uma competência compreensiva da competência do órgão subordinado, fungível com a do órgão inferior". Nestes casos, o órgão hierarquicamente superior não apenas possui poder de controle, como ainda o de dar ordens e de substituição, pelo qual pode sempre substituir a ação do órgão ou da entidade, *in casu*, inferior.

(b) Direção: Nestes casos, um centro de competência não pode dar ordens ao outro, mas apenas fixar-lhe as diretrizes e controlar-lhe os resultados. O controle exercido sobre o órgão subordinado não poderá consistir em poder de substituição, revogação, avocação ou em delegação obrigatória, e o poder de anulação deve ser admitido excepcionalmente, apenas nos casos em que o ordenamento o admitir.

Fazendo a mesma distinção, mas com nomenclatura ligeiramente diversa, Vincenzo Cerulli Irelli⁴⁴ assinala que "o modelo originário de hierarquia (que denominamos de hierarquia em sentido) caracteriza-se pelo fato de que entre os órgãos não existe uma verdadeira e própria separação de competências, mas as competências se confundem com as atribuições (própria da organização no seu complexo) no âmbito das quais todos os órgãos podem agir segundo critérios de distribuição de funções fixadas pelo vértice da organização e com valor fundamentalmente interno; assim, não é possível distinguir esferas próprias de competência dos órgãos a eles conferidas por lei que

individuasse os poderes administrativos de sua própria titularidade. (...)

Na hierarquia em sentido amplo, os poderes sobre o órgão subordinado são bastante diversos daqueles próprios do primeiro modelo. Em vez do poder de dar ordens, temos o poder de direção: esse consiste no fato do superior hierárquico estabelecer critérios e objetivos da ação administrativa a ser desenvolvida pelo inferior hierárquico e titularizada por este último, critérios e objetivos que o inferior deve ter em vista no desempenho das suas atividades, aos quais não deve, todavia, pura e simplesmente, obediência."

Se a subordinação dos órgãos descentralizados fosse da espécie hierárquica, não haveria descentralização, e, por outro lado, se não estivessem sujeitos a nenhuma subordinação (de direção), não integrariam a Administração descentralizada. Não seriam, nesta hipótese, entidades ou órgãos ligados ao Estado, mas entes comuns, sujeitos apenas às normas gerais de regulação social e econômica aplicáveis à iniciativa privada.

Naturalmente que os controles de direção podem variar bastante, tanto de natureza como em intensidade. Mas, verificados os traços básicos acima analisados, estaremos, sem dúvida, diante de órgãos ou pessoas jurídicas públicas (não necessariamente estatais) descentralizadas.

5 Descentralização por personificação

A Administração Pública, principalmente a partir do início do século passado, vem se manifestando como uma grande pessoa jurídica integrada por outras pessoas jurídicas menores, ora incumbidas da gestão de interesses gerais, ora de interesses setorializados, mas de relevância coletiva⁴⁵.

As leis costumam denominar as entidades da Administração Indireta de autônomas, e, realmente, como pessoas jurídicas que são, não podem deixar de ser dotadas de alguma autonomia⁴⁶. A disciplina legal dada à autonomia destas entidades é porém, muitas vezes, bastante restrita. Esta autonomia mínima, como vimos no Tópico 3.1, não nos parece capaz de caracterizar a descentralização. Em alguns casos, há até mesmo a previsão genérica do chamado recurso hierárquico impróprio, pelo qual um ato da entidade da Administração Indireta pode ser anulado por agente do Estado, pessoa jurídica dela distinta.

Mais do que permanecer apegados a denominações legais, devemos focar a análise sobre a disciplina jurídica concretamente definida para cada uma destas entidades, isto é, se realmente possuem competência para agir *de per se*, sujeitas apenas à coordenação da Administração central, ou se, ao revés, são materialmente subordinadas hierarquicamente a esta.

Nesta perspectiva, já ressaltamos em outra oportunidade⁴⁷ a grande autonomia e, portanto, descentralização que o Direito positivo brasileiro vem assegurando às novas agências reguladoras, algumas delas com sede constitucional⁴⁸, cujos dirigentes são nomeados por termo certo e mediante procedimento especial, normalmente com a prévia aprovação das indicações pelo Poder Legislativo, sendo ainda vedada a exoneração *ad nutum*.

Tanto a restrição ao poder de livre nomeação como a restrição à exoneração pelo Chefe do Poder Executivo foram, ultrapassada a orientação tradicional dos nossos tribunais, consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 1949-0.

A restrição à nomeação foi acolhida pelo Supremo em virtude de o art. 52, III, "f", da Constituição Federal, admitir a prévia aprovação pelo Senado Federal da escolha de "titulares de outros cargos que a lei determinar". Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante prévio procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente⁴⁹.

Ao comentar a decisão do Supremo Tribunal Federal, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, criticando a chamada "lógica do regime presidencial", consubstanciada na Súmula nº 25, observou que "essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma *política legislativa* sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e, destacadamente, nos Estados Unidos da América."

Verifica-se, então, que a descentralização através da criação de pessoas jurídicas estatais, uma das mais antigas formas de descentralização, está sendo sobremaneira potencializada no recente Direito positivo brasileiro pela criação das agências reguladoras independentes, que, no entanto, a exemplo de todos os demais órgãos e entidades descentralizadas, também não prescindem da necessária coordenação da Administração central do Estado⁵¹.

6 Descentralização por autonomização de órgãos

Se a primeira evolução do Estado no sentido da descentralização administrativa se deu pela criação de pessoas jurídicas da Administração Indireta, a descentralização no seio da Administração Direta, ou seja, do próprio Estado, demorou um pouco mais para se consolidar. Hoje, porém, aqui e alhures, já foi criada uma série de órgãos despensionados, integrantes da Administração Direta, mas não submetidos à linha hierárquica que tradicionalmente a caracterizava⁵².

Tratando das particularidades dos órgãos descentralizados, prelecionou Odete Medauar⁵³: "Há alguns órgãos que do ponto de vista estrutural integram a Administração direta. No entanto, do ponto de vista funcional, diferem da maior parte dos órgãos aí inseridos. As diferenças encontram-se, sobretudo, em aspectos atinentes à subordinação hierárquica, embora as normas que os criam e os organogramas venham a situá-los na estrutura de Ministérios, Secretarias Estaduais, Secretarias Municipais."

Os órgãos autônomos, dotados de independência frente aos demais órgãos da Administração, constituem "figura jurídica inovatória, na qual a forma jurídico-organizatória do instituto público não esconde a especificidade e a singularidade jurídica estrutural"⁵⁴. Pelos seus traços, **não estamos perante descentralização fictícia**, mas sim perante manifestações de administração independente e de descentralização, visto que se verificam aí os respectivos requisitos: a persecução de certas tarefas públicas mediante instâncias dotadas de uma verdadeira margem de livre administração não suscetível de ser controlada pelo Governo⁵⁵.

André de Laubadère observa que "a independência que caracteriza estas autoridades se deve ao fato de que, no exercício do poder de decisão que lhe concerne, são subtraídas inteiramente ao

poder hierárquico, apesar de se inscreverem no seio da mesma pessoa jurídica"⁵⁶.

