

Marcos Augusto Perez



# A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA



Institutos de Participação Popular  
na Administração Pública

**ef** Editora Fórum

1ª edição, 1ª reimpressão

# A Administração Pública Democrática

---

Institutos de Participação Popular  
na Administração Pública

Marcos Augusto Perez

## A Administração Pública Democrática

---

Institutos de Participação Popular  
na Administração Pública

1ª edição, 1ª reimpressão

Belo Horizonte



2009

## O Estado de Bem-Estar e a Organização da Administração Pública

### 2.1 O advento do Estado de Bem-Estar e a ampliação das tarefas da Administração Pública

O século XX deu à Administração Pública, em toda a parte do mundo, uma nova feição. Prova disso é que o próprio significado da expressão — Administração Pública — foi se alterando no decurso do último século, com a modificação de seu sentido material ou objetivo,<sup>46</sup> na medida em que muitas atividades se somaram ao quadro do que se usa chamar função administrativa do Estado.

De fato, a Administração Pública tornou-se fundamental para a vida da coletividade,<sup>47</sup> agigantando-se como órgão interventor na economia, tanto nos países capitalistas, como nos demais. Propulsora ou, ao menos, mediadora do desenvolvimento econômico<sup>48</sup> e curadora dos direitos humanos, individuais e sociais, esses foram os papéis que o século XX reservou para a atuação da Administração Pública.

O fenômeno que ora se descreve está relacionado com o advento do chamado “Estado de Bem-Estar”, “Wellfare State”, ou ainda, “Estado Providência”, um Estado mais atuante que, ao menos em tese, “não se limita a manter a ordem pública,

<sup>46</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 49.

<sup>47</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 29.

<sup>48</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21.

mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo<sup>49</sup> e realiza ampla intervenção no domínio econômico, condicionando, estimulando e fiscalizando as atividades da iniciativa privada, ou ainda exercendo diretamente atividades econômicas.

O chamado Estado de Bem-Estar resulta, basicamente, das forças econômicas que nortearam a reforma do capitalismo na primeira metade do século XX. Após a grande crise econômica dos anos trinta, consolidou-se, na grande maioria dos países, a prática do intervencionismo estatal na economia. O antigo Estado de fachada liberal, "que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo externo e interno",<sup>50</sup> cede todo seu espaço às modernas burocracias, que reivindicam o gerenciamento da economia a partir do Estado. Como salienta o historiador Hobsbawm:<sup>51</sup>

Os governos capitalistas estavam convencidos de que só o intervencionismo econômico podia impedir um retorno às catástrofes econômicas do entreguerras e evitar os perigos políticos de pessoas radicalizadas a ponto de preferirem o comunismo, como antes tinham preferido Hitler.

Pode-se afirmar que o Estado de Bem-Estar atingiu seus objetivos (ou, ao menos, boa parte deles) somente nos chamados países do primeiro mundo, nas regiões mais industrializadas do planeta.<sup>52</sup> Mas não é menos certo reconhecer que o modelo

<sup>49</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 21. No mesmo sentido, RIVERO, Jean; WALINE, Jean, op. cit., p. 20.

<sup>50</sup> Cf. HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p. 141-142.

<sup>51</sup> *Id.*, p. 176.

<sup>52</sup> Dados econômicos revelam que, no fim da década de 1970, todos os Estados capitalistas avançados haviam se tornado Estados de Bem-Estar, com seis deles gastando mais de 60% de seus orçamentos na seguridade social (Austrália, Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Países Baixos), situação absolutamente contrastante com os países do chamado "terceiro mundo" — Cf. HOBSBAWM, Eric, op. cit., p. 279.

intervencionista de atuação do Estado na economia, embora não lograsse os mesmos resultados satisfatórios de sua aplicação nos países economicamente mais desenvolvidos, radicou-se na grande maioria dos países do globo, resultando no que hoje muitas vezes costuma-se chamar de “sobrecarga” da Administração Pública.<sup>53</sup>

A Administração Pública assumiu, dessa forma, uma série de tarefas aparentemente contraditórias com o sistema econômico de acumulação do capital, mas, na verdade, absolutamente compatíveis com os objetivos deste, pois tanto visavam à constrição da espoliação das classes menos favorecidas, como visavam também, como diz Alaôr Caffé Alves,<sup>54</sup> a “salvaguardar os interesses gerais (e não singulares) do capital coletivamente considerado”.

A presença da Administração Pública na vida dos cidadãos cresceu de tal modo, que se tornou usual afirmar, em todos os países que seguiram o sistema continental europeu, que deixou de existir atividade social, cujo exercício não se vinculasse, em maior ou menor grau, com o Direito Administrativo.<sup>55</sup>

Praticamente todos os Estados do mundo, na segunda metade do século XX, passaram a dotar sua Administração Pública de poderes que tinham como objetivo tornar mais seguro e previsível o devir da economia e, mais contundentemente, promover o crescimento econômico. Entre as décadas de 50 e 60, do último século, o chamado “keynesianismo” fez da Administração Pública uma eminente planejadora da economia, o que levou Toffler<sup>56</sup> a constatar:

<sup>53</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27. Para um resumo das teorias de “sobrecarga” da Administração Pública ver ainda: HELD, David, op. cit., p. 209/215; SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 232 e CAMPILONGO, Celso Fernandes, op. cit., p. 22-23.

<sup>54</sup> Cf. ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 241.

<sup>55</sup> Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 105.

<sup>56</sup> Cf. TOFFLER, Alvin. *O Choque do Futuro*. 5. ed. São Paulo: Record, p. 358.

Na França, o "Plan" se tornou um aspecto regular da vida nacional. Na Suécia, Itália, Alemanha e Japão, os governos intervêm ativamente no setor econômico, para defender certas indústrias, capitalizar outras, e acelerar o crescimento. Nos EUA e na Grã-Bretanha, até mesmo os governos regionais se munem de algo que pode ao menos ser chamado de Secretaria de Planejamento.

Essa ampliação de atribuições da Administração levou, até mesmo, à formulação de teorias que apregoavam a crise do conceito de serviço público, que outrora definira a própria autonomia do Direito Administrativo.<sup>57</sup>

Canotilho também teorizou sobre esse estado de coisas, constatando que se passou a impor à Administração Pública a atribuição de criar e manter os pressupostos materiais para a realização da democracia social e econômica, o que chamou de "funções de Estado de terceira ordem".<sup>58</sup> Para o brilhante constitucionalista português:

Isto significa que o quadro das funções do Estado não se reduz à manutenção da segurança interna e externa do Estado, à manutenção de uma ordem, quadro para o exercício de liberdade política e econômica (funções de Estado de primeira ordem). Também as funções de Estado não se reconduzem a uma política de «intervenção» e «estímulo» com o fim de criar instrumentos de «integração» necessários à organização capitalista da economia (funções de Estado de segunda ordem). Avançou-se para funções de Estado de terceira ordem que pressupõem **intervenções qualitativas na ordem econômica existente. Estas intervenções não se limitam a uma função de direcção (Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht) ou de «coordenação» de uma «economia de mercado»; são instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (...)** (grifamos).