Quanto à natureza das normas criadoras dos órgãos autônomos, podemos afirmar que, tal como as demais normas organizativas que modificam competências, são genéricas e abstratas. De fato, na ausência de órgão com competência específica para determinada função, infere-se que esta competência cabe à Administração central. A criação de órgão descentralizado acarreta inexoravelmente a retirada de parte do poder da Administração central em favor do órgão autônomo⁵⁷.

Cumprindo ainda assinalar que, para que estes órgãos tenham efetivamente autonomia, descentralizando-se em relação à Administração central, devem ter a capacidade de manifestação da vontade imputável ao Estado.

Nenhuma pessoa jurídica, como ente moral que é, pode expressar *de per se* a sua vontade. Compete ao seu ordenamento jurídico dispor que órgãos e agentes poderão emitir vontade capaz de estabelecer vínculos jurídicos com outros sujeitos de direito. Noutras palavras, incumbe aos atos normativos de cada pessoa jurídica legitimar a imputação a ela das manifestações de vontade feitas por determinadas pessoas físicas ocupantes de cargos em certos órgãos integrantes da sua estrutura.

Para minudenciar o fenômeno da imputação agente-pessoa jurídica, é de valia a distinção feita por Massimo Severo Giannini⁵⁸ entre as relações que os órgãos públicos estabelecem com outras pessoas jurídicas (*rapporti intersoggettivi*) e as que estabelecem com os demais órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica (*rapporti interorganici*): "Ao poder do órgão se submetem todos os sujeitos, inclusive os outros órgãos administrativos. Diante dos sujeitos do ordenamento e dos demais sujeitos estatais, dá lugar a relações intersubjetivas do órgão; e, diante de órgãos, a relações interorgânicas. Enquanto nas relações intersubjetivas os atos emitidos pelos órgãos do Estado são atos do Estado, nas relações interorgânicas são atos dos próprios órgãos enquanto tais. Nas relações intersubjetivas o órgão administrativo, enquanto titular de um (parte do) poder do Estado, é o Estado."

O que importa determos neste tópico é que os órgãos públicos autônomos só poderão ser considerados como manifestações da descentralização administrativa se, além da capacidade para as relações interorgânicas, comum a todos os órgãos, também possuírem capacidade para travar relações intersubjetivas, próprias apenas dos órgãos autônomos e, portanto, descentralizados.

Se as normas de organização, após qualificarem determinado órgão como "autônomo", não lhe assegurarem as necessárias garantias de atuação, o órgão só o será no nome, mas não substancialmente. O reverso também se verificará, ou seja, se o órgão for dotado de tais prerrogativas, será, independentemente da qualificação nominal que receba, autônomo *ex jure*.

7 As agências executivas e os contratos de gestão

O tema objeto do presente tópico merece tratamento separado por ser comum tanto à descentralização mediante a criação de pessoas jurídicas (Tópico 5), quanto à efetuada pela autonomização de órgãos (Tópico 6).

Muito se tem falado na figura da "agência" como um instrumento de modernização da

Administração Pública. O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo, e a mera qualificação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada de uma normatização que lhe assegure autonomia, nada significa.

Poderia se dizer que a qualificação de um órgão como "agência" denota a especialidade de suas funções e/ou a sua independência funcional. Não discordamos da assertiva, mas mais importam as normas que venham a estabelecer as funções específicas e/ou a independência do órgão do que a simples denominação.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁹, "o vocábulo 'agência' é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro no movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange qualquer autoridade do Governo do Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais."

No Direito francês também é destacado o vazio existente no conceito de agência, que objetiva apenas reforçar a necessidade de eficiência através da flexibilização dos controles hierárquicos. O mestre Jean Rivero⁶⁰, por exemplo, afirma que "a seguir a 1919 surge a preocupação de tornar mais flexíveis, por meio da personalização, os métodos administrativos: os estabelecimentos criados nessa altura tomam muitas vezes o nome de 'ofício', que, aliás, não tem qualquer significado jurídico, tal como o de 'agência', em voga desde há alguns anos".

O que, portanto, a idéia de "agência" transmite é a necessidade de se obter maior eficiência mediante a adoção de mecanismos de gestão administrativa não hierarquizada. "A terminologia ainda é muito nova para permitir uma classificação das agências no direito brasileiro. Duas modalidades, no entanto, já se delineiam de forma um pouco mais precisa: as agências executivas e as agências reguladoras."⁶¹

As últimas já foram abordadas no Tópico ⁶². As primeiras só vêm a adquirir a aludida autonomia de gestão mediante a celebração de contratos de gestão com a Administração central.

Figura nova no Direito Brasileiro, os contratos de gestão podem ser celebrados com entidades privadas da sociedade civil que, nos termos da Lei nº 9.637/98, venham a ser consideradas organizações sociais e com órgãos ou entidades da Administração Pública qualificados como agências executivas, na forma do art. 37, parágrafo 8º da Constituição Federal (acrescido pela Emenda Constitucional nº19/98), e, no âmbito da União, do art. 51 da Lei nº 9.649/98.

As organizações sociais constituem o objeto do tópico seguinte, tendo em vista que, ao contrário das agências executivas, não constituem instrumentos de autonomização de órgãos ou entidades do Estado, mas sim um dos possíveis mecanismos de atração de entidades da sociedade civil — o chamado terceiro setor — para a esfera pública.

A instituição das agências executivas teve como principal objetivo possibilitar a gestão autônoma de entidades ou órgãos públicos. Estes não perdem a sua natureza originária (de órgãos, de autarquias etc.), passando apenas a ser qualificados como "agências executivas" e, depois de celebrado o contrato de gestão com a Administração central, a ter ampliada a sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira (art. 37, *caput* do § 8º, CF)⁶³.

Dispõe o § 8º do art. 37 da Constituição Federal que a lei disporá sobre o prazo do contrato de

gestão, os controles e critérios de avaliação de desempenho, os direitos e responsabilidades dos dirigentes e a remuneração do seu pessoal, abrindo espaço, nesta última menção, a interpretações que venham a possibilitar a não-incidência sobre as agências executivas de algumas das normas constitucionais sobre a remuneração dos servidores públicos.

Independentemente de suas potencialidades jurídicas, a criação das agências executivas e dos contratos de gestão teve, em grande parte, o papel de representar a manifestação da vontade política de se realizar uma reestruturação da Administração Pública⁶⁴.

Preliminarmente, devemos observar que os contratos de gestão não podem ser considerados verdadeiros contratos, já que estes pressupõem a duplicidade de partes e a reciprocidade de interesses, ou seja, que existam (a) duas pessoas jurídicas (b) com interesses opostos⁶⁵.

Além disso, a autonomia, eficiência e responsabilidade dos dirigentes não exitosos na implementação das metas estabelecidas não são objetivos realizáveis apenas através das agências executivas e dos contratos de gestão⁶⁶.

Apesar das impropriedades técnicas, conscientes ou não, os institutos podem revelar potencialidades que só o tempo mostrará, vez que revelam a intenção do Constituinte derivado em aumentar a descentralização e a consensualidade na Administração Pública.

Na concepção dos idealizadores da Reforma Administrativa, o contrato de gestão "estaria identificado com o princípio da 'individualização da autonomia'. (...) Consistiria em toda relação negociada entre o Poder Público e suas instâncias operativas. Trata-se, portanto, de uma relação de natureza interna, estabelecida de modo particular, buscando maior eficiência mediante formas alternativas de controle que privilegiam a autonomia gerencial e os resultados, e não os meios de ação administrativa."⁶⁷

Sendo assim, os contratos de gestão só podem ser concebidos como acordos organizativos de natureza normativa, de caráter regulamentar, que têm de "contrato" apenas o nome.

No Direito italiano, no qual o fenômeno não é novo, são considerados como uma das maneiras de a Administração Pública organizar-se internamente. Com efeito, observa a doutrina que "o uso destes instrumentos convencionais por parte da Administração coloca problemas de natureza dogmática (...). As convenções organizativas se apresentam exteriormente como acordos, tendo como partes duas figuras subjetivas públicas, que podem ser dois órgãos, um órgão e um ente, ou mais de um ente (...). Esta análise elementar mostra que 'convenção administrativa' não é uma expressão científica, mas da prática: quer-se indicar os atos bi- ou plurilaterais, com os quais o Poder Público cuida, por acordo, do interesse público". Estamos diante de "acordos com conteúdo normativo"⁶⁸.

Entendemos que, apesar de a Constituição fazer referência à "lei" regulamentadora do art. 37, § 8º, como a matéria, pelo menos nos seus principais aspectos, é de organização interna de cada Ente da Federação, nada impede que a Administração dos Estados-Membros e Municípios, que, em sua maioria, ainda não possuem a lei regulamentadora, adote, no exercício da sua autonomia administrativa, os institutos das agências executivas e dos contratos de gestão⁶⁹, ou outros mecanismos análogos, que propiciem ou aumentem a descentralização administrativa⁷⁰, desde que

respeitados os pontos protegidos pelo princípio da legalidade (exceções às normas constitucionais dos servidores públicos, aplicação de penas etc.).

Em outras palavras, o Poder Executivo prescinde de lei para, dentro dos lindes da Constituição, exercer a sua competência de estabelecer normas de organização interna, dando maior ou menor autonomia às suas partes constitutivas.

8 Descentralização por colaboração

Ultrapassada a separação entre Estado e sociedade, ambos tomaram consciência de que têm objetivos comuns que só poderão ser alcançados com sucesso se reunirem os seus meios e esforços. Não mais vige a concepção de que ao Estado cabe com exclusividade a tutela dos interesses da sociedade. Esta, com efeito, passou a exercer uma série de incumbências de interesse público não integralmente cobertas pelo Estado.

Nesta perspectiva, o Estado passou a celebrar com entidades da sociedade diversas parcerias para alcançar o interesse público. Estas entidades foram, então, consideradas, sob os mais diversos títulos jurídicos (delegatárias de serviços públicos, serviços sociais autônomos, entidades beneficentes etc.), como entes de colaboração com a Administração Pública.

Em relação a quais das atividades originariamente estatais podem ser transpassadas para pessoas privadas da sociedade civil, a doutrina é divergente. Parte entende que as atividades que envolvem a supremacia de poder público só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público⁷¹.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto posiciona-se no sentido da possibilidade de delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado, afirmando que não constitui atividade por definição administrativa, sendo, precipuamente, matéria de competência legislativa. À lei competiria, então, estabelecer livremente quem iria exercê-la, não havendo nenhuma limitação constitucional prévia para que o poder de polícia seja exercido somente por pessoas jurídicas de direito público⁷².

Decidindo o dissenso doutrinário, o Supremo Tribunal Federal _ STF deferiu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a transformação dos Conselhos Profissionais em pessoas jurídicas de direito privado (art. 58 da Lei nº 9.649/98)⁷³, Conselhos estes aos quais os respectivos profissionais, sujeitos ao seu poder de polícia, devem compulsoriamente aderir. Motivando a sua decisão, a Suprema Corte afirmou que as funções típicas do poder público, consideradas estas as que são dotadas de verticalidade e coercitividade, não podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito privado.

Em relação especificamente à possibilidade de inclusão ou não das entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, parceiras do Estado por colaboração, no conceito de Administração Pública descentralizada, há duas principais correntes.

Uma posição, mais tradicional, defendida por, entre outros, Diogo Freitas do Amaral⁷⁴, entende que, em razão de apenas desenvolverem parcerias com o Poder Público, não sendo por ele criadas ou geridas, permanecem na esfera privada.

Em posição diversa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁵ sustenta que estas entidades compõem o

que chama de "descentralização social", que consiste em se "retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a unidades sociais já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as organizações comunitárias etc., mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo a que possam promover, elas próprias, sua execução.

Essas unidades, também denominadas de entidades de cooperação, receberiam tais atribuições a partir de leis específicas e de atos administrativos concretos de reconhecimento, modalidade assemelhada à autorização e à permissão."

A nosso ver, para que estas entidades da sociedade civil possam ser consideradas como integrantes da Administração Pública descentralizada, não é suficiente que desenvolvam, em parceria com o Estado, eventualmente até com verbas públicas, atividades de interesse público.

Como vimos ao conceituar a descentralização administrativa (Tópico 3), se esta pressupõe certo âmbito de autonomia, não prescinde, por outro lado, da coordenação (não hierárquica) exercida pela Administração central.

Ora, o mero acordo entre o Estado e uma entidade privada beneficente, na maioria das vezes denunciável unilateralmente por qualquer das partes, não as integra na coordenação estatal de caráter obrigatório para as entidades e órgãos descentralizados. Isso só vem a ocorrer se o Estado passar a exercer sobre a entidade da sociedade civil poderes além dos que são comuns aos simples parceiros, imiscuindo-se na sua administração e na condução das suas finalidades, coordenando a sua atuação no conjunto da Administração Pública.

É para este efeito que se sobreleva a importância das organizações sociais, entidades sociais privadas sobre as quais o Estado, depois de celebrados os respectivos contratos de gestão, passa a ter efetiva incidência jurídica.

8.1 As organizações sociais e os contratos de gestão

Ao contrário dos contratos de gestão com órgãos e entidades públicas qualificadas como agências executivas (Tópico 7), a celebração de contratos de gestão com entidades da sociedade civil qualificadas como organizações sociais não possui sede constitucional.

Foi a Lei nº 9.637/98 que criou a possibilidade de qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais e os contratos de gestão, a serem com elas celebrados para que obtenham uma série de auxílios do Poder Público. Nestes casos, da mesma forma que em relação às agências executivas, as entidades qualificadas não perdem a sua natureza jurídica original, mantendo-se como associações civis, fundações privadas etc.

Vimos que, para um ente de colaboração ser considerado integrante da Administração Pública descentralizada, não basta que esteja cooperando com o Poder Público em alguma área de interesse comum. É necessário mais: deve se integrar juridicamente na coordenação das ações estatais⁷⁶.

A mera formalização de convênio ou outro instrumento análogo com a Administração Pública não é, por si só, suficiente para caracterizar a entidade conveniente como descentralizada. O vínculo

com a Administração Pública há de ser mais estável e intenso, com a previsão de poderes (não hierárquicos, naturalmente) de a Administração se imiscuir na gestão das atividades descentralizadas.