Observe-se, porém, que a Administração não deixou de realizar as tarefas que a ela eram delegadas sob a égide do modelo econômico liberal. Continuou realizando-as e acrescentou a

<sup>57</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade...* op. cit., p. 25.

<sup>58</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 479.

esse rol as diferentes tarefas inerentes ao intervencionismo econômico e à preservação do bem-estar.<sup>59</sup>

Pode-se tentar relacionar as atividades da Administração Pública, no contexto do Estado de Bem-Estar, como: (1) manutenção da segurança interna e externa, através de um contingente profissional armado; (2) guarda e operação dos bens públicos; (3) execução direta ou indireta dos serviços públicos, legal ou constitucionalmente definidos, tais como saúde, educação, correios, telecomunicações, estradas de ferro, portos, geração de energia elétrica, previdência social, entre outros; (4) fomento ao desenvolvimento de atividades econômicas pela iniciativa privada; (5) intervenção direta no domínio econômico através da atuação como empresário; (6) controle da emissão e circulação de moeda, da atividade financeira e fiscalização das bolsas de valores; (7) fiscalização da produção e comercialização de bens que possam afetar a saúde pública e o meio ambiente; (8) fiscalização do comércio externo; (9) intervenção na propriedade privada para salvaguardar sua função social; (10) fiscalização da competição industrial e comercial para evitar a formação de monopólios, trustes e cartéis; (11) tributação.

Ora, a partir deste quadro, não resta dúvida de que as funções da Administração Pública não somente foram ampliadas como se tornaram muito mais complexas com o Estado de Bem-Estar. Afinal, passou-se a exigir da Administração Pública um modo de atuar direcionado à plena eficiência.

Hely Lopes Meirelles<sup>60</sup> já nos falava do “dever de eficiência” da Administração Pública nos seguintes termos: “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar

<sup>59</sup> Sobre as tarefas da Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito ver DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 15.

<sup>60</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 90-91.



suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (...) Neste ponto, convém ressaltar que a técnica é hoje inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializados, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência”.

Melhor explicando, pode-se dizer que, para além da atuação como mera fiadora de uma esfera individual de liberdades, requer-se do Estado de Bem-Estar que a Administração Pública seja a **realizadora eficiente de uma pluralidade de serviços, intervenções econômicas, entre outras atividades**, que visem fornecer à coletividade um **coeficiente mínimo de igualdade**,<sup>61</sup> de modo a possibilitar aos seus membros o pleno desfrute da **cidadania**.

Ademais, o Estado de Bem-Estar cria, em relação aos cidadãos, uma nova consciência da cidadania. Os cidadãos, na verdade, passam a ser mais exigentes, colocando-se frente à Administração Pública como clientes que dependem da eficiência dos serviços, dos programas e dos bens coletivos fornecidos pelo Estado, para lograrem os seus meios de sobrevivência e de bem-estar material, social e cultural.<sup>62</sup>

Portanto, a persecução da eficiência coloca-se como objetivo permanente do Estado de Bem-Estar, e a regulamentação empreendida pelo Direito Administrativo teria, nesse

<sup>61</sup> Cf. RIVERO, Jean; WALINE, Jean, op. cit. p. 21.

<sup>62</sup> Cf. OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 269. Ver ainda HABERMAS, Jürgen, op. cit., v. 1, p. 109.

contexto, a finalidade de prover a Administração de um conjunto de instrumentos aptos a sua concretização.

Conforme veremos em seguida, os institutos de participação popular na Administração Pública apresentam essa faceta instrumental, ou seja, são voltados a imprimir maior eficiência à atuação administrativa. Acontece, entretanto, que não há, nos primeiros momentos da fundação do Estado de Bem-Estar, qualquer referência aos institutos de que tratamos aqui. É somente num segundo momento da existência do Estado de Bem-Estar que se passa a falar em participação do cidadão na Administração Pública.

## 2.2 A contradição entre o "modelo weberiano" de organização da Administração Pública e o Estado de Bem-Estar

Os motivos dessa gênese tardia estão certamente relacionados com o fato de que, no primeiro momento da existência do Estado de Bem-Estar, a atuação e a organização da Administração Pública encontravam-se totalmente pautadas por um modelo que podemos denominar "weberiano".<sup>63</sup>

Com efeito, partindo de uma visão autodenominada "sociológica", Weber constatou que o sistema econômico capitalista necessitaria de uma Administração Pública organizada racionalmente, cujo funcionamento fosse tão previsível e regular quanto o funcionamento de uma máquina, baseado em princípios e normas gerais fixos.<sup>64</sup> Defendia Weber a idéia segundo a qual essa máquina administrativa careceria de um corpo de funcionários profissionalizados; a chamada "estrutura burocrática",

<sup>63</sup> Cf. TIMSIT, Gérard; BELLOUBET-FRIER, Nicole. *L'Administration en Chantiers. Revue du Droit Public et de la Science Politique*, "Extrait", Paris, p. 299 e MORON, Miguel Sanchez. *Notas sobre la Función Administrativa en la Constitución Española de 1978*. In: PREDIERI, Alberto; ENTERRIA, E. García de (Dir.). *La Constitución Española de 1978*. Madrid: Civitas, 1989, p. 633.

<sup>64</sup> Cf. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 1.061-1.062.

na qual: “a norma, a finalidade, o meio e a impessoalidade ‘objetiva’ dominam sua conduta”.<sup>65</sup> Neste modelo, a Administração Pública deveria ser (1) regida impessoalmente pela lei e pelo saber dos técnicos, a burocracia; (2) hierarquizada em sua organização interna e dividida segundo ramos de especialização e profissionalização; (3) vinculada a regras formais de funcionamento; (4) racional, segura e previsível em sua atuação.<sup>66</sup>

Entendia Weber, enfim, que, se organizada na conformidade desses pressupostos, a Administração Pública conseguiria otimizar a realização de seus objetivos, logrando, dessa forma, monopolizar a “coação física legítima”,<sup>67</sup> substrato de toda a ação estatal.

Burocracia, eficiência e legitimidade, podemos resumir, é o trinômio que representa os pilares de sustentação da Administração Pública, sob a égide do “modelo weberiano”. A burocracia, em tese, garantiria a autonomia da Administração em relação à sociedade, distanciando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão técnica e profissional dos serviços públicos. A atuação racional, previsível e segura da burocracia, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por um sistema de controles internos e externos, importaria necessariamente na eficiência das atividades desempenhadas pela Administração e, supostamente, em sua legitimidade, na medida em que a eficiência da atuação administrativa conduziria à adesão também racional dos administrados aos comandos e programas, frutos dessa atuação.