É sob este ponto de vista que deveremos perquirir se as organizações sociais são ou não entidades da Administração Pública descentralizada. Muitas das suas características são comuns às entidades sem fins lucrativos que sempre celebraram convênios com o Poder Público e que, tal como elas, são sujeitas ao controle do Tribunal de Contas (art. 9º, Lei Federal nº 9.637/98), podem receber recursos públicos para o desenvolvimento de metas pré-estabelecidas (art. 12, Lei Federal nº 9.637/98) etc.

Malgrado estas semelhanças, há algumas características que distinguem as organizações sociais dos entes privados de colaboração não integrantes da Administração descentralizada.

De fato, algumas peculiaridades demonstram que a Administração central efetivamente possui instrumentos de participação na gestão das atividades das entidades qualificadas como organizações sociais, tornando necessária a integração destas no conjunto das atuações estatais. A ver: são obrigadas a possuir um regulamento de licitação para a celebração dos seus contratos (art. 17, Lei Federal nº 9.637/98); a elas podem ser cedidos não apenas bens (art. 12, Lei Federal nº 9.637/98), mas também servidores públicos (art. 14, Lei Federal nº 9.637/98); há uma série de normas que estabelecem minúcias quanto ao conteúdo dos seus atos sociais (arts. 1º ao 5º, Lei Federal nº 9.637/98), merecendo destaque, como denotador da sua integração à Administração Pública descentralizada, o preceito pelo qual de vinte a quarenta por cento dos membros do seu Conselho de Administração devem ser representantes do Poder Público (art. 3º, I, "a", Lei Federal nº 9.637/98). Este último dispositivo, acrescido aos demais, revela com clareza o caráter híbrido e a forte intersecção que estas entidades da sociedade civil possuem com o Poder Público⁷⁷.

A respeito dos acordos programas com entidades privadas, que no Direito italiano se assemelham com grande intensidade aos nossos contratos de gestão, Rosário Ferrara⁷⁸ afirma que, se de um lado, turbam a tradicional distinção entre público e privado, demonstram, de outro, uma relação entre poderes (o poder público e os contrapoderes privados), que parece ser mais regida e disciplinada pelo princípio da hegemonia ou de supremacia que pelo da pari-ordenação, em razão, principalmente, do diverso grau e da maior importância que quase sempre se atribui ao Poder Público.

A relação entre as partes do contrato de gestão representa, portanto, uma atenuação da verticalidade e unilateralidade da atuação administrativa, mas não acarreta, via de regra, a exclusão da hegemonia/supremacia estatal.

Algumas críticas devem, no entanto, ser feitas, não propriamente ao novo instrumento de descentralização por colaboração, mas à forma com que vem sendo implementado, desvirtuadora dos que deveriam ser os seus objetivos mais nobres.

A Lei nº 9.637/98, que instituiu as Organizações Sociais, não é, em si, eivada de qualquer vício de inconstitucionalidade e, muito pelo contrário, atende aos princípios da descentralização e da subsidiariedade. Todavia, até onde é do nosso conhecimento, se tem priorizado, com esteio no seu artigo 22, a criação de organizações sociais explicitamente destinadas a substituir órgãos ou entidades públicas extintas (v.g., Fundação Roquette Pinto — Anexos da cit. Lei), dando-se uma

transformação formal destas em sociedades civis não integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta e, portanto, não sujeitas ao conjunto das regras constitucionais pertinentes. Desta forma, conquanto o conjunto da Lei não seja ilegítimo, a maneira pela qual vem sendo aplicada afigura-se inconstitucional⁷⁹.

Entendemos, assim, que a aplicação prática da Lei nº 9.637/98 está levando à sua "inconstitucionalização". Clèmerson Merlin Clève observa que, em casos como estes, "a Corte Constitucional declara constitucional a norma impugnada, mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de 'inconstitucionalização'".⁸⁰ Celso Ribeiro Bastos justifica esta modalidade de controle da constitucionalidade pelo fato de que a "alteração das circunstâncias fáticas, do mundo concreto e real sobre o qual o texto da norma deve incidir, determina, inexoravelmente, uma 'adaptação' da sua normatividade à evolução assim observada"⁸¹.

Uma outra questão relativa às organizações sociais, que não nos parece que tem recebido a merecida atenção, é o entendimento, até o momento pouco contestado, pelo qual o Ministério competente pode livremente contratar quaisquer das organizações sociais qualificadas para operar na sua área de atuação.

A interpretação se funda na assertiva de que o contrato de gestão, apesar da denominação, não tem natureza contratual, não se lhe aplicando, conseqüentemente, a obrigatoriedade constitucional de licitação para a celebração de contratos (art. 37, XXI, CF). Ainda se invoca, na defesa da mesma posição, o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser dispensável a licitação para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

A nossa opinião é que, de fato, o contrato de gestão não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo⁸². A assertiva, no entanto, pode servir apenas para excluir a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada faz, contudo, que o órgão público "contratante" possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação, para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados não apenas na Constituição Federal (arts. 37 e 70), como na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c 26, Parágrafo Único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). O que devemos ter em mente é que **de forma alguma podemos confundir o fato de a licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre e desmotivada**, que violaria os princípios do Estado de Direito⁸³.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contratos de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer *a priori* entre estas⁸⁴.

9 Conclusão

Podemos concluir que a descentralização administrativa não há de ser tomada em sentido meramente formal, devendo, ao revés, estar sempre conectada com a autonomia da entidade ou do órgão descentralizado, mantido o poder de coordenação da Administração central.

Posta nestes termos, a descentralização é uma imposição não apenas da realidade social complexa e dinâmica em que vivemos, como também dos princípios constitucionais do pluralismo, da eficiência, da economicidade e da subsidiariedade.

A descentralização administrativa pode se dar através da tradicional criação de entes personalizados da Administração Indireta, desde que não lhes seja imposta subordinação hierárquica ao poder central; pela autonomização de órgãos que, permanecendo integrados à Administração Direta, passam a com ela ter vínculos de subordinação não hierárquicos — de direção e coordenação; e mediante a atração para a esfera estatal de entes de colaboração que, no entanto, abrem mão de parte da sua autonomia para se integrarem juridicamente na direção e coordenação da Administração central.

Nos dois primeiros casos há uma autonomização de centros competenciais originariamente inteirados na Administração central, e no último, dá-se a limitação da autonomia privada para que a entidade seja integrada à gestão coordenada da esfera pública.

Todas essas medidas, inerentes ao aperfeiçoamento da democracia pluralista, são de grande valia para a construção de um Estado mais próximo dos problemas concretos da população e apto a enfrentar os desafios que lhe são colocados pela realidade contemporânea. Não podem servir, contudo, para, sob a forma de uma aparentemente benéfica descentralização, propiciar o desvio dos princípios mais caros ao Estado democrático de Direito, como os da igualdade, moralidade e impessoalidade.

¹ Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado _ Goiás/2000.

² ENTERRÍA, Eduardo García de, descreveu o modelo administrativo napoleônico da seguinte maneira: "as funções ativas se reservam apenas aos órgãos com agentes individuais ou monocráticos, os quais se relacionam entre si mediante a técnica do escalonamento hierárquico, enquanto que os órgãos colegiais ficam reduzidos a funções consultivas ou deliberativas situadas lateralmente à linha hierárquica, assistindo-a e complementando-a, mas sem diminuir a sua substantividade e prevalência" (*Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Civitas, 1998. p. 125).

³ BOBBIO, Norberto (*Teoría general del derecho*. Editorial Debate, 1999. p. 21) recorda que a "a formação do Estado moderno corre paralela à formação de um poder coativo cada vez mais centralizado e, portanto, à supressão gradual dos centros de poder inferiores e superiores ao Estado [...]".

⁴ A esse respeito devemos, inclusive, observar que o Decreto-lei nº 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900/69, já previra, no seu art. 172, a figura dos "órgãos autônomos".

⁵ In "Globalização, autonomia decisória e política", constante da obra coletiva, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998: uma década de constituição*. Renovar, 1999. p. 307-

311.

⁶ A sociedade mundial de controle, constante da obra coletiva *Gilles Deleuze: uma vida filosófica*. 34. ed. 2000. p. 358-359.

⁷ *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra, 1997. p. 31-35 (grifos nossos).

⁸ cf. Hughes. Some aspects of development of american law, 1916, 39, New York State Bar Association Reports, 266, 269.

⁹ "The effect, without considering in any manner the efficiency of the administration, is that the public, except in rare cases, becomes unable to attach responsibility directly to a given subordinate official. It is equally impossible to affix a like responsibility to the Secretary of Agriculture in view of the almost limitless range of his obligations." (James M. Landis, apud Bernard Schwartz. *American Administrative Law*, Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., 1950. p. 11).

¹⁰ ob. cit., p. 30-31, 35.

¹¹ Para uma análise sistemática dos diversos graus de centralização e descentralização, ver MÉNDEZ, "Sistemas Orgánicos", constante da obra coletiva *Perspectivas del Derecho Público en la segunda Mitad del siglo XX*. Madrid, 1969. p. 951-952, 956-957.

¹² *Diccionario de política*, cit., v. 1, p. 329-330. Também sobre a matéria, ver ANABITARTE, Alfredo Gallego. Transferencia y descentralización; Delegación y Desconcentración; Mandato y Gestión o Encomienda. Teoría Jurídica y Derecho positivo, constante da obra coletiva *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX_ Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Editorial Complutense. p. 550-551.

¹³ Joan Prats i Catalá. Derecho y Management en las Administraciones Públicas _ Notas sobre la crisis y Renovación de los respectivos paradigmas. p. 9, 12-13 (fonte: <www.crad.org.ve>). Ver também MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, nas obras *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Renovar, 1999. p. 4. e *Sociedade, Estado e administração pública*. Topbooks, 1995. p. 142-144. Por sua vez, R. Zippelius afirma que "contra um aparelho de Estado totalitário com as dimensões descritas por Orwell existem, pelo menos, prevenções, que por enquanto ainda funcionam. Elas residem na pluralidade estrutural e na divisão de funções" (CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.) *Teoria geral do Estado*. trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 296).

¹⁴ *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1, p. 40-41.

¹⁵ A respeito da pobreza da interpretação meramente literal, vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo Min. Luiz Galloti, trazido à luz por Luís Roberto Barroso: "De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na Chartreuse de Parme, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso" (apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva, 1996. p. 120).

¹⁶ *Apontamentos ...*, cit., p. 27- 29.

¹⁷ O autor, naturalmente, está se referindo à Emenda Constitucional nº 19/98.

¹⁸ "L'idea decentralista ebbe a trarre forza e vitalità dalle nuovi esigenze dei tempi, dalla nuova posizione assunta dallo Stato come organismo sociale, dall'impellente necessità, sorta dalla complicazione dei rapporti dall'assunzione di nuove funzioni, di regolare con sollecitudine, egualmente e equamente, tutte le manifestazioni della vita collettiva per ogni parte del território. Male infatti, avrebbe potuto provvedere a questa necessità una sola organizzazione amministrativa accentrata, insufficiente ed incapace essa sarebbe apparsa senza la costituzione e il riconoscimento di subcentri i quali concorressero al soddisfacimento dei pubblici bisogni" (GIROLA, Carlo. *Teoria del decentramento amministrativo*. Fratelli Bocca Editore, 1929. p. 103).

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Forense, 1990. p. 99. Para muitos autores o princípio da descentralização também constitui emanção do princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado central só deve assumir as atribuições, as tarefas ou as incumbências que outras entidades existentes no seu âmbito e mais próximas das pessoas, dos seus problemas concretos, não possam assumir e exercer melhor e mais eficazmente (cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra Editora, 1998. t. 3). Como também ressalta Reinhold Zippelius, "a regulação de conflitos de interesses socialmente relevantes concretiza-se de maneira particularmente nítida em sociedades pluralistas, pela acção conjunta de todo um complexo de subsistemas" (ob. cit., p. 27). Ainda ligando a idéia de descentralização administrativa à liberdade individual e à democracia pluralista, SALANDRA, A. *Corso di Diritto Amministrativo*. 1915, II. p. 39, passim.

²⁰ *Mutações do direito administrativo*. Renovar, 2000. p. 24.

²¹ Apud SESÍN, Palazzo; LEMBEYE, Rolón. *La transformación del Estado*. Depalma, 1992. p. 12-13.

²² As Autarquias Universitárias Paulistas, constante da coletânea *Nos Quadrantes do Direito Positivo* - Estudos e Pareceres. Gráfica-Editora Michalany Ltda., 1960. p. 140.

²³ ZIPPELIUS, Reinhold, ob. cit., p. 129.

²⁴ "A pluralidade dos centros de autonomia política, nos quais se expande o moderno ordenamento democrático, não significa desarticulação e atomização das suas estruturas" (MUSSO, Enrico Spagna, *L'Iniziativa nella formazione della legge italiana*. Napoli, 1958. p. 95).

²⁵ AMARAL, Diogo Freitas do, após advertir que o princípio da descentralização, também constante da Constituição portuguesa, tem limites, afirma que ele não poderá ser invocado **"contra diplomas legais que adoptem soluções que visem garantir, por um lado, a eficácia e a unidade da acção administrativa e, por outro, organizar ou disciplinar os poderes de direcção e superintendência do Governo. Mas, como é evidente, também ninguém poderá invocar estes limites constitucionais para esvaziar por completo o conteúdo essencial dos princípios da descentralização e desconcentração: estes são princípios fundamentais da Constituição, que não podem ser reduzidos a cinzas por via interpretativa"** (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. Livraria Almedina, 1998. v. 1, p. 729, grifamos). Como veremos, não cabe confundir os poderes de direcção/coordenação com os poderes hierárquicos, estes sim

antitéticos à descentralização administrativa.

²⁶ *La administración institucional* _ Bases de su régimen jurídico. Instituto de Estudios Administrativos, 1972. p. 32-33.