Na prática, entretanto, o modelo weberiano não se revelou perfeitamente apto a tornar a Administração Pública do Estado de Bem-Estar mais racional, mais eficiente ou mais legítima.

<sup>65</sup> Id., p. 752.

<sup>66</sup> Id., p. 173 et seq.

<sup>67</sup> Id., p. 704 et seq, e 1.060.

As deficiências desse modelo, na verdade, não derivam de falta de coerência teórica de seu autor. A obra de Weber impressiona pela acuidade, pela coerência de raciocínio e pela visão global dos problemas vividos pela Administração Pública. Weber, entretanto, pensou e escreveu antes da crise capitalista de 1929, antes da Segunda Grande Guerra Mundial, antes, enfim, do acima descrito agigantamento da Administração Pública. São, portanto, as profundas mudanças no papel da Administração Pública no decurso do século XX que motivam as deficiências do modelo weberiano.

Na tentativa de sistematizar essa reflexão, podemos verificar, em apertado resumo, que praticamente todos os pilares do modelo weberiano de organização da Administração Pública ruíram durante os anos em que se positivou o chamado Estado de Bem-Estar: (1) as vicissitudes da burocracia a tornaram, ao contrário do que previra Weber, um grande obstáculo à eficiência das ações estatais;<sup>68</sup> (2) a quantidade e a complexidade das novas atividades desempenhadas pela Administração Pública fizeram com que fosse necessário dotar a Administração de amplos poderes regulatórios, emasculando o princípio da estrita legalidade e, conseqüentemente, diminuindo a segurança jurídica dos administrados em função da atuação estatal; (3) a hierarquização, aliada ao crescimento dos quadros funcionais da Administração, conduziu não ao estrito controle da máquina administrativa, mas à irresponsabilidade dos funcionários subalternos, descompromissados com os objetivos maiores do serviço público; (4) a vinculação à forma deu lugar ao “formalismo”, chaga que conduziu invariavelmente a Administração a esquecer

<sup>68</sup> Consultar sobre o tema, obrigatoriamente, MATHIOT, André. *Bureaucratie et Démocratie*. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. 1, p. 232-233.

os seus objetivos primordiais em prol de um estéril apego às formalidades procedimentais; (5) o distanciamento da Administração em relação à sociedade, por fim, não a tornou impessoal, racional ou técnica, mas dominada por interesses políticos desligados dos objetivos da maioria dos cidadãos e, conseqüentemente, ineficiente e ilegítima.

Interessante fazer referência, neste ponto, ao caso do Brasil. O Estado intervencionista, em tese, deveria legitimar-se mediante a formação de um consenso “no nível infralegal” e em razão de sua “eficiência decisória”. Esses conceitos se deformaram facilmente, no caso brasileiro, por conta de uma ênfase muito grande à “eficiência gerencial” e, conseqüentemente, de um crescimento desmedido do setor público através da multiplicação de empresas estatais, autarquias e fundações. Esse processo conduziu-nos, segundo salienta Faria,<sup>69</sup> à seguinte situação: “o Estado tornou-se forte para reprimir a sociedade civil, mas até certo ponto fraco para implementar políticas públicas realmente hegemônicas”.

Não resta dúvida, portanto, de que há um descompasso flagrante entre o modelo weberiano de organização da Administração Pública, eminentemente voltado ao atendimento das necessidades do Estado Liberal, e o Estado de Bem-Estar. Certamente, é essa inadequação uma das causas do surgimento de teorias que apregoam a crise do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo.<sup>70</sup>

Fala-se em crise do Estado de Bem-Estar, na medida em que a Administração Pública não consegue atingir os amplos

<sup>69</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 23-25, 42-43.

<sup>70</sup> Ver a propósito CHEVALLIER, Jacques. *Le Droit Administratif entre Science Administrati. Droit Constitutionnel*, op. cit., p. 26 et seq.

objetivos a ela colimados com o grau de eficiência desejado.<sup>71</sup> Há quem chegue a constatar, inclusive, uma completa mudança de rumos no Estado de Bem-Estar, afirmando que ele, na atualidade, tende a tornar-se um Estado interventor a favor dos ricos.<sup>72</sup>

Fala-se, simultaneamente, em crise do Direito Administrativo, na medida em que a crise do Estado de Bem-Estar é encarada sob o prisma dos mecanismos colocados à disposição da Administração Pública pelo Direito. Melhor dizendo, o Direito Administrativo é colocado em questão, pois se desvendam certas contradições entre seus dogmas básicos, notadamente liberais,<sup>73</sup> e a realidade, ou ainda, porque se supõe a existência de uma antinomia entre o Direito Administrativo e a eficácia da atuação do Poder Público.<sup>74</sup>

Encontramos, na verdade, três linhas teóricas de análise dessa pretensa *crise* do Direito Administrativo. Há, primeiramente, quem defenda a idéia de *crise* face ao desatendimento do parâmetro eficientista imposto à Administração Pública pelo Estado de Bem-Estar, sob o enfoque *gerencial*. Para esses autores, o Direito Administrativo é considerado um conjunto de normas excessivamente rígido, que atrasa, incomoda ou impede constantemente as mudanças de rumo necessárias para uma atuação eficaz da Administração Pública. Para os teóricos defensores dessa abordagem, geralmente ligados à ciência da administração, não é concebível qualquer eficiência administrativa

<sup>71</sup> Na verdade a crise do Estado de Bem-Estar parece-nos também associada às seguidas crises econômicas que o sistema global capitalista tem enfrentado desde meados da década de 1970, que levaram à revisão de uma política econômica resultante em crescentes déficits fiscais. Não trilharemos, porém, esse caminho, pois, ao que nos parece, ele nos distanciaria excessivamente dos estreitos objetivos deste estudo.

<sup>72</sup> Cf. GALBRAITH, John Kenneth. *A Cultura do Contentamento*. São Paulo: Pioneira, 1992, p. 77.

<sup>73</sup> Cf. MORÓN, Miguel Sánchez. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 18 e 39.

<sup>74</sup> Cf. CHEVALLIER, Jacques, op. cit., p. 30.

sem o afrouxamento dos constrangimentos que o Direito Administrativo impõe. Convida-se, portanto, a Administração a se inspirar no Direito Privado e em princípios de gestão em voga nas empresas privadas, pressupondo-se que haveria identidade entre os problemas que as organizações públicas e privadas teriam que enfrentar.<sup>75</sup>

Exemplo desse tipo de abordagem teórica encontramos, no Brasil, no documento chamado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, divulgado pela Presidência da República, em 1995, onde se lê, por diversas vezes, que o Direito Administrativo constitui um verdadeiro “obstáculo” à eficiência da máquina administrativa e que a proposta de reforma administrativa levada a cabo pelo governo brasileiro tenderia a criar “uma administração pública gerencial”.