²⁷ Vincenzo Cerulli Irelli, em termos análogos aos por nós adotados para conceituar os órgãos e entidades materialmente descentralizadas, define as autoridades administrativas independentes como "il fenomeno, emerso nell'esperienze più recente, delle c. d. autorità amministrative indipendenti, dotate o meno di personalità giuridica, costituite dalla legge per governare determinati settori di amministrazione in senso sostanziale, secondo moduli organizzativi e funzionali del tutto svincolati da qualsiasi relazione com l'organizzazzione ministeriale" (*Corso di diritto amministrativo*. G. Giappichelli Editore, 1997. p. 230). AMARAL, Diogo Freitas do também chega ao mesmo resultado, só que, para manter a nomenclatura tradicional em relação aos órgãos autônomos despersonalizados, denomina os por nós chamados "órgãos descentralizados" de "órgãos com desconcentração absoluta" ou, similarmente a Cerulli, de "órgãos independentes": "Quanto aos `graus de desconcentração', ela pode ser absoluta ou relativa: no primeiro caso, a desconcentração é tão intensa e é levada tão longe que os órgãos por ela atingidos se transformam em órgãos independentes; no segundo, a desconcentração é menos intensa e, embora atribuindo certas competências próprias a órgãos subalternos, mantém a subordinação destes aos poderes do superior. Neste último caso, a desconcentração e hierarquia coexistem, ao passo que naquele, pelo contrário, a desconcentração faz cessar a hierarquia" (ob. cit., p. 660-661).

²⁸ Apud ORTIZ, Gaspar Ariño, ob. cit., p. 404-405.

²⁹ ob. cit., p. 552/3 (grifamos). O conceito de descentralização efetiva também encontra esteio na doutrina de Reinhold Zippelius: "Trata-se de desconcentração quando os membros de uma organização estão totalmente vinculados a instruções de instância central, e de **descentralização quando estes membros gozam, no exercício das suas funções, de uma grande autonomia**, p. ex., se unicamente se acham sujeitos a uma tutela de legalidade central ou, quando muito, a uma limitada tutela de mérito" (ob. cit., p. 127, grifamos).

³⁰ "La décentralisation implique que, pour assurer la marche de certains groupements de services, existent d'autres corps d'administration ayant une certaine liberté d'action. Le pouvoir central n'est pas éliminé, mais son rôle change. Il ne dirige plus. Il se borne à contrôler les autorités placées à la tête de ce corps d'administration propre" (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. Dalloz, 1926, 92). Também vinculando o conceito de descentralização administrativa ao de autonomia, que seria um requisito daquela, SALANDRA, A. *Corso di diritto amministrativo*. Manes, 1915, II. p. 39, passim.

³¹ Com efeito, HAURIOU, Maurice, tratando da matéria, conclui: "Il y a um autre aspect du sujet encore plus intéressant: [...] la création des établissements publics [...] ne constitue pas, par elle même, une décentralisation. Et il paraît bien qu'elle en constitue une, si l'on réfléchit qu'elle s'accompagne nécessairement d'une répartition du pouvoir de décision" (*Précis de droit administratif*. 8. ed. Recueil Sirey, 1914. p. 145).

³² José Afonso da Silva, apud Luís Roberto Barroso, *Interpretação constitucional* _ Direito Constitucional Intertemporal. Autonomia desportiva: Conteúdo e Limites. Conceito de Normas

Gerais. *RDP*, 97/96).

³³ Do grego, auto, próprio, e, nomia, norma, regra.

³⁴ *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra Editora, 1997. p. 69-70. Naturalmente que não estaremos diante de descentralização quando, nos termos utilizados pelo autor, a autonomia for "quase nada".

³⁵ Uma percuciente classificação dos mais diversos conceitos de autonomia defendidos pela doutrina, pode ser encontrada no *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. trad. dirigida por Vicente de Paulo Barreto. Renovar, 1999. p. 61-62. Para os mesmos fins, ver também STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón, p. 670-698.

³⁶ Deve-se destacar que, inclusive pelo princípio do paralelismo das formas, apenas a fonte que confere a autonomia pode limitá-la. Jamais poderá fazê-lo norma de hierarquia inferior ou, muito menos, o intérprete.

³⁷ Interpretação constitucional _ Direito Constitucional Intertemporal. Autonomia desportiva: conteúdo e limites. Conceito de Normas Gerais. *RDP*, n. 97, p. 96.

³⁸ "Quem observar atentamente os dados, dá bem por que a produção jurídica não está toda concentrada nas oficinas legislativa e judiciária do Estado. Ao lado desta, existe uma produção descentralizada que se vai distendendo em uma fina rede de outras oficinas, progressivamente menos importantes e mais numerosas, até chegar a uma verdadeira forma do que ousarei chamar produção no domicílio. Contrapõe-se aqui, nesta matéria, ao conceito de soberania o conceito de autonomia jurídica" (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. trad. Antônio Carlos Ferreira. Lejus, 2000. p. 151).

³⁹ *La autonomía universitaria: ámbito y limites*. Civitas. 1982. p. 35. Também Ignacio de Otto afirma que, "em seu significado mais amplo, autonomia é o poder de indivíduos ou pessoas jurídicas para dar-se um ordenamento próprio nos limites de outro superior e mais amplo" (*Derecho constitucional _ Sistemas de fuentes*. Ariel, 1988. p. 245).

⁴⁰ Neste trabalho não trataremos especificamente da descentralização territorial, que envolve aspectos mais ligados à teoria da Federação e das regiões autônomas — descentralização política — do que à organização administrativa interna de cada Ente estatal — descentralização administrativa. Afinal, como afirma GIROLA, Carlo, "è appunto da quel punto de vista funzionale ed organico e non già solo territoriale, che deve essere intesa l'espressione "centro" nei riguardi del problema del decentramento amministrativo" (*Teoria del decentramento amministrativo*. Fratelli Bocca Editore, 1929, p. 96). Nada obsta, contudo, observarmos que também a descentralização territorial foi tratada pela Reforma Administrativa no momento em que esta deu nova redação ao art. 241 da Constituição Federal.

⁴¹ "Se pretende dar prioridade aos objetivos, aos índices de prestação e avaliação em relação ao orçamento, à comparação dos custos e às diversas unidades operativas, redimensionando o orçamento, concedendo aos dirigentes maior liberdade na gestão dos recursos e na prestação de

contas do que tiver sido efetivamente realizado" (SESÍN, Palazzo; LEMBEYE, Rolón, ob. cit., p. 94).

⁴² Massimo Severo Giannini. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Giuffrè 1993. v. 1, p. 331-332. Os termos em língua inglesa constam do original.

⁴³ ob. e v. cit., p. 311-333.

⁴⁴ ob. cit., p. 112-3.

⁴⁵ "No seu começo, o Estado moderno era pequeno e se via rodeado de instituições sociais autônomas, mas, ao crescer — como disse Hauriou — as devorou. Desta forma, o Estado se tornou a 'instituição de instituição' à maneira de Pantagruel ou Gargantua." (FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Tecnos, 1994. v. 1, p. 333).