Outra explicação da suposta *crise* do Direito Administrativo é feita pelos autores adeptos do chamado *neoliberalismo*. Como nos informa Jacques Chevallier,<sup>76</sup> os neoliberais partem também do questionamento do Direito Administrativo, do ponto de vista de sua eficácia, para apregoar a antinomia do Direito Administrativo em relação aos princípios fundamentais do liberalismo. A contestação neoliberal, que se desenvolveu com mais força a partir de meados da década de 1970, na esteira das diversas crises econômicas que enfrentaram os países capitalistas, desde então, não apresenta grandes novidades em relação às clássicas teorias liberais. Censura-se o Direito Administrativo por ser, em essência, um Direito de desigualdade e privilégio, através do qual se assegura a supremacia da Administração em

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid. Descrevendo os argumentos neoliberais, ver também DUBOIS, Françoise; ENGUÉLÉGUÉLÉ, Maurice; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. La Contestation du Droit Administratif dans le Champ Intellectuel et Politique. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993, p. 159 et seq.

relação ao indivíduo. Irreversivelmente marcado pela unilateralidade, o Direito Administrativo expressaria, para os neoliberais, uma retrógrada idéia de tutela da sociedade pelo Estado.<sup>77</sup>

A terceira via de análise do tema da *crise* do Direito Administrativo coincide com a abordagem que ora desenvolvemos. Seus teóricos são opositores do enfoque *neoliberal*, mas não totalmente desvinculados da idéia gerencial de buscar a maior eficiência na atuação da Administração Pública. Esses autores identificam a suposta *crise* do Direito Administrativo com a transição do superado paradigma *weberiano* de organização da Administração Pública para um novo modelo organizacional, conforme acima asseveramos.

Exemplo dessa terceira corrente encontraremos em Timsit e Frier,<sup>78</sup> para quem a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na “cultura do diálogo” e na oitiva das divergências sociais. Segundo esses doutrinadores, na atualidade, verifica-se a tendência de a Administração Pública não mais se afirmar, contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública seria o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). Além disso, as relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais seriam de tutela, pois a Administração dependeria da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. Por fim, para esses teóricos, a Administração, doravante, colocar-se-ia em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passaria a utilizar a orientação, a persuasão, a ajuda.

<sup>77</sup> Cf. HAYEK, F. A. *Droit, Législation et Liberté*. Paris: PUF, 1985, v. 1, p. 79.

<sup>78</sup> TIMSIT, Gérard; BELLOUBET-FRIER, Nicole, op. cit.



Também nesta linha encontramos Jean Rivero,<sup>79</sup> para quem a realização das tarefas típicas do Estado de Bem-Estar supõe a modificação de uma massa de comportamentos individuais tão densos e tão diversificados, que parece impossível erigi-la simplesmente em obrigação sujeita aos mecanismos da fiscalização e da sanção pelo descumprimento. Para esse autor, a técnica clássica da decisão unilateral, mediada pela edição de uma obrigação precisa e a possibilidade de punir sua desobediência, se acha então em franco colapso. Ao contrário, a Administração deveria buscar, doravante, impulsionar a adesão através de dois procedimentos indissolavelmente ligados na prática, a explicação e a participação.

No mesmo sentido, encontramos Chevallier,<sup>80</sup> para quem a Administração assume, hoje, distanciando-se dos modelos puramente gerenciais ou neoliberais, a função de harmonizar (não mais substituir) o comportamento dos atores sociais, devendo tornar-se transparente e cada vez mais influenciável pela sociedade. Para esse autor, no lugar da imperatividade tradicional, a Administração, hoje, deve procurar mudar suas relações com a sociedade através de técnicas de incitação, procurando o convencimento, a persuasão, a sedução, esforçando-se, enfim, para obter a adesão dos cidadãos às políticas governamentais.

Vale lembrar, na mesma linha, Sanchez Morón<sup>81</sup> e García de Enterría,<sup>82</sup> que visualizam os institutos de participação

<sup>79</sup> RIVERO, Jean. A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'Aujourd'hui. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. I, p. 261-262.

<sup>80</sup> CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*, op. cit., p. 236, 416/418.

<sup>81</sup> Cf. MORÓN, Sanches. *Notas Sobre la Función Administrativa*, op. cit., p. 650 e *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, op. cit., p. 18.

<sup>82</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Principes et Modalités de la Participation à la vie Administrative. In: DELPERÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelles, 1986, p. 254.

popular na Administração Pública como resultado das deficiências do modelo weberiano e, por fim, Caio Tácito<sup>83</sup> cuja citação é imperiosa:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.

### 2.3 Os institutos de participação popular como manifestação de um novo "modelo" de organização da Administração Pública

Chega-se, dessa forma, à participação popular na Administração Pública. Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma *weberiano*; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado de Bem-Estar, emergem os institutos de participação popular na Administração Pública.

Como vimos, é certo que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio ambiente, atividades típicas do Estado de Bem-Estar, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão dos administrados é fundamental para a eficiência

<sup>83</sup> Cf. TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, 1997, p. 1/6.

da atuação administrativa. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado,<sup>84</sup> do burocrata e do cidadão,<sup>85</sup> do governante e do governado.

É necessário esclarecer que a adoção desse novo padrão de atuar não elimina a unilateralidade, a imperatividade e a coercibilidade das ações administrativas. Presenciamos, no cotidiano da Administração e face às disposições legais vigentes, que a ordem e a sanção continuam presentes e necessárias. Acontece que, agora, esses antigos instrumentos convivem com os novos, baseados na incitação, na persuasão, na transparência e na participação.

Podemos, dessa forma, concluir que os institutos de participação popular na Administração Pública são um fenômeno relacionado à evolução mais recente do chamado Estado de Bem-Estar.

Com efeito, demonstrada a crise do paradigma *weberiano* de organização da Administração Pública, identificada em parte com a *crise* do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo, um outro modelo de atuação da Administração Pública tem se sedimentado nos mais variados ordenamentos jurídicos. Dentro desse novo modelo, com vistas voltadas à eficiência das múltiplas atividades administrativas inerentes ao Estado de Bem-Estar, encontram-se, em permanente referência, os institutos de participação popular na Administração Pública. Instrumentos de colaboração entre a sociedade e a Administração, de abertura da Administração e, afinal, de busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessários para a plena realização dos objetivos da função administrativa.

<sup>84</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 51.

<sup>85</sup> Cf. JOIN-LAMBERT, Christian. Questions a l'Etat. In: *L'Etat Moderne et l'Administration*. Paris: LGDJ, 1993, p. 12-13.