⁴⁶ Essa autonomia mínima revela-se, por exemplo, na impossibilidade de o Poder Executivo, de forma imediata, incorporar na entidade da Administração Indireta normas por ele expedidas. O Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Carlos Guimarães Castro, no Parecer nº 08/90 LCGC, tratando do Decreto Estadual nº 19.923/94, que dispõe que a cessão dos bens das sociedades de economia mista está sujeita à prévia autorização governamental, afirmou: "É, pois, neste sentido do comportamento do Estado-acionista, do procedimento de direção dos seus órgãos descentralizados, que me parece se possa admitir a expedição, pelo Estado, de atos de império (leis e decretos), não atingindo, porém tais atos o comportamento da própria pessoa jurídica [...] Para reger a pessoa jurídica descentralizada, dever-se-ia prever a inclusão do procedimento nos respectivos estatutos; em caso contrário, qualquer contrato envolvendo terceiros e porventura firmado em desconformidade com o comando contido no decreto, não poderia ser, por este só motivo, inquinado de nulidade [...]".

⁴⁷ "Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes", constante da obra coletiva MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Direito político*. Lumen Juris/APERJ, 2000.

⁴⁸ As agências reguladoras dos serviços de telecomunicação e da exploração do petróleo (arts. 21, XI e 177, § 2º, III da Constituição Federal, com a redação dada, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 8 e 9 /95).

⁴⁹ Dissonantemente, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu aplicável à espécie a Súmula nº 25, que dispõe: "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia" (fonte: www.stf.gov.br). Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notado pela doutrina, a Súmula nº 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula 47: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura."

⁵⁰ A independência das agências reguladoras. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 6, jun. 2000, p. 417-418. NDJ.

⁵¹ Note-se que, mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, país no qual as agências

reguladoras alcançaram o seu maior grau de autonomia, o Presidente da República editou a Ordem Executiva nº 12.886/93 _ Regulatory Planning and Review. Este ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo — o Regulatory Working Group —, incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. Para maiores detalhes, remetemos o leitor à obra de CARNONELL, Eloísa; MUGA, José Luis *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons, 1996. p. 43-47.

⁵² Podemos citar, por exemplo, os inúmeros Conselhos que têm autonomia decisória na sua esfera de competência (matéria ambiental, de trânsito etc.). Devemos também observar que, entre outros países, na França e na Itália as agências reguladoras, ao contrário do que se dá entre nós, não são personalizadas, mas "meros" órgãos, denominados de "autoridades independentes".

⁵³ *Direito administrativo moderno*, cit., p. 70.

⁵⁴ MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 347-348.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 91. O autor adverte, no entanto, que "a independência de fato destas instituições decorre em grande parte dos meios financeiros e humanos, os quais elas podem gerir livremente" (ob. e p. cit.). Na doutrina brasileira, BASTOS, Celso Ribeiro denota que tais órgãos "se situam fora do contexto hierárquico", não fazendo sentido que estivessem subordinados ao comando de um agente da Administração burocratizada. "Podem estar submetidos, evidentemente, a um controle amplo da regularidade de seu funcionamento, mas não ao mérito de suas decisões" (*Curso de direito administrativo*. Saraiva, 1994. p. 74). MOREIRA, Vital, por sua vez, destaca que o que se busca é "a independência em relação aos interesses em causa e um suplemento de imparcialidade, neutralidade face aos eventuais conflitos de interesses" (ob. cit., p. 137).

⁵⁷ A esse respeito, ZIPPELIUS, Reinhold (ob. cit., p. 130) afirma que "a divisão de uma autoridade tem o efeito geral de que a autoridade recém-criada, e não já a antiga, seja competente em relação ao incalculável número de medidas administrativas respeitantes a matérias enquadráveis no âmbito [...] de sua competência. Os actos regulatórios desta natureza regulam, pois, segundo o seu conteúdo explicativo, uma realidade concreta. [...] Equivalem, portanto, a normas gerais, quanto a esta relevância relativamente a um círculo ainda não determinado de pessoas. Trata-se, no fim de contas, de uma forma mista entre o tipo fundamental de normas gerais (que, segundo o conteúdo explicativo e o efeito, atingem, de forma geral, pessoas e situações de facto) e o tipo de actos individuais (que atingem individualmente pessoas e situações de facto)."

⁵⁸ ob. e v. cit., p. 160-161.

⁵⁹ *Direito administrativo*. 11. ed. Atlas, 1999. p. 385.

⁶⁰ *Direito administrativo*. Almedina, 1981. p. 529.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 387.

⁶² Nada obsta, porém, que uma agência reguladora venha a ser qualificada também como agência executiva, aumentando, assim, a autonomia, mormente em matéria financeira e orçamentária, que já lhe era assegurada por lei.

⁶³ Para uma análise histórica dos contratos de gestão, que seriam originários da França, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, 1997, p. 132-140 e CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. ed. Montchrestien, 1999. t. 1, p. 414-415).

⁶⁴ Celso Antonio Bandeira de Melo, corretamente, mas talvez com um pouco de exagero, enfoca a matéria da seguinte maneira: "Se isto impressiona os administradores públicos, economistas, ou mesmo outros agentes, levando-os a se esmerarem no cumprimento de certos objetivos e metas, é importantíssimo que se realizem tais encenações, dada a utilidade concreta que podem produzir, na medida em que psicologicamente influem de modo positivo no espírito de seus agentes. Tratar-se-á, em tal caso, de dramatização, pois, ao que parece, figurações de gênero, conquanto sejam juridicamente irrelevantes, sensibilizam muito administradores e economistas" (*Curso de direito administrativo*. Malheiros. 11. ed. 1999. p. 150). No mesmo sentido, tratando de instituto análogo do Direito espanhol, Ramón Parada afirmou que "la calificación como contrato presenta así un valor mítico, pero jurídicamente se revela poco operativa" (*Derecho administrativo*. Marcial Pons, 1999. t. 1, p. 272).

⁶⁵ Neste sentido, a própria equipe que elaborou a proposta de reforma constitucional que deu origem ao art. 37, § 8º da Constituição Federal (*O contrato de gestão no serviço público*. Secretaria da Administração Federal, ENAP, 1993, p. 107/9), MELLO, Celso Antonio Bandeira de (ob. cit., p. 144-5, 152-4), PEREIRA JR. Jessé Torres (ob. cit., p. 173-4) e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (*Direito administrativo*. 11. ed. Atlas, 1999. p. 283). Esta autora destaca que, mesmo quando tenham como partes pessoas jurídicas distintas, ou seja, quando o contrato de gestão for celebrado entre entidade da Administração Indireta e o Ente Federativo central, não se tratará de contrato por não haver antagonismos de interesses: "É inconcebível que os interesses visados pela Administração Direta e Indireta sejam diversos."

⁶⁶ Neste sentido, Edimur Ferreira de Faria: "As regalias ou benefícios conferidos às Agências Executivas também têm as autarquias e fundações não qualificadas. Para que estas sejam eficientes, como devem ser, basta determinação e responsabilidade dos seus dirigentes e controle efetivo dos órgãos próprios, internos e externos. [...] Se as autoridades competentes efetivamente exercessem o seu poder de controle, aplicando as sanções previstas nas leis e regulamentos, não seria necessária a qualificação especial aqui tratada" (*Curso de direito administrativo positivo*. Del Rey, 1999. p. 108).