## Institutos de Participação de Caráter Vinculante e Autônomo, Cooperativos ou de Delegação Atípica

### 9.1 Aspectos gerais dos institutos de caráter vinculante e autônomo

Os institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, finalmente, são aqueles que, seguindo a definição já citada de Canotilho, representam o “setor social autogerido”, onde se “verifica uma verdadeira mudança das relações de poder e de domínio”.<sup>294</sup> O jurista português exemplifica o instituto com a referência ao art. 82, da Constituição portuguesa, que define três setores de “propriedade dos meios de produção”: o setor público, o setor privado e o **setor cooperativo e social**, localizando-se neste terceiro setor a forma vinculante e autônoma de participação.

Outros doutrinadores vão se referir a esses institutos com outras denominações. Enterría e Fernández, por exemplo, falam em “formas cooperativas de participação”,<sup>295</sup> referindo-se a condutas permanentes e institucionalizadas, executadas mediante a criação, pelos cidadãos, de organizações especiais voltadas à realização de atividades de “interesse geral”.

<sup>294</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 427.

<sup>295</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1989, p. 78 et seq.

Wiener e Hamon, por sua vez, vão denominar esses institutos de participação sob a rubrica genérica de “devolução”.<sup>296</sup> Dizem que a “devolução” se dá quando uma atividade de caráter social ou cultural de interesse coletivo é desenvolvida, inteiramente, por associações particulares, sob financiamento de fundos públicos, mas sem controle pela Administração Pública, salvo a fiscalização “mais ou menos estrita” da destinação dos recursos que lhe foram repassados.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entre nós, batiza o instituto de “delegação atípica”, dizendo serem “incontáveis as atividades públicas que poderão ser delegadas a entidades privadas de colaboração”.<sup>297</sup> No caso, a delegação da atividade de interesse público, segundo o autor, é atípica porque a Administração não necessita, efetivamente, transferi-la ao particular, mas somente reconhecer a atuação do particular como colaborador da Administração.

Como se vê, os referidos doutrinadores praticamente coincidem na abordagem do tema. Podem ser identificadas como institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, cooperativos ou de delegação atípica, portanto, todas as pessoas jurídicas que possuam as seguintes características:

1. sejam fruto da iniciativa dos particulares;
2. sejam autogestionárias ou autogeridas, isto é, comandem seus destinos por seus próprios meios, sem intervenção do Poder Público;
3. não tenham finalidade lucrativa;

<sup>296</sup> Cf. WIENER, Céline; HAMON, Francis. *La Participation et les Activités Sociales et Culturelles*, op. cit., p. 346-347.

<sup>297</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*, op. cit., p. 136/138.

4. sejam formalmente reconhecidas pela Administração Pública como suas colaboradoras;
5. realizem atividades de interesse público inerentes à função administrativa do Estado.

Não é essencial à caracterização dessas entidades, mas é necessário observar que o reconhecimento formal da qualidade de colaboradora da Administração Pública dá a essas pessoas jurídicas, muitas vezes, o direito de receber recursos públicos e outros tipos de incentivo.

No direito brasileiro existem alguns exemplos que se aproximam dessa noção, a saber: a atuação de colaboração com a Administração das Organizações não Governamentais – ONGs; as chamadas entidades de utilidade pública; os chamados serviços sociais autônomos; as organizações sociais, recentemente definidas em lei e as corporações de fiscalização do exercício profissional. É útil analisar cada um desses exemplos, verificando se realmente eles se amoldam à caracterização dos institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, acima veiculada.

## 9.2 Organizações não Governamentais

Organizações não Governamentais, como o próprio nome diz, são pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo, criadas por particulares e que podem vir a realizar atividades de interesse público, coincidentes, portanto, com atividades inerentes à função administrativa do Estado.

Bastante atuantes na disseminação dos direitos humanos ou fundamentais, as Organizações não Governamentais têm um papel importante, na atualidade, ora desenvolvendo estudos para auxiliar o diagnóstico de problemas vivenciados pela Administração Pública, ora fiscalizando as atividades desta, ora

executando de fato serviços de interesse público não privativos do Estado, como os de educação, saúde, apoio à cultura, preservação do meio ambiente, entre outros.

• Nada obsta que a Administração venha a reconhecer a relevância das atividades desenvolvidas por uma determinada ONG, como autêntica colaboradora do Poder Público, ou que venha a financiá-la, ou lhe facultar o uso de bens públicos e o aproveitamento de servidores, como consequência desse reconhecimento. Se isto ocorrer, a ONG se institucionaliza e deixa de ser um veículo informal de pressão política da Administração Pública, para se transformar em autêntico instituto de participação popular. Instituto de caráter vinculante e autônomo, pois é a própria ONG quem dirige seus destinos, decidindo como gerir as atividades de interesse público a que se vincula estatutariamente.

Caso venha a receber, efetivamente, subvenção econômica da Administração Pública, a ONG deverá prestar contas da aplicação desses recursos, tanto à Administração como ao Tribunal de Contas, por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal. O mesmo se dá no caso de a Administração lhe facultar o uso privativo de bens públicos ou a utilização de servidores públicos.

### 9.3 Entidades de utilidade pública

Muito embora a utilização, no Brasil, da expressão *entidades de utilidade pública* anteceda historicamente a consagração da expressão *organizações sociais*, é necessário reconhecer que, do ponto de vista eminentemente jurídico, as duas expressões encobrem conceitos muito próximos. As chamadas *entidades de utilidade pública* são pessoas jurídicas privadas, corporativas ou fundacionais, sem finalidade lucrativa, que realizam atividades de interesse público e que possuem uma titulação, ou

“qualidade jurídica”,<sup>298</sup> reconhecida pela Administração, que lhes dá “benefícios tributários e vantagens administrativas diversas”.<sup>299</sup>

• Suas características genéricas, portanto, se assemelham às das Organizações não Governamentais: (1) são formadas pela iniciativa voluntária dos particulares; (2) são fundações ou associações privadas, sempre sem finalidade lucrativa; (3) realizam atividade de interesse público; (4) podem vir a receber subvenções públicas, submetendo-se, neste caso, ao controle da Administração e do Tribunal de Contas, ou outros incentivos a sua atuação; (5) podem usar privativamente de bens públicos, mediante ato ou contrato administrativo, submetendo-se, neste caso, à fiscalização da Administração e do Tribunal de Contas quanto a sua destinação, ou (6) podem utilizar-se do trabalho de servidores públicos, desde que cedidos formalmente pela Administração.

Além desses traços genéricos, as entidades de utilidade pública possuem características especiais, que as destacam em relação às Organizações não Governamentais em geral: (1) devem se submeter a determinados “limites”<sup>300</sup> formais de constituição, visando a sua titulação, ou seja, sua qualificação como entidade de utilidade pública; (2) submetem-se necessariamente ao reconhecimento formal de sua “utilidade pública”.

Logo, é necessário reconhecer que, em tese, as chamadas entidades de utilidade pública amoldar-se-iam perfeitamente à idéia da participação popular na Administração Pública, de caráter vinculante e autônomo. Afinal, através delas os administrados executariam com total autonomia atividades

<sup>298</sup> Cf. MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. In: *Papers da Reforma*, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.mare.gov.br>>.

<sup>299</sup> Ibid. e LEITE, Lesley Gasparini. Entidade Privada de Benemerência – Declaração de Utilidade Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 273-274, 1991.

<sup>300</sup> Id., p. 6.



eminentemente administrativas, em que pese não privativas do Estado, em regime jurídico de colaboração com a Administração Pública.

Vale, entretanto, observar que esse instituto tem sido deturpado na prática brasileira. Utilizado há muito tempo pela Administração Pública brasileira, o processo eminentemente político de reconhecimento de utilidade pública acabou abrangendo pessoas jurídicas de toda ordem, muitas com evidente finalidade lucrativa, embora não admitam formalmente (alguns clubes de futebol e universidades ou escolas privadas, por exemplo); outras que não possuem escopo de interesse público, mas tão-somente de “favorecimento mútuo”,<sup>301</sup> ou seja, entidades que, embora não possuam finalidade lucrativa, não se dedicam a atividades do interesse de toda a sociedade, mas, apenas, do interesse do grupo de sócios que a constitui ou de um determinado seguimento social (clubes recreativos, ou associações profissionais, por exemplo). Certamente essa deturpação constitui um entrave para que as entidades de utilidade pública assumam completamente a feição de um autêntico instituto de participação popular na Administração Pública.

#### 9.4 Os serviços sociais autônomos

São chamadas de serviços sociais autônomos as pessoas jurídicas privadas que colaboram com a Administração Pública, desempenhando, sem finalidade lucrativa, atividades de interesse público, tais como assistência social, formação profissional, serviços de saúde, ensino regular, entre outras.<sup>302</sup>

<sup>301</sup> Id., p. 15.

<sup>302</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 308; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 108 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 353 e VIRGILIS, Olavo de. Considerações em Torno da Personalidade Jurídica do SESI. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 278, p. 385-386, 1982.

Diferem das modalidades anteriores, basicamente, por não se originarem da livre iniciativa dos administrados, como ocorre com as Organizações não Governamentais e, obviamente, com as entidades de utilidade pública.

Sim, em que pese serem pessoas jurídicas privadas, formados através do concurso de particulares, os chamados serviços sociais autônomos derivam da vontade legal, ou seja, nascem por impulso estatal e não pela livre iniciativa dos administrados. É assim, ao menos, que dispõem: a Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, que comete à Confederação Nacional do Transporte (CNT) o encargo de criar o Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT); o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, que atribui à Confederação Nacional da Indústria (CNI) o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI); o Decreto-lei nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946, que atribui à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criar o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Decreto-lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946, que também atribui a esta última entidade sindical o encargo de criar o Serviço Social do Comércio (SESC).

São características comuns dessas entidades o fato de gozarem de isenção fiscal e terem o direito de receber contribuições compulsórias da sociedade (tributos) que servem para mantê-las economicamente; o fato de terem sua organização institucional definida em linhas gerais pela lei, ou por decreto do Presidente da República e a existência de representação do Poder Público em seus órgãos diretivos.

Torna-se difícil, levando em consideração essas características, identificar essas pessoas jurídicas como instituições de participação popular na Administração Pública de caráter autônomo e vinculante. São elas, como se vê, pessoas jurídicas híbridas, na maior parte das vezes nascidas numa época em

que o ordenamento jurídico brasileiro permitia o atrelamento das atividades sindicais ao Estado. Ademais, o obrigatório recebimento de tributos e a intensa participação do Estado em sua gestão, seja com a definição normativa do modo de composição de seus órgãos de direção, seja com a indicação de representantes da Administração Pública para ali atuarem, reduzem em muito seu caráter autogestionário e oblitera a iniciativa dos administrados. Também é bastante difícil aceitar como constitucionais essas imposições legais à luz dos incisos XVII, XVIII, XIX e XX, do art. 5º, da Constituição Federal, que estatuem com muita abrangência a liberdade de associação.

Assim sendo, embora parcialmente identificados com os institutos que ora analisamos, pois se trata de pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo e que atuam na execução de atividades tipicamente administrativas não privativas do Estado, cremos que somente a evolução da disciplina legal dos serviços sociais autônomos pode realmente transformá-los em institutos de participação popular de caráter vinculante e autônomo. O único caminho a ser seguido, nesse sentido, é o da eliminação da interferência estatal na organização e gestão dessas pessoas jurídicas.

### 9.5 As organizações sociais

As chamadas organizações sociais são fruto de recente disciplina legislativa no Brasil. A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, veio defini-las, no âmbito da Administração Federal, como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (...)”.<sup>303</sup>

<sup>303</sup> Distinto é o conceito de legal de organizações de assistência social, art. 3º, da Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social, mais atinente ao conceito de entidade de utilidade pública outrora examinado.

Ao intentar incentivar a criação dessas organizações sociais, o governo federal certamente teve como objetivo a institucionalização de uma nova forma de participação popular na Administração Pública. Alguns documentos divulgados pelo próprio MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado dão prova disso,<sup>304</sup> no que são confirmados pela doutrina.<sup>305</sup> Paulo Modesto faz, inclusive, referência expressa às organizações sociais como institutos de participação “corporativa”,<sup>306</sup> seguindo fielmente as lições de Enterría e Fernández acima citadas.

Resta, entretanto, ir mais a fundo, para saber se realmente o perfil legal das chamadas organizações sociais permite identificá-las como institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo.

No nível federal, as organizações sociais encontram-se disciplinadas na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (anteriormente Medida Provisória nº 1.591). O Estado da Bahia, por seu turno, regulou as organizações sociais através da Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, e o Estado do Pará o fez através da Lei nº 5.980, de 17 de novembro de 1996. Com pequenas variantes, as legislações estaduais regulam a matéria da mesma forma que a lei federal, à qual nos ateremos em nossa análise.

As organizações sociais assemelham-se em alguns traços às entidades de utilidade pública: nascem aparentemente da iniciativa voluntária dos administrados; têm natureza jurídica privada, fundacional ou corporativa, sem finalidade lucrativa;

<sup>304</sup> Cf. *Plano Diretor da Reforma do Estado*, op. cit., p. 73-74 e Organizações Sociais. In: *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, caderno 2, 1998, p. 10/12.

<sup>305</sup> Cf. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa ...*, op. cit., p. 5, 9/15 e NASSUNO, Marianne. Organização dos Usuários, Participação na Gestão e Controle das Organizações Sociais. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 1, p. 27/42, 1997.

<sup>306</sup> Cf. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa ...*, op. cit., p. 9.

realizam atividades de interesse público; podem receber subvenções públicas e outros incentivos, inclusive favores fiscais; devem se submeter a determinados requisitos quanto à forma de constituição; submetem-se necessariamente ao reconhecimento formal de sua condição jurídica — de colaborador da Administração Pública.