⁶⁷ *O Contrato de Gestão no Serviço Pública* Secretaria da Administração Federal, ENAP, 1993, p. 105. Apesar da imprecisão técnica, tudo leva a crer que o texto, ao aludir aos "meios de ação administrativa", está se referindo tão-somente aos meios hierárquicos de atuação da Administração, já que o contrato de gestão não pode deixar de também ser considerado como um instrumento administrativo.

⁶⁸ Massimo GIANNINI, Severo, ob. cit., p. 366-371. Também se colocando a favor da natureza

normativa destes acordos administrativos, pronunciou-se Rosário Ferrara: "L'accordo sembra infatti possedere valenza "normativa", in quanto costituisce il punto di aprobo di um regolamento "negoziale" di interessi [...]" (*Gli Accordi di Programma*. CEDAM, 1993. p. 121).

⁶⁹ A afirmação também pode ser inferida dos ensinamentos de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Apontamentos...* cit., p. 67), que, ao comentar o § 8º do art. 37 da Constituição Federal, afirma que a lei referida é estreitamente conectada com a autonomia de cada ente da Federação, o que faz com que a União não possa impor aos Estados e Municípios a sua lei.

⁷⁰ Entre estes mecanismos congêneres, podemos fazer alusão aos acordos de programa (cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. Esplanada, 1998. p. 369 et seq., MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo in op. e p. cit. e MOROLLI, Fábio Giusto, in op. e p. cit.). Quanto à afirmação segundo a qual os acordos de programa não poderiam ser celebrados por inexistência de lei regulamentadora, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que a celebração destes instrumentos decorre das próprias atividades ordinárias da Administração, prescindindo, portanto, de lei que os discipline e autorize.

⁷¹ Se, por exemplo, determinada atividade estatal for caracterizada como exercício de poder de polícia, que é a atividade revestida de potestade estatal por excelência, só poderia, pela doutrina tradicional, ser desempenhada por pessoas jurídicas de direito público, ou seja, Entes da Federação ou autarquias (abstemo-nos aqui da contenda quanto à natureza das fundações instituídas pelo Poder Público). Este entendimento tradicional é claramente inspirado pelo Direito Administrativo Francês; o Conseil d'Etat da França afirmou: "En outre, la jurisprudence interdit à l'administration de concéder le service public de la police à une personne privée" (Conseil d'Etat 23 maio 1958, Amoudruz, Rec. 302, apud Jean-Michel de Forges. *Droit administratif*. Presses Universitaires de France - PUF, 1995. p. 165).

⁷² Transferência de Atividades Estatais a Entes da Sociedade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 51, p. 25-42. Outra parcela da doutrina apenas admite a delegação dos atos meramente preparatórios do exercício da polícia administrativa (cf. PROVENZA, Vittorio Constantino. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 359-382). Maior acolhida doutrinária tem o exercício do poder de polícia pelas delegatárias privadas de serviços públicos, mas apenas no que for instrumental à prestação de tais serviços e não constituir coerção física (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Dialética, 1997. p. 259-260).

⁷³ Trata-se da ADI n.º 1.717-6, fonte: <www.stf.gov.br>. Interessante análise da questão consta das decisões do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça publicadas, respectivamente, nas RDA's 214/301 e 216/211. Nenhum dos órgãos chegou, no entanto, a se pronunciar peremptoriamente acerca da controvérsia.

⁷⁴ *Curso...* cit., p. 575-577.

⁷⁵ *Curso...* cit., p. 98.

⁷⁶ Podemos citar como exemplos dessa situação os serviços sociais autônomos e as delegatárias de serviços públicos, que são entidades que, apesar de não integrarem a Administração Indireta, por

não pertencerem ao Estado, fazem parte da Administração descentralizada por inserirem-se na coordenação geral da Administração central por força de mecanismos jurídicos que as obrigam a tanto — leis ou contratos, respectivamente. Estamos, também nestes casos, diante do que DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama de "descentralização por colaboração" (cf. *Direito administrativo*, cit., p. 340).

⁷⁷ Confirmando que nem sempre a colaboração com o Poder Público integra a entidade colaboradora na Administração descentralizada, a Lei nº 9.790/99 criou a figura das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinadas às pessoas jurídicas que, uma vez qualificadas como tais, podem, mediante a celebração de "Termo de Parceria" para a execução de um projeto (arts. 9º e 10), utilizar bens e recursos públicos. Verifica-se que, nestes casos, apesar de a entidade poder ser de grande valia para o alcance de finalidades públicas, pouco ou nada diferem das antigas entidades de utilidade pública, que também não chegavam, ao contrário do que alcançam as organizações sociais, as delegatárias de serviços públicos e os serviços sociais autônomos, a estabelecer vínculos de subordinação (não hierárquica)/coordenação com a Administração central.

⁷⁸ ob. cit., p. 6-7.

⁷⁹ Valmir Pontes Filho e Marçal Justen Filho entendem que esse mecanismo de criação fictícia e induzida de entidades da sociedade civil como organizações sociais constitui fraude à Constituição. O primeiro expôs sua posição em palestra proferida em 1º de setembro de 1999, na XVII Conferência Nacional dos Advogados, promovida pela OAB no Rio de Janeiro. Já a opinião de Marçal Justen Filho, alertando para os riscos da criação de organizações sociais como mera "fachada", consta da obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5. ed., 1998, p. 31. Aplicar-se-iam, in casu, as advertências de Gimeno Feliu: "Sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y social) está acarreando la eliminación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, los lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes "ficticios" sometidos al Derecho Privado" (*El control de la contratación pública*. Civitas, 1995. p. 115-116).

⁸⁰ Apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. IBDC, 1997. p. 172.

⁸¹ op. cit., p. 173.

⁸² A sua natureza seria próxima à dos convênios, sendo, no entanto, ao contrário destes, dotada de uma maior estabilidade e de liames mais fortes com a Administração central, liames estes decorrentes do atendimento dos rígidos requisitos para a qualificação como organização social. Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta a inclusão dos contratos de gestão na categoria dos acordos de programa acima conceituados (in ob. e p. cit.). A posição minoritária, que sustenta a natureza contratual dos contratos de gestão em virtude de outorgarem benefícios públicos a determinadas entidades, é perfilhada no recente artigo "Organizações Sociais — Processo Seletivo para firmar Contratos de Gestão", de Perpétua Ivo Valadão e Paulo Moreno Carvalho, constante da obra coletiva *Temas de direito constitucional* — estudo em homenagem ao advogado André Franco

Montoro. ADCOAS/IBAP, 2000. p. 337-356.

⁸³ O mesmo raciocínio é aplicado na questão mais vetusta da permissão de uso de bens públicos, que não seria contrato, mas ato administrativo, e, portanto, não estaria incluída na competência da União para estabelecer normas gerais de licitações e contratos administrativos, o que, contudo, não desobriga os entes públicos a adotarem procedimentos objetivos e impessoais para selecionar os permissionários (cf., entre outros, JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários, cit., p. 42).

⁸⁴ Também neste sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 406 e VALADÃO, Perpétua Ivo Valadão; CARVALHO, Paulo Moreno Carvalho. ob. cit., p. 350-355.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

Descentralização Administrativa - Sua Evolução face às Reformas à Constituição de 1988 1.A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*/Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Janeiro / Março 2003 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12602>>. Acesso em: 1 ago. 2016.