Há, no entanto, três características básicas que diferenciam as organizações sociais em relação às antigas e já comentadas entidades de utilidade pública: (1) a Administração Pública participa necessariamente de sua gestão, pois mantém representantes seus, em considerável número, no chamado “conselho de administração” (art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998), que, obrigatoriamente, é órgão máximo de deliberação da organização social; (2) o processo de qualificação, isto é, de titulação ou reconhecimento da condição de organização social tem requisitos definidos expressamente em lei e (3) submetem-se as organizações sociais, obrigatoriamente, à dinâmica inerente ao chamado “contrato de gestão”, instrumento que regula o repasse de recursos públicos, a utilização de bens e de servidores públicos pela organização social, e importa na fixação prévia de metas e estatui a verificação periódica de resultados.

O processo de qualificação, em que pese a imensa polêmica que acontece hoje nos meios jurídicos a respeito de sua constitucionalidade, à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, em nada contraria as características inerentes aos institutos de participação popular na Administração de caráter vinculante e autônomo. É da essência dessas pessoas jurídicas serem formalmente reconhecidas pela Administração Pública como suas colaboradoras. A descrição minuciosa, ou mais rigorosa, dos requisitos para essa titulação somente aprimora o regime

jurídico dessas pessoas jurídicas, impedindo talvez que aconteça com elas o processo de deturpação institucional que se deu com as entidades de utilidade pública, conforme acima demonstrado.

O contrato de gestão, embora se configure como instrumento formal de controle sobre as atividades das organizações sociais, não corrompe, por seu turno, a autogestão imprescindível à caracterização dessas pessoas jurídicas, enquanto institutos vinculantes e autônomos de participação na Administração. Essas pessoas voltadas à participação popular são autônomas, pois governam seus destinos, deliberam sobre seus fins e elegem os meios pelos quais eles devem ser atingidos. O contrato de gestão, por seu turno, representa simplesmente um instrumento de aperfeiçoamento do controle da destinação dos recursos, bens, servidores e demais benefícios ou incentivos que sejam eventualmente oferecidos a essas entidades. É um controle de metas, de eficiência. Metas, aliás, que não são impostas pela Administração, mas negociadas em cada celebração pelas partes contratuais, no caso, a organização social e a Administração Pública.

Apesar disso, a compulsória participação da Administração Pública na gestão da entidade, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, põe por terra a possibilidade de configurar as organizações sociais como institutos de participação popular vinculantes e autônomos.

Com efeito, o legislador caminhou neste caso com os mesmos pés que o sustentaram na regulamentação do regime jurídico dos serviços sociais autônomos, acima comentados, e acabou, desafortunadamente, criando, mais uma vez, uma entidade híbrida (meio governamental, meio particular) de duvidosa constitucionalidade face à liberdade fundamental de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX, da Constituição Federal).

A explicação é simples. Como pode o Estado impor ao administrado que, ao se associar, ou ao criar uma fundação, preveja de antemão que a Administração Pública participará voluntariamente de sua gestão, sem que a Administração participe do ato constitutivo e, dessa forma, crie uma entidade governamental? Se a pessoa jurídica criada é governamental, como não submetê-la às restrições inerentes ao regime jurídico administrativo (concursos, licitações, entre outras, explícitas no art. 37 da Constituição Federal, e na legislação federal infraconstitucional)?

Ora, ainda que admitíssemos a possibilidade jurídica de a organização social ser criada sem a participação da Administração Pública, antes do processo de qualificação, como se pode aceitar que uma pessoa jurídica dirigida pela Administração não se enquadrasse na chamada Administração Indireta? É de se notar que a Administração Pública indica de vinte a quarenta por cento dos componentes do conselho de administração da organização social (art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998) e participa com voto majoritário na escolha de mais dez a trinta por cento dos representantes eleitos pelo próprio conselho (art. 3º, I, d), o que lhe dá um poder de controle absolutamente avesso à característica autogestionária, típica das entidades participativas de caráter vinculante e autônomo.<sup>307</sup>

Esse hibridismo restringe significativamente o leque de entidades interessadas em se transformar em organização social e até mesmo a possibilidade de a Administração indicar representantes para todas as organizações sociais, caso o processo de qualificação se tornasse tão intenso quanto propalado nas razões

<sup>307</sup> No caso da Lei nº 7.027, de 29 de Janeiro de 1997, do Estado da Bahia, este controle é ainda maior, tendo a Administração a possibilidade de indicação da maioria dos membros componentes do conselho de administração.

que justificaram o projeto, inseridas nos já citados documentos do Ministério da Administração e Reforma do Estado.<sup>308</sup>

Nesse passo, a imposição de uma organização dirigida com participação preponderante da Administração Pública afrontaria também, ao lado da ampla liberdade de associação, o princípio da isonomia, isto é, a possibilidade de todos os eventuais interessados que reúnam condições para serem considerados colaboradores da Administração Pública participem das subvenções econômicas e demais incentivos concedidos às organizações sociais, inclusive a faculdade de “absorver atividades de entidade federal extinta”, como dispõe a lei.

Tudo isso leva a entender o seguinte: para que as organizações sociais venham a se transformar, realmente, em institutos de participação popular na Administração Pública de caráter autônomo e vinculante, necessário se faz a revogação da imposição legal de participação da Administração Pública na direção dessas entidades, ou o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pelos motivos que acima resumimos.

Caso contrário, somente se pode admitir as organizações sociais como entidades da Administração Indireta, com personalidade jurídica de direito privado, que assumam natureza fundacional ou corporativa, submetidas a todas as restrições do regime jurídico administrativo, comuns às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta. A participação popular, nesse caso, continuaria existindo, incorporando-se, porém, na obrigação de instituição de um conselho participativo e deliberativo (conselho de administração) como órgão de direção da entidade. Mas a organização social, por si só, não se caracterizaria como um instituto autônomo de participação popular na Administração Pública.

<sup>308</sup> Cf. *Plano Diretor da Reforma do Estado*, op. cit., p. 73-74 e *Organizações Sociais*. In: *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, caderno 2, 1998.



## 9.6 As corporações de fiscalização do exercício profissional

As corporações de fiscalização do exercício profissional sempre foram consideradas como autarquias, caracterizando-se, portanto, como pessoas jurídicas de direito público.<sup>309</sup> Dessa forma, estariam, a priori, apartadas das pessoas jurídicas ora estudadas e não se configurariam como instrumentos de participação popular na Administração Pública. Entre as entidades corporativas de fiscalização do exercício profissional tem-se, no direito brasileiro, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, entre muitas outras relacionadas a cada uma das chamadas profissões regulamentadas.

Observe-se que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram invariável coro na definição das corporações de fiscalização profissional como autarquias. Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>310</sup> as definiu como “a subjetivação de um consórcio de sujeitos que são membros componentes do substrato da pessoa”. Cretella Júnior defendeu, igualmente, a posição segundo a qual na corporação profissional seus membros é que lhe proporcionam existência “formando-lhe o substrato ou estrutura interna”, acrescentando que:

Corporação profissional pública, como a Ordem dos Advogados do Brasil, ou qualquer das seções em que se divide, “espécie do gênero autarquia”, definindo-se como “pessoa jurídica de direito público interno, de índole administrativa, constituída de pessoas físicas habilitadas ao exercício da mesma profissão e que se reúnem para a consecução dos mesmos fins específicos que têm em mira”.<sup>311</sup>

<sup>309</sup> É o que Vital Moreira denomina “auto-regulação pública”. Cf. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 88, muito embora distinga a auto-regulação da participação, p. 56.

<sup>310</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84.

<sup>311</sup> CRETELLA JR., José. *Administração Indireta Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 222. Ver ainda, no mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 317-318 e FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 85.

Recentemente, no entanto, a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, através de disposição inserta em suas “Disposições Gerais, Finais e Transitórias” (art.58), modificou a natureza jurídica dessas entidades passando a defini-las como **peessoas jurídicas de direito privado**.

O novo regime jurídico dessas entidades encontra-se brevemente delineado no referido diploma legal, em um único artigo, com nove parágrafos, podendo ser resumido da seguinte forma:

- (1) a fiscalização do exercício profissional é definida como serviço público;
- (2) a prestação deste serviço público por particulares — as corporações de fiscalização profissional — deriva de delegação que se opera “mediante autorização legislativa”;
- (3) as corporações gozam de ampla autonomia de “organização, estrutura e funcionamento”;
- (4) sua estrutura deve compreender, necessariamente, um “conselho federal” em cuja composição estejam representados “conselhos regionais”;
- (5) não há vínculo hierárquico ou funcional entre essas corporações e a Administração;
- (6) seus empregados são contratados pelo regime jurídico privado e não podem vir a ser aproveitados em funções junto à Administração;
- (7) são autorizados por lei a fixar, cobrar e executar contribuições da coletividade que lhes é afeta (os profissionais e as pessoas jurídicas fiscalizadas), bem como preços de serviços e multas;
- (8) gozam de “imunidade tributária total” em relação aos seus bens, rendas e serviços;

(9) possuem prerrogativa de foro, quando litigarem em questões relacionadas com o “exercício dos serviços a eles delegados”.

Há, como se vê, imensa área para polêmica jurídica em torno dessas entidades. Poder-se-ia questionar, por exemplo, se suas atividades seriam serviço público em sentido amplo ou estrito; se as contribuições cobradas não seriam, verdadeiramente, taxas e, dessa forma, dependeriam de prévia definição legal; se o poder de polícia a elas afeto é delegável a particulares; se ao falar em imunidade a lei não quer dizer isenção; entre muitos outros exemplos.

Entretanto, reservamo-nos a tecer comentários em relação, unicamente, às questões pertinentes ao objeto do presente estudo. Cabe-nos, pois, sondar a adequação desse regime jurídico às características que identificamos, de modo geral, nas pessoas que classificamos como institutos de participação popular de caráter autônomo e vinculante, cooperativos ou de delegação atípica.

Relembre-se que, conforme acima expostos, o substrato material, o ânimo de formação, ou ainda, o fator jurídico central na estruturação dessas corporações profissionais residem no consórcio de pessoas físicas, na comunhão de indivíduos, ou ainda, na participação dos administrados.

Essas entidades, ademais, realizam funções que extrapolam a mera mutualidade, melhor dizendo, têm finalidades maiores que o simples favorecimento do grupo social que representam. Na verdade, realizam função tipicamente administrativa. Pode-se dizer que elas substituem a Administração na função de fiscalização e regulamentação do exercício de algumas profissões.

Atendo-se ao exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, verifica-se que a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que regulamenta a entidade, define-a como prestadora de um “serviço público” (art. 44), dá-lhe as prerrogativas inerentes ao regime jurídico administrativo (foro, execução, presunção de legitimidade de atos, imperatividade, coercibilidade entre outras), mas lhe concede uma estrutura completamente autogestionária, autônoma e sem qualquer subordinação, controle ou tutela da Administração Direta (art. 51 e seguintes).

No caso das corporações de fiscalização do exercício profissional, frise-se, não há dirigentes indicados pelo Poder Público. Toda a direção é fruto de eleições, das quais somente participam os membros da entidade.

A admitir-se a constitucionalidade do art. 58, da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, as corporações passaram a contar com o reconhecimento legal de sua personalidade jurídica de direito privado, e a imposição de obediência a algumas normas quanto a sua forma de estruturação, organização e funcionamento, por outro lado, poderia ser encarada como mero requisito para a qualificação dessas entidades como colaboradoras do Poder Público.

Tudo o que vimos, até aqui, faz com que essas entidades se aproximem da caracterização dos institutos participativos sobre os quais versamos. No entanto, deve-se reconhecer, as mesmas não se formam pela iniciativa dos administrados. Muito embora as corporações profissionais contem com a participação dos administrados como elemento ativo e estruturante de sua natureza jurídica, elas não nascem de sua iniciativa, ou melhor, não são fruto da vontade associativa dos particulares.

Além disso, apesar de as corporações profissionais serem essencialmente autogestionárias ou autogeridas, padecem de um hibridismo jurídico muito grande, o que torna difícil sua

adequação à noção de “Terceiro Setor”,<sup>312</sup> com a qual trabalhamos para conceituar os institutos participativos autônomos e vinculantes. Melhor dizendo, em que pese a lei declarar de direito privado a personalidade jurídica dessas entidades, as prerrogativas de direito público das quais elas gozam são tão pronunciadas (v.g. poder de taxar; de constituir terceiros em obrigação independentemente de sua anuência; de punir com a aplicação de sanções administrativas; “*imunidade*” — *sic* — tributária; prerrogativa de foro) que se torna impossível deixá-las fora do chamado “setor público”, ou, da Administração Pública Direta e Indireta, para utilizar a expressão do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Em suma, as corporações de regulamentação e fiscalização do exercício profissional, tanto quanto as organizações sociais e os serviços sociais autônomos aproximam-se muito dos institutos participativos de delegação atípica, cooperação ou de caráter autônomo e vinculante. Todos, entretanto, acabam por distanciar-se deste conceito, face o hibridismo excessivo de seu regime jurídico (a iniciativa estatal em sua criação; a presença estatal em sua direção; o excesso de prerrogativas de direito público que lhes são atribuídas). Somente uma alteração da disciplina legal dessas entidades poderá transformá-las em autênticos institutos de participação popular na Administração Pública.

---

<sup>312</sup> O setor que não é público e não é empresarial (comercial ou industrial